



COLECCIÓN CONOCIMIENTO CONTEMPORÁNEO

# Un mundo en aceleración: las ciencias jurídicas, económicas y sociales ante los retos del siglo XXI

Coords.

Adriana Fillol Mazo

Ricardo Pérez Calle

*Dykinson, S.L.*

UN MUNDO EN ACELERACIÓN: LAS CIENCIAS JURÍDICAS,  
ECONÓMICAS Y SOCIALES ANTE LOS RETOS DEL SIGLO XXI



COLECCIÓN CONOCIMIENTO CONTEMPORÁNEO

---

UN MUNDO EN ACELERACIÓN:  
LAS CIENCIAS JURÍDICAS, ECONÓMICAS  
Y SOCIALES ANTE LOS RETOS DEL SIGLO XXI

---

Coords.

ADRIANA FILLOL MAZO  
RICARDO PÉREZ CALLE

*Dykinson, S.L.*

2023

UN MUNDO EN ACELERACIÓN: LAS CIENCIAS JURÍDICAS, ECONÓMICAS Y SOCIALES  
ANTE LOS RETOS DEL SIGLO XXI

Diseño de cubierta y maquetación: Francisco Anaya Benítez

© de los textos: los autores

© de la presente edición: Dykinson S.L.

Madrid – 2023

ISBN: 978-84-1122-923-4

NOTA EDITORIAL: Las opiniones y contenidos publicados en esta obra son de responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente la opinión de Dykinson S.L ni de los editores o coordinadores de la publicación; asimismo, los autores se responsabilizarán de obtener el permiso correspondiente para incluir material publicado en otro lugar.

# ÍNDICE

PRESENTACIÓN .....	14
ADRIANA FILLOL MAZO	

## SECCIÓN I

### LAS CONSECUENCIAS DE LA PANDEMIA COVID EN EL CAMPO DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS Y ECONÓMICAS

CAPÍTULO 1. IMPACTO ECONÓMICO DEL COVID-19: EVIDENCIAS EMPÍRICAS DE ESPAÑA .....	18
MÓNICA GONZÁLEZ MORALES JOSÉ ANTONIO CAVERO RUBIO	
CAPÍTULO 2. LA UNIÓN EUROPEA Y LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES AMERICANAS FRENTE A LA PANDEMIA COVID: PROPUESTAS Y AVANCES JURÍDICOS PARA LA GOBERNANZA DE LA SALUD GLOBAL.....	34
MIGUEL ÁNGEL MARTÍN LÓPEZ	
CAPÍTULO 3. TESTAMENTO EN TIEMPO DE EPIDEMIA O <i>TEMPORE PESTIS</i> COMO FIGURA ANACRÓNICA EN LA ERA POSTCOVID.....	53
ELISA MUÑOZ CATALÁN	
CAPÍTULO 4. THE LEGAL PROTECTION OF THE <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> CLAUSE IN THE CURRENT ECONOMIC CRISIS SCENARIO.....	71
DANIEL MARTÍNEZ CRISTÓBAL	
CAPÍTULO 5. EL DERECHO PARLAMENTARIO EN SITUACIONES DE EMERGENCIA SANITARIA .....	85
CLAUDIA DE LA ROSA PÉREZ	
CAPÍTULO 6. COMPLEJIDAD JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO JURÍDICO “PELIGRO INMINENTE DE MUERTE” O <i>IN ARTICULO MORTIS</i> ANTE UN TESTAMENTO .....	102
ELISA MUÑOZ CATALÁN	

SECCIÓN II  
LA NECESARIA ATENCIÓN A LA SOSTENIBILIDAD DE LOS  
RECURSOS NATURALES

CAPÍTULO 7. EFICIENCIA EN EL CONSUMO DE ENERGÍA PRIMARIA EN LA UNION EUROPEA (1990-2020) .....	119
FRANCISCO PUÉRTOLAS MONTAÑÉS	
CAPÍTULO 8. IMPACTO DE LA SOSTENIBILIDAD EN LA COTIZACIÓN PARA EMPRESAS QUE HAN ADOPTADO ODS EN SU ESTRATEGIA CORPORATIVA .....	127
ALFREDO JUAN GRAU GRAU AMALIA RODRIGO GONZÁLEZ JANNY MAGDELINE NÚÑEZ ALMONTE	
CAPÍTULO 9. EFECTO DE LAS DECISIONES DE INVERSIÓN PRODUCTIVA EN LA CREACIÓN DE VALOR SOSTENIBLE .....	145
ALFREDO JUAN GRAU GRAU AMALIA RODRIGO GONZÁLEZ INMACULADA BEL OMS JANNY MAGDELINE NÚÑEZ ALMONTE	
CAPÍTULO 10. LA PROHIBICIÓN DE LA SIEMBRA DE CULTIVOS TRANSGÉNICOS EN LA PENÍNSULA DE YUCATÁN: ACIERTOS Y CONTRADICCIONES .....	164
CARLOS ERNESTO ARCUDIA HERNÁNDEZ	
CAPÍTULO 11. DERECHO INTERNACIONAL DEL CAMBIO CLIMÁTICO: RETOS PARA LA MITIGACIÓN DE LA ACIDIFICACIÓN DE LOS OCÉANOS .....	180
ADRIANA FILLOL MAZO	
CAPÍTULO 12. LA DELIMITACIÓN DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICO INTERNACIONAL: EVALUACIÓN DE LA SITUACIÓN ACTUAL .....	205
CHRISTIAN DOMÍNGUEZ EXPÓSITO	

SECCIÓN III  
TRANSFORMACIONES DE LA ECONOMÍA Y DE LOS DERECHOS  
MERCANTILES EN UN MUNDO EN ACELERACIÓN

CAPÍTULO 13. ECONOMÍA CIRCULAR: ANÁLISIS BIBLIOMÉTRICO EN EL ÁREA DE LOS NEGOCIOS Y LA ECONOMÍA.....	222
INGRID DEL VALLE GARCÍA- CARREÑO	
CAPÍTULO 14. CICLO ACTUAL DE MERCADOS, ¿ORDINARIO O EXTRAORDINARIO?.....	252
FRANCISCO JAVIER RIVAS COMPAINS	
CAPÍTULO 15. CALIDAD, DE LA INSPECCIÓN AL CARÁCTER IMPULSOR DE LA ECONOMÍA CIRCULAR EN LAS ORGANIZACIONES .....	269
MIGUEL ÁNGEL JARA SANTAMERA	
CAPÍTULO 16. LA NUEVA REGULACIÓN DEL DERECHO PRECONCURSAL .....	285
CARLOS BELLIDO GONZÁLEZ DEL CAMPO	
CAPÍTULO 17. LOS MEDIOS DE PAGO EN EL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL. ESPECIAL REFERENCIA AL CRÉDITO DOCUMENTARIO.....	301
ESPERANZA GÓMEZ VALENZUELA	
CAPÍTULO 18. REGULACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA.....	320
ESPERANZA GÓMEZ VALENZUELA	
CAPÍTULO 19. LA PRIVATIZACIÓN DE LOS FERROCARRILES EN MÉXICO .....	339
CARLOS ERNESTO ARCUDIA HERNÁNDEZ	
CAPÍTULO 20. EL CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO EUROPEO TRANSNACIONAL .....	355
ESPERANZA GÓMEZ VALENZUELA	
CAPÍTULO 21. LA VOLUNTAD ANTICIPADA COMO ACTO JURÍDICO UNILATERAL Y ALGUNOS DE SUS EFECTOS .....	373
MARIO IVÁN SAUCEDO RIVERA YOLANDA SOSA Y SILVA GARCÍA ROBERTO VILLA GONZÁLEZ	

SECCIÓN IV  
LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: INNOVACIONES JURÍDICAS Y SUS  
EFECTOS ECONÓMICOS

CAPÍTULO 22. EL TIEMPO EN LA INNOVACIÓN: EL CASO DE LA PUBLICACIÓN DE PATENTES.....	391
BENEDICTO ACOSTA BRALIND KIRI	
CAPÍTULO 23. HORIZONTES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CABLES SUBMARINOS ANTE UN NUEVO ORDEN MUNDIAL .....	404
NOELIA ARJONA HERNÁNDEZ	
CAPÍTULO 24. SMART CONTRACTS Y ACTIVOS DIGITALES A LA LUZ DEL DERECHO SUCESORIO ECUATORIANO .....	420
ANA CAMILA ORDÓÑEZ ROQUE JAVIER ALBUJA	
CAPÍTULO 25. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN RADIOCOMUNICACIONES APLICADA PARA LA SEGURIDAD MARITIMA .....	439
RAQUEL ESTHER REY CHARLO	
CAPÍTULO 26. EL PROCESO DE CONCESIÓN DE TÍTULOS DE OBTENTOR EN MÉXICO .....	456
CARLOS ERNESTO ARCUDIA HERNÁNDEZ	
CAPÍTULO 27. UNA RESPUESTA DESDE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ANTE UN NUEVO RETO DE LA IA EN LA EDUCACIÓN: EL «ARTIFICIAL GHOSTSTUDENT».....	471
JORGE VILLALOBOS PORTALÉS	
CAPÍTULO 28. LA EFICIENCIA DE LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA EN LA INDUSTRIA DE AUTOPARTES PLÁSTICAS EN MÉXICO.....	487
ANABEL MARTÍNEZ GUZMÁN	
CAPÍTULO 29. ANÁLISIS JURÍDICOHERMENEÚTICO SOBRE LA REGULACIÓN DE LAS REALIDADES AUMENTADAS Y META.....	504
JAVIER ANTONIO NISA AVILA	
CAPÍTULO 30. LA DIGITALIZACIÓN DE LA LEX MERCATORIA Y LA LEX CRIPTOGRAPHYA .....	517
MARINA GALVÍN	

## SECCIÓN V

### LA NECESIDAD EN AVANCES EN LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PROTECCIÓN DE LOS GRUPOS VULNERABLES

CAPÍTULO 31. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE UN ENFOQUE ÉTNICO DIFERENCIAL PARA PERSONAS LÍDERES Y DEFENSORAS APLICADOS AL CASO COLOMBIANO .....	533
YENNESIT PALACIOS VALENCIA	
CAPÍTULO 32. ACCESO AL DERECHO HUMANO A LA SALUD: MIGRANTES IRREGULARES EN MEXICALI, BAJA CALIFORNIA, MÉXICO .....	548
IVETH RAMOS SAMANIEGO YOLANDA SOSA Y SILVA GARCÍA ROBERTO VILLA GONZÁLEZ	
CAPÍTULO 33. LA UNESCO Y LA EDUCACIÓN INTERNACIONAL: REFLEXIONES PARA UNA PROPUESTA CONCEPTUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL .....	563
BLANCA YAQUELIN ZENTENO TREJO	
CAPÍTULO 34. EL SOBRESEIMIENTO DEL JUICIO DE AMPARO Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES .....	581
ALMA AIDEÉ SERRANO RIVERA LUIS CARLOS CASTRO VIZCARRA	
CAPÍTULO 35. ¿OBLIGACIONES O DEBERES DE LAS NIÑAS Y DE LOS NIÑOS? PERSPECTIVAS DE CUMPLIMIENTO Y MATERIALIZACIÓN DESDE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA. CASO MÉXICO.....	596
JUAN PABLO VENEGAS CONTRERAS FERNANDO MANUEL CASTRO FIGUEROA OLIVIA CASTRO MASCAREÑO	
CAPÍTULO 36. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA A LA EUTANASIA Y EL ABORTO EN LA NUEVA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE LA MATERIA.....	616
JORGE SALINAS MENGUAL	
CAPÍTULO 37. CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES PARA EL TRATAMIENTO DE SUS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.....	633
SUSANA BEATRIZ CHECA PRIETO	

SECCIÓN VI  
NUEVAS RELACIONES LABORALES  
Y DE ORGANIZACIÓN ECONÓMICA

CAPÍTULO 38. UN ANÁLISIS DEL SISTEMA DE REGISTRO DE JORNADA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.....	653
ARTURO MONTESDEOCA SUÁREZ	
CAPÍTULO 39. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL DERECHO DEL TRABAJO EN MÉXICO.....	672
JORGE ALBERTO MÁRQUEZ HERRÁN LUIS XAVIER GARAVITO TORRES	
CAPÍTULO 40. LA FORMACIÓN PROFESIONAL EN EL TRABAJO COMO FACTOR CLAVE DE RESILIENCIA PARA EL MANTENIMIENTO DEL EMPLEO Y MEJORA DE LA EMPLEABILIDAD DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS .....	692
M. CARMEN AGUILAR MARTIN	
CAPÍTULO 41. CONCILIACIÓN FAMILIAR, MOTIVACIÓN Y PRODUCTIVIDAD EMPRESARIAL: UN ANÁLISIS DEL SESGO DE GÉNERO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA RSC EN LAS EMPRESAS TURÍSTICAS.....	725
ROSARIO ANDREU-GUERRERO RAQUEL HUETE-NIEVES M. CARMEN SIGÜENZA-POVEDA	
CAPÍTULO 42. LOS <i>COMPLIANCE PROGRAMS</i> EN LOS CLUBES DE FÚTBOL .....	748
LUCAS G. MENÉNDEZ CONCA	

SECCIÓN VII  
AVANCES EN LA POLÍTICA Y EN LOS DERECHOS  
CONSTITUCIONALES

CAPÍTULO 43. DEMOCRACIA DIRECTA Y LA REVOCATORIA DEL MANDATO - PROBLEMÁTICA EN SU APLICACIÓN .....	765
ESTEBAN RON CASTRO RICARDO ANDRADE UREÑA	
CAPÍTULO 44. EL PROBLEMA DEL TRANSFUGUISMO EN EL MARCO REPRESENTATIVO ESPAÑOL.....	778
CLAUDIA DE LA ROSA PÉREZ	
CAPÍTULO 45. ¿POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA? ANTECEDENTES Y CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA <i>DOBBS V. JACKSON</i> EN RELACIÓN AL DERECHO A LA VIDA Y EL ABORTO.....	797
JORGE SALINAS MENGUAL	

CAPÍTULO 46. ANÁLISIS DE LA IMPOSICIÓN AUTONÓMICA DE LAS TRANSMISIONES LUCRATIVAS EN ESPAÑA.....	814
MARTA MELGUIZO GARDE	
CAPÍTULO 47. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES .....	832
JOSÉ PABLO SANCHA DÍEZ	
CAPÍTULO 48. LA REFORMA DEL TRIBUNAL UNIVERSITARIO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA .....	848
ROBERTO CASTRO PÉREZ	
MARÍA ERIKA CÁRDENAS BRISEÑO	
CAPÍTULO 49. CONTROL POLÍTICO LEGISLATIVO EN EL ECUADOR: ESPECIALIZACIÓN NECESARIA DE ACUERDO AL ORIGEN Y NATURALEZA A LA QUE SE APLICA .....	863
DENYS ESTÉVEZ ARAGÓN	
ESTEBAN RON CASTRO	
RICARDO ANDRADE UREÑA	
ANDRÉS RICAURTE	

## SECCIÓN VIII

### NUEVAS CRIMINALIDADES Y AVANCES EN SU PERSECUCIÓN

CAPÍTULO 50. LA INCOMPATIBILIDAD DEL USO DE LAS ARMAS AUTÓNOMAS CON LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, ¿HACIA LA CREACIÓN DE UN NUEVO TRATADO? .....	883
DR. MOHAMED SAAD BENTAOUET	
CAPÍTULO 51. PASADO Y PRESENTE DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO: REFLEXIONES SOBRE LA HISTORIA DE LA VIOLENCIA Y LA CRIMINALIDAD.....	910
YENNESIT PALACIOS VALENCIA	
CAPÍTULO 52. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD COMO CONSECUENCIA JURÍDICA DEL DELITO EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL.....	925
CECILIA CUERVO NIETO	
CAPÍTULO 53. LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA Y SU APLICACIÓN EN EL DELITO DE HOMICIDIO.....	943
MARINA DEL PILAR OLMEDA GARCÍA	
MARÍA STELLA CABRALES DELGADO	

CAPÍTULO 54. LA FISCALÍA EUROPEA: UN PASO DE GIGANTE EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN COMUNITARIA EN MATERIA PROCESAL PENAL.....	962
CECILIA CUERVO NIETO	

CAPÍTULO 55. EL DELITO DE <i>CHILD GROOMING</i> EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO A UN TIPO PENAL COMPLEJO .....	980
CECILIA CUERVO NIETO	

CAPÍTULO 56. EL NUEVO DELITO DE ACOSO HACIA LAS CLÍNICAS DE INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO Y SU RELACIÓN CON EL DELITO DE COACCIONES Y CON EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM.....	995
ROCÍO ARREGUI MONTOYA	

SECCIÓN IX  
LA NECESARIA TOMA EN CONSIDERACIÓN  
DE LAS ENSEÑANZAS DEL PASADO

CAPÍTULO 57. IS SCHUMPETER A MEDICINE MAN FOR CURING THE MEDIA'S DISEASES? .....	1009
WALLEZ	

CAPÍTULO 58. PENSAMIENTO ECONÓMICO HISPANOAMERICANO EN LA ÉPOCA MODERNA: ESCUELA DE SALAMANCA Y ARBITRISMO .....	1033
CECILIA FONT DE VILLANUEVA	

CAPÍTULO 59. LA OBRA DE MARTÍNEZ MARINA: LA TEORÍA DE CORTES Y LAS ASAMBLEAS POPULARES (S.XIX) .....	1048
ARMANDO JOSÉ SANTANA BUGÉS	

CAPÍTULO 60. LOS CONGRESOS PENITENCIARIOS INTERNACIONALES DECIMONÓNICOS Y SU PROYECCIÓN HISTÓRICA, COMO ANTECEDENTE DEL DERECHO PENITENCIARIO HUMANITARIO .....	1062
JOSÉ MARÍA MUÑOZ BLANCO	

CAPÍTULO 61. LA REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA DE ESPAÑA Y SU RELACIÓN CON MARTÍNEZ MARINA .....	1079
ARMANDO JOSÉ SANTANA BUGÉS	

CAPÍTULO 62. ESPECIALIZACIÓN PRODUCTIVA LOCAL A TRAVÉS DE LOS CATALOGOS COMERCIALES (1879-1911). EL CASO VILLANUEVA DE LA SERENA.....	1092
JOSÉ FRANCISCO RANGEL PRECIADO FRANCISCO MANUEL PAREJO MORUNO ANTONIO CARLOS ALCÁZAR BLANCO ESTEBAN CRUZ HIDALGO	
CAPÍTULO 63. LA TRANSMISIÓN DE LAS IDEAS ORDOLIBERALES EN LA ESPAÑA FRANQUISTA. LA INFLUENCIA DE LA ECONOMÍA SOCIAL DEL MERCADO DE MÜLLER-ARMACK.....	1109
NIEVES SAN EMETERIO MARTÍN GIUSEPPINA DI CAPUA VICTORIA ROMERO OJEDA	
CAPÍTULO 64. DONDE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS NO LLEGABAN: TRASCENDENCIA DEL CRÉDITO INFORMAL EN EL ÁMBITO RURAL DE LA EXTREMADURA DEL SIGLO XIX.....	1125
ANTONIO HIDALGO MATEOS	
CAPÍTULO 65. LA HERENCIA ESCOCESA DEL ORDOLIBERALISMO: DE HUME Y SMITH A EUCKEN.....	1149
NIEVES SAN EMETERIO MARTÍN GIUSEPPINA DI CAPUA VICTORIA ROMERO OJEDA	
CAPÍTULO 66. PRIVANZA Y TRANSMISIÓN DE REALES ÓRDENES DURANTE EL REINADO DE FELIPE III. EL FRACASO DEL PRIMER SISTEMA DE VALIMIENTO DE LA MONARQUÍA HISPÁNICA .....	1169
ADOLFO HAMER-FLORES	
CAPÍTULO 66. <i>PARA LA MEJOR EXPEDICIÓN DE LOS NEGOCIOS QUE ENTRE SÍ SE OFRECIESEN</i> : DISPUTAS ECONÓMICAS Y CONCORDIAS ESCRIBANILES EN ANDALUCÍA (SS. XVI-XIX).....	1188
ELIZABETH GARCÍA GIL	

**E**l mundo está en aceleración. Fluyen nuevas realidades, con alta capacidad transformadora, y que resultan difícil de aprehender intelectualmente, sobre todo para realizar nuevas teorías completas. Las ciencias sociales normativas, del deber ser, como son las jurídicas y las económicas se encuentran ante todos estos retos de primer orden. Se les pide respuestas innovadoras. No cabe duda que en los próximos años veremos evoluciones rápidas a las que surgirán nuevas instituciones y soluciones.

En la presente obra se compila un amplio número de investigaciones en este sentido, muchas de ellas como estudios de caso, que abordan estas transformaciones. La riqueza de la obra está en su variedad, interdisciplinariedad y en la apertura de miras. Este esfuerzo deberá seguir en el futuro.

En concreto, la obra se divide en nueve bloques, agrupándose en función de la temática específica de innovación y transcendencia. El primer bloque se centra en el análisis de los efectos de la todavía reciente pandemia mundial de covid. Evidentemente, esta supone un punto de inflexión en el orden internacional, muestra clara de esa aceleración indicada. Así, se incluyen seis aportaciones, de valor, tratando el impacto económico, las acciones de las organizaciones internacionales e impactos en el derecho privado y parlamentario.

Le sigue un segundo bloque, también esencial, centrado en la necesidad alcanzar sostenibilidad en la gestión de los recursos naturales. La necesidad de protección a los mismos es un reto mundial. Tenemos así otras seis aportaciones, sobre el valor económico de esta sostenibilidad, la eficiencia en el consumo de energía, la gestión de la acidificación de los océanos como un efecto del cambio climático, la siembra de cultivos transgénicos o la delimitación del espacio ultraterrestre con miras a ordenar jurídicamente la explotación de los recursos espaciales.

Tras ello, se incluye un tercer bloque dedicado a los cambios económicos y a la regulación de los mercados y el tráfico mercantil. Son nueve trabajos que entran en el análisis de la economía circular, un paradigma en auge, y sobre diversos avances en un derecho mercantil ya transnacional.

Posteriormente, se pasa a un cuarto bloque dedicado a las nuevas tecnologías. Son igualmente nueve trabajos que recogen numerosas innovaciones jurídicas y económicas, como las de propiedad intelectual, realidades aumentadas, digitales, los cables submarinos para el internet, la eficiencia de la innovación tecnológica, etc.

El quinto bloque está centrado en las personas, en concreto, sobre la necesidad de avances en los derechos humanos y la protección de los grupos vulnerables. Son siete capítulos, dando especial énfasis a la infancia y niñez.

Ya el sexto se dedica específicamente a estudios de caso sobre las nuevas realidades laborales y de organización empresarial; se trata de cinco trabajos, sobre conciliación laboral, registro de jornada, menores, formación o compliance programs.

El séptimo es igualmente específico, con siete estudios sobre avances en la política y en los derechos constitucionales, abordándose temáticas de amplia actualidad en la materia, como el transfugismo, el poder judicial, la democracia directa o las comunidades autónomas.

El octavo también está referido a otro campo específico de necesidad para las sociedades actuales, como las nuevas criminalidades y su persecución. Se abordan los conflictos armados, la prisión preventiva, las medidas de seguridad y los nuevos delitos.

Por último, nos encontramos con un capítulo de cierre que aborda cuestiones históricas y sobre el pensamiento político y económico. Son once estudios variados pero que muestran que, a pesar de los avances y aceleraciones indicados, no se puede perder la perspectiva histórica y avanzar teniendo en cuenta lo conseguido en el pasado.

Espere mas que esta obra tenga buena acogida. Sus destinatarios cubren un amplio espectro de profesionales, dada su interdisciplinaridad, incluyendo un buen número de investigaciones en los novedosos campos temáticos abordados.

ADRIANA FILLOL MAZO  
*Universidad de Sevilla*

SECCIÓN I

LAS CONSECUENCIAS DE LA PANDEMIA  
COVID EN EL CAMPO DE LAS CIENCIAS  
JURÍDICAS Y ECONÓMICAS

---

# IMPACTO ECONÓMICO DEL COVID-19: EVIDENCIAS EMPÍRICAS DE ESPAÑA

---

MÓNICA GONZÁLEZ MORALES  
*Universidad Miguel Hernández*

JOSÉ ANTONIO CAVERO RUBIO  
*Universidad Miguel Hernández*

## 1. INTRODUCCIÓN

La pandemia causada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por las autoridades para contener su evolución han tenido consecuencias devastadoras para la economía mundial dando lugar, como reconoce el Banco Mundial (2020), a la peor crisis económica desde la Segunda Guerra Mundial. Prácticamente todos los países han experimentado una contracción del Producto Interior Bruto (PIB) durante 2020. No obstante, los efectos han sido especialmente adversos en los países donde la incidencia de la pandemia ha sido mayor y en aquellos con una mayor dependencia del comercio internacional, el turismo, las exportaciones de productos básicos y la financiación externa (Banco Mundial, 2020).

España, al ser uno de los principales países receptores del turismo mundial con una contribución al PIB, según el Instituto Nacional de Estadística del 12,4% en 2019, se encuentra dentro del grupo de países más afectados económicamente por la pandemia. Ha sido una de las economías avanzadas más golpeadas por el COVID-19 desde el punto de vista sanitario, pero también económico (Pinilla et al., 2021). De acuerdo con los datos del Banco de España, en el año 2020 el PIB del país se contrajo un 10,8% y, durante el primer trimestre de 2021 todavía se situaba un 9,4% por debajo de las cifras de finales de 2019. En la zona euro el PIB se redujo un 6,7% en 2020 y en Estados Unidos, solo un 3,5%.

Las distintas políticas que han implementado los gobiernos para afrontar la crisis sanitaria y su capacidad para garantizar un equilibrio entre la salud y la economía han sido factores clave en la evolución del COVID-19 y en su impacto sobre la economía. En España, la emergencia sanitaria llevó a las autoridades a decretar medidas muy restrictivas para garantizar el distanciamiento social y evitar la propagación del virus. En una primera etapa, que se extendió casi tres meses, se impuso el confinamiento de la población y el cierre de todas las actividades no esenciales. Posteriormente, las medidas se fueron suavizando, pero siguieron aplicando, en función de la incidencia del virus, restricciones a la movilidad y limitaciones de horarios y aforos en algunos sectores económicos. Todas estas medidas han tenido como resultado una fuerte caída de la demanda de la mayoría de productos y servicios y, en consecuencia, una sustantiva reducción de la actividad económica.

Sin embargo, las implicaciones económicas de la crisis provocada por el COVID-19 no han sido homogéneas, sino que cada empresa se ha visto afectada de un modo distinto. Por un lado, el resultado de las empresas ha estado condicionado por las estrategias que cada una de ellas ha adoptado para afrontar un contexto adverso, inesperado y, sobre todo, de elevada incertidumbre. En este sentido, la capacidad de las empresas para adaptar sus productos y servicios a las nuevas necesidades del mercado y la apuesta por el desarrollo tecnológico y digital aplicado a los procesos organizativos y los canales de venta pueden haber marcado la diferencia.

Por otro lado, el impacto que ha tenido la pandemia en la situación económica y financiera de las empresas ha variado en función del sector al que pertenecen (Shen et al., 2020). La actividad de los sectores de la hostelería, el turismo o el ocio, entre otros, se ha visto especialmente perjudicada por las restricciones y limitaciones impuestas por las autoridades. Por el contrario, los sectores de las telecomunicaciones, la salud y la industria farmacéutica no solo no han sufrido los envites de la crisis económica derivada de la pandemia, sino que han experimentado un crecimiento de la demanda de sus servicios y productos (Levy, 2020).

## 1.1. REVISIÓN DE LA LITERATURA

El impacto del COVID-19 en el rendimiento empresarial ha sido estudiado en muchos países y sectores económicos. Por ejemplo, Devi et al., 2020 analizaron las empresas que cotizan en la bolsa de Indonesia segmentándolas por sectores y observaron que las empresas dedicadas a actividades inmobiliarias, finanzas, inversión, comercio y servicios, redujeron la liquidez y la rentabilidad durante el período COVID-19, mientras que las que dedicadas a producir bienes de consumo aumentaron estas mismas variables a la vez que redujeron el ratio de apalancamiento. Daryanto et al., (2021) también encontraron que el COVID-19 afectó negativamente a las empresas constructoras de Indonesia en términos de liquidez, solvencia y rentabilidad. Por su parte, Rababah et al., (2020) y Shen et al. (2020) demostraron el efecto negativo de la pandemia sobre la rentabilidad de los activos de las empresas chinas cotizadas en bolsa. Fu y Shen (2020) analizaron la rentabilidad neta de los activos de las empresas de energía china que cotizan en bolsa y comprobaron que el desempeño de las compañías había empeorado significativamente durante la pandemia y que el impacto negativo había sido mayor en las empresas con deterioro del fondo de comercio. Nguyen (2022), centrándose en las empresas logísticas que cotizan en la bolsa de Vietnam, también pusieron de manifiesto una reducción de la rentabilidad y la eficiencia empresarial, aunque no encontraron cambio significativo en la liquidez durante el período COVID-19. Sin embargo, otro estudio realizado por Atayah et al., (2021) reveló que la mayoría de empresas logísticas que operan los países del G-20 tuvieron un mejor desempeño financiero durante el ejercicio 2020. Solo las empresas de este sector ubicadas en Alemania, Corea, Rusia, México, Arabia Saudí y el Reino Unido presentaron un rendimiento financiero negativo durante el año más duro de la pandemia. Por otro lado, el estudio de Kubiczec y Derej (2021) basado en una muestra de empresas polacas de distintos sectores proporciona evidencias de que, si bien la mayoría de industrias había experimentado un retroceso en las ventas durante el COVID-19, algunas no sufrieron cambios importantes y otras incluso aumentaron los ingresos. Achim et al. (2021), analizaron las empresas rumanas que cotizan en bolsa y observaron una reducción generalizada de los beneficios

durante el periodo de pandemia, aunque también encontraron un mayor rendimiento financiero en el sector de la agricultura, el comercio, la construcción, la logística y las comunicaciones. Mirza et al. (2020) investigaron el impacto del COVID-19 en la solvencia de empresas cotizadas no financieras en 15 Estados Miembros de la UE concluyendo que existía un deterioro generalizado del perfil de solvencia. Asimismo, el estudio reveló la mayor fragilidad de las empresas del sector manufacturero, minero y minorista a una disminución en la capitalización de mercado y una reducción en los ingresos por ventas.

El impacto económico de la pandemia en las empresas españolas también ha sido objeto de diferentes estudios. Fernández et al., (2021), examinaron el impacto del COVID-19 en la facturación y el empleo de las empresas según sus características y observaron que las empresas más afectadas son las de menor tamaño, las más jóvenes, las menos productivas y las situadas en zonas urbanas. Prades y Tello (2020) resaltaron la asimetría del impacto económico de la pandemia en los países europeos y en las comunidades autónomas españolas determinando que las diferentes estructuras productivas y las relaciones intersectoriales existentes determinan las diferencias territoriales en España, siendo las regiones más expuestas a sectores relacionados con hostelería y restauración las más afectadas. Y, por su parte, Escolar et al. (2021), al analizar la vulnerabilidad financiera de las empresas españolas, concluyeron que la crisis del COVID-19 supuso una necesidad de liquidez inmediata, suplida en parte por la facilidad de crédito de las instituciones centrales y autonómicas. También provocó una caída de la rentabilidad y un aumento del endeudamiento, poniendo en jaque la situación financiera de las empresas y su viabilidad en los próximos años.

## 2. OBJETIVOS

Así las cosas, el objetivo de este trabajo es analizar el desempeño económico y financiero de las empresas españolas antes (2019) y durante (2020) la crisis del COVID-19 diferenciándolas conforme al sector de actividad al que pertenecen. La finalidad es obtener una visión más completa de las implicaciones del COVID-19 en el rendimiento de las

empresas y, en concreto, en los principales sectores económicos, que pueda ser útil para directivos, responsables de formulación de políticas, agentes sociales, Administraciones públicas, inversores, mercados financieros y otras partes interesadas.

El principal atractivo de este estudio es que se basa en datos empíricos obtenidos de los estados financieros definitivos presentados por las empresas para los ejercicios 2019 y 2020, frente a otros trabajos que se han basado en estados financieros previsionales.

### 3. METODOLOGÍA

Para llevar a cabo esta investigación se ha utilizado el método cuantitativo centrado en un análisis estadístico descriptivo del desempeño económico y financiero de los grandes sectores de actividad en España antes (2019) y durante (2020) la crisis del COVID-19. Para determinar si hay diferencias significativas de los ratios económicos y financieros entre ambos períodos se han aplicado pruebas estadísticas paramétricas (prueba t de Student) para muestras relacionadas.

Cabe decir que los CNAE S, T y U no se han considerado en el estudio consecuencia de que el número de empresas en estos grupos son escasos y, por tanto, no hay sociedades suficientes para efectuar el análisis. Por otro lado, dado que la finalidad es comparar la situación económica, financiera y patrimonial de las empresas antes y durante la pandemia, solo se seleccionaron empresas que dispusieran de cuentas anuales en los ejercicios económicos 2019 y 2020. Igualmente, se excluyeron las empresas cuya información en la base de datos era insuficiente, incompleta o, no cumplía con los requisitos para el análisis.

**TABLA 1. Grupos CNAE.**

CNAE	Denominación	CNAE	Denominación
A	Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca	K	Actividades financieras y de seguros
B	Industrias extractivas	L	Actividades inmobiliarias
C	Industria manufacturera	M	Actividades profesionales, científicas y técnicas
D	Suministro de energía eléctrica, gas, vapor y aire acondicionado	N	Actividades administrativas y servicios auxiliares
E	Suministro de agua, actividades de saneamiento, gestión de residuos y descontaminación	P	Actividades de educación
F	Actividades de construcción	Q	Actividades sanitarias y de servicios sociales
G	Comercio al por mayor y al por menor; reparación de vehículos de motor y motocicletas	R	Actividades artísticas, recreativas y de entretenimiento
H	Actividades de transporte y almacenamiento	S	Otros servicios
I	Actividades de hostelería	T	Actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico; actividades de los hogares como productores de bienes y servicios para uso propio
J	Actividades de información y comunicaciones	U	Actividades de organizaciones y organismos extraterritoriales

La información económica y financiera de las empresas se ha extraído de la base de datos del Sistema Ibérico de Análisis de Balances (SABI). La Tabla 1 incluye la denominación de los 20 grandes sectores de actividad según la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE).

Una vez establecida la población se extrajo una muestra aleatoria simple del total de empresas de cada grupo CNAE que forma parte de la población, con un nivel de significatividad del 95% y un error muestral del 5% (Tabla 2).

A partir de los estados contables de las empresas en la base de datos SABI se han calculado los ratios económicos y financieros de las empresas para el ejercicio 2019 (PreCOVID-2019) y 2020 (COVID-2019). Los ratios son muy útiles para el análisis de los estados financieros porque ofrecen la información contable de forma agregada y resumida y esto simplifica el estudio de la empresa y la comparación con el sector (Corona y Bejarano, 2014; Ortega, 2011).

**TABLA 2.** Población y muestra extraída de cada CNAE.

CNAE	Población	Muestra
A	14.709	1.041
B	1.005	500
C	53.188	1.193
D	1.636	603
E	1.621	618
F	54.442	1.196
G	105.391	1.216
H	20.327	1.118
I	28.505	1.142
J	13.169	993
K	10.013	995
L	26.249	1.091
M	41.263	1.162
N	16.988	1.069
P	6.686	903
Q	12.027	1.022
R	7.411	943

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del SABI

En la Tabla 3 se definen los ratios analizados en este trabajo. Son los comúnmente utilizados por investigadores, profesionales y analistas para medir la salud económica, financiera y patrimonial de las organizaciones. En este sentido, además del ratio de variación de las ventas que utilizamos para evaluar la evolución de las ventas de los diferentes sectores en 2020 en comparación con el 2019, también se analiza la solvencia, la liquidez, el endeudamiento y la rentabilidad.

La solvencia mide la capacidad de la empresa para hacer frente a las deudas a largo plazo con el total de activos que posee. Este ratio debe tomar valores superiores a la unidad, ya que un valor inferior indicaría que la empresa no cuenta con recursos propios para pagar sus deudas. Se relaciona, por tanto, con el riesgo de quiebra de la empresa. Cuanto mayor sea su valor, más alejada estará la empresa de la quiebra.

La liquidez es la capacidad de la empresa para cumplir las obligaciones de pago a corto plazo y la medimos comparando la relación entre el pasivo corriente y el activo corriente. Cuanto más elevado sea el ratio, en

mejor situación estará la empresa para afrontar el pago de sus deudas en el corto plazo.

Por su parte, el ratio de endeudamiento se usa para evaluar la proporción de deuda que tiene la empresa respecto a su patrimonio neto, es decir, la relación entre la financiación ajena y los fondos aportados por los socios. Por tanto, permite valorar que parte de los activos de la compañía han sido financiados con recursos ajenos. Cuanto más elevado sea este ratio (valores cercanos a la unidad), la empresa tiene mayor dependencia de la financiación externa y, en consecuencia, más riesgo tiene de no poder cumplir con sus obligaciones de pago al vencimiento. Además de que las condiciones de financiación que le impongan los acreedores serán más duras.

Por último, para valorar la rentabilidad del sector se utiliza la rentabilidad económica o ROA (Return on assets). Este ratio mide la capacidad de las empresas para generar beneficios con el total de activos que posee. Los investigadores consideran que es una variable estable y muy indicativa de los resultados financieros de una organización.

**TABLA 3.** Variables analizadas.

Variable	Descripción
Variación de las Ventas (VTAS)	$(\text{Ventas año}t - \text{Ventas año}t-1) / (\text{Ventas año}t-1)$ ;
Rentabilidad de los activos (ROA)	Beneficio antes de intereses e impuestos (EBIT) / Activo total
Liquidez (LIQ)	Activo Corriente / Pasivo Corriente
Solvencia (SOLV)	Activo Total / (Pasivo Corriente + Pasivo no Corriente)
Endeudamiento (END)	(Pasivo Corriente + Pasivo no Corriente) / Patrimonio Neto

#### 4. RESULTADOS

A continuación, se analizan los estadísticos descriptivos (media, mediana y desviación típica) de los ratios económicos y financieros calculados para la muestra de las empresas que pertenecen a cada uno de los 17 grandes sectores de actividad analizados. A fin de poder establecer los efectos de la crisis económica del COVID-19 en los diferentes sectores, por un lado, en las Tabla 4 y 5 se muestran los estadísticos descriptivos de los ratios calculados para el año 2019 (PreCOVID-19) y, por otro, en las Tablas 6 y 7 los ratios calculados para el año 2020

(COVID-19). Además, en la Tabla 8 se presentan las diferencias de medias para cada ratio entre ambos periodos y se indica la significatividad estadística de dichas diferencias aplicando la prueba t de Student.

**TABLA 4.** Estadísticos descriptivos de variación de ventas y liquidez PreCOVID-19.

CNAE	Ratio					
	VTAS			LIQ		
	Media	Mediana	DT	Media	Mediana	DT
A	1,75%	0,00%	24,00%	2,02	1,24	2,27
B	7,12%	6,14%	21,88%	2,68	1,90	2,55
C	2,34%	1,51%	17,00%	2,20	1,68	1,55
D	-1,98%	-2,34%	14,55%	3,03	1,78	3,35
E	7,59%	4,68%	20,35%	2,04	1,53	1,65
F	8,92%	5,11%	36,72%	2,08	1,57	1,57
G	2,83%	2,05%	14,97%	1,90	1,53	1,24
H	5,39%	3,66%	15,25%	1,89	1,39	1,64
I	4,79%	4,35%	11,98%	1,55	1,17	1,42
J	7,98%	4,50%	25,14%	2,39	1,76	1,93
K	3,82%	2,51%	13,41%	4,05	2,44	4,76
L	2,55%	1,42%	12,00%	4,61	2,06	5,96
M	6,19%	4,37%	20,25%	2,62	1,89	2,38
N	6,86%	4,01%	21,18%	2,15	1,63	1,76
P	5,34%	4,21%	18,69%	2,16	1,55	1,88
Q	5,03%	3,42%	12,65%	2,59	1,90	2,18
R	7,08%	5,09%	9,87%	2,13	1,52	2,01

Fuente: elaboración propia

**TABLA 5.** Estadísticos Descriptivos de solvencia, endeudamiento y rentabilidad económica PreCOVID-19.

CNAE	SOLV			END			ROA		
	Media	Mediana	DT	Media	Mediana	DT	Media	Mediana	DT
A	2,94	1,70	3,92	1,18	0,55	1,55	3,53%	2,22%	6,23%
B	3,71	2,30	6,80	0,86	0,54	0,93	3,53%	2,63%	6,57%
C	2,44	1,91	1,50	1,29	0,80	1,41	4,87%	3,73%	6,08%
D	4,16	2,15	4,93	1,19	0,50	1,74	5,88%	4,46%	8,20%
E	2,36	1,82	1,51	1,36	0,80	1,55	5,55%	4,42%	6,71%
F	2,28	1,73	1,45	1,50	0,90	1,62	5,91%	3,92%	7,90%
G	2,13	1,60	1,31	1,87	1,07	2,06	5,27%	4,17%	6,18%
H	2,10	1,65	1,34	1,63	1,13	1,57	5,78%	4,62%	7,66%

I	2,08	1,56	1,32	1,98	1,17	2,29	6,58%	4,98%	8,79%
J	2,66	2,01	1,84	1,10	0,69	1,15	8,23%	5,53%	11,91%
K	5,74	3,19	6,69	0,49	0,25	0,59	6,69%	4,12%	9,59%
L	6,92	3,32	8,95	0,49	0,21	0,80	2,26%	1,61%	3,74%
M	3,20	2,31	2,45	0,90	0,50	1,05	6,91%	4,75%	9,60%
N	2,51	1,86	1,88	1,18	0,74	1,24	6,72%	5,07%	9,01%
P	2,61	1,89	1,82	1,24	0,71	1,41	7,32%	5,14%	10,29%
Q	3,38	2,41	2,55	0,82	0,45	0,96	9,35%	7,72%	10,34%
R	3,05	2,07	2,50	1,06	0,54	1,30	6,96%	5,12%	10,12%

Fuente: elaboración propia

**TABLA 6.** Estadísticos descriptivos de variación de ventas y liquidez COVID-19.

CNAE	Ratio					
	VTAS			LIQ		
	Media	Mediana	DT	Media	Mediana	DT
A	-0,63%	-0,68%	24,94%	2,64	1,63	2,96
B	-6,40%	-7,12%	24,37%	2,76	2,05	2,42
C	-10,19%	-10,56%	20,35%	2,55	1,95	1,83
D	-4,73%	-1,84%	18,40%	3,24	1,92	3,78
E	-3,61%	-2,40%	17,50%	2,22	1,69	1,63
F	-6,44%	-8,33%	33,80%	2,47	1,84	2,31
G	-12,53%	-10,26%	25,59%	2,27	1,84	1,52
H	-11,06%	-8,39%	23,25%	2,23	1,62	2,07
I	-44,57%	-43,85%	21,02%	2,10	1,42	2,10
J	-1,36%	-0,93%	26,72%	2,62	2,07	1,97
K	-0,45%	0,00%	12,69%	4,68	2,79	5,21
L	-9,28%	-5,41%	20,77%	5,62	2,35	8,05
M	-4,79%	-2,43%	20,42%	2,82	2,16	2,32
N	-14,77%	-7,67%	33,08%	2,67	1,99	2,21
P	-20,58%	-20,12%	25,03%	2,75	1,91	2,57
Q	-8,77%	-8,21%	15,80%	2,97	2,32	2,38
R	-36,56%	-37,30%	25,84%	2,57	1,70	2,57

Fuente: elaboración propia

**TABLA 7.** Estadísticos descriptivos de solvencia, endeudamiento y rentabilidad económica COVID-19.

CNAE	SOLV			END			ROA		
	Media	Mediana	DT	Media	Mediana	DT	Media	Mediana	DT
A	3,01	1,88	3,38	1,22	0,64	1,47	3,38%	2,53%	6,45%

B	3,50	2,31	6,08	0,90	0,55	1,05	3,05%	2,04%	5,98%
C	2,49	1,82	1,76	1,24	0,76	1,30	3,06%	2,63%	6,40%
D	4,03	2,13	4,53	1,09	0,48	1,47	5,12%	3,98%	8,46%
E	2,35	1,83	1,48	1,28	0,75	1,45	5,50%	4,36%	7,44%
F	2,31	1,76	1,53	1,35	0,85	1,42	4,37%	3,03%	7,46%
G	2,12	1,61	1,33	1,77	1,07	1,96	3,73%	3,11%	6,41%
H	2,07	1,64	1,30	1,62	1,09	1,68	3,89%	3,34%	8,39%
I	1,81	1,37	1,20	2,08	1,16	2,37	-5,25%	-3,49%	12,87%
J	2,50	1,97	1,53	1,10	0,69	1,20	7,31%	4,96%	12,15%
K	6,30	3,26	8,06	0,45	0,24	0,54	6,66%	4,64%	9,58%
L	8,16	3,50	11,35	0,45	0,18	0,68	1,35%	0,84%	3,85%
M	3,20	2,21	2,71	0,96	0,52	1,16	5,27%	3,39%	9,25%
N	2,51	1,82	1,95	1,24	0,72	1,35	2,77%	2,84%	11,22%
P	2,33	1,75	1,51	1,51	0,81	1,79	3,65%	2,75%	11,99%
Q	3,13	2,37	2,25	0,89	0,51	1,04	6,88%	5,20%	10,38%
R	2,66	1,92	1,95	1,18	0,62	1,43	-1,51%	-0,36%	11,12%

Fuente: elaboración propia

**TABLA 8.** Diferencias de medias de los ratios PreCOVID-19 y COVID-19.

CNAE	Ratio				
	VTAS	LIQ	SOLV	END	ROA
A	-2,37%***	0,62***	0,06	0,04	-0,15%*
B	-13,52%***	0,08**	-0,21***	0,04**	-0,48%***
C	-12,53%***	0,35***	0,05*	-0,05	-1,81%***
D	-2,75%***	0,22*	-0,13	-0,10	-0,77%***
E	-11,21%***	0,18***	-0,01	-0,07**	-0,05%***
F	-15,36%***	0,39***	0,03**	-0,16***	-1,53%***
G	-15,36%***	0,37***	-0,01	-0,10	-1,54%***
H	-16,44%***	0,34***	-0,03	-0,01	-1,89%***
I	-49,36%***	0,55***	-0,27***	0,10***	-11,84%***
J	-9,33%***	0,24***	-0,16	0,00	-0,91%**
K	-4,26%***	0,63***	0,56***	-0,003**	0,00
L	-11,83%***	1,01***	1,24***	-0,04***	-0,91%***
M	-10,98%***	0,21***	0,00	0,06*	-1,64%***
N	-21,62%***	0,52***	0,00	0,06	-3,94%***
P	-25,92%***	0,59***	-0,28***	0,27***	-3,68***
Q	-13,80%***	0,38***	-0,25**	0,07***	-2,47%***
R	-43,64%***	0,45***	-0,39***	0,11***	-8,47%***

\*significativo al nivel 0,1.

\*\*significativo al nivel 0,05.

\*\*\*significativo al nivel 0,01.

Si bien en el ejercicio 2019, excepto el de suministro de energía (CNAE D), todos los sectores presentaron un incremento de las ventas respecto al ejercicio económico anterior, en 2020 el cese temporal de las actividades impuesto por el confinamiento y la crisis económica derivada del COVID-19 provocaron una caída generalizada de las ventas de todas las industrias, aunque con diferencias importantes. Mientras que en el sector de las finanzas y seguros (CNAE K) las ventas apenas tuvieron una caída interanual del 0,45%, otros sectores experimentaron una pérdida de facturación mucho mayor. Sin duda, las empresas más damnificadas por la pandemia fueron las dedicadas a las actividades artísticas y de entretenimiento (CNAE R) con pérdidas de ingresos por ventas superiores al 36% y las empresas de hostelería (CNAE I) que registraron una reducción media de la facturación cercana al 45%.

En cuanto a la liquidez de las empresas, durante 2020 se produjo un aumento generalizado y estadísticamente significativo en todos los sectores de la economía española. En particular, se produjo una mejora sustancial del ratio de liquidez media de las empresas dedicadas a las actividades inmobiliarias (CNAE L), las financieras y de seguros (CNAE K) y las del sector primario (CNAE A) con incrementos de 1,01, 0,63 y 0,62 puntos, respectivamente. Por su parte, la industria extractiva (CNAE B) es la que menor variación presentó entre períodos con un incremento del ratio de liquidez de 0,08 puntos.

La solvencia empresarial, sin embargo, no se comportó del mismo modo y en la mayoría de sectores se redujo durante el COVID-19. Las actividades económicas más afectadas en este sentido fueron también las que más redujeron la facturación: las de hostelería (CNAE I), las artísticas y de entretenimiento (CNAE R) y las de educación (CNAE P). Pero, también hay sectores que en 2020 incrementaron sus niveles de solvencia media entre los que destacan el inmobiliario (CNAE L) con +1,24 puntos respecto de 2019 y el de finanzas y seguros (CNAE K) con una mejora de 0,56 puntos.

Por su parte, el mayor incremento del endeudamiento se produjo en el sector de la hostelería (CNAE I), la educación (CNAE P) y las actividades artísticas y de entretenimiento (CNAE R). Pero, sectores como el inmobiliario (CNAE L) y el de finanzas y seguros (CNAE K) que, en

2019 se caracterizaron por ser los menos endeudados, también redujeron en 2020 el ratio de endeudamiento.

Por último, la importante caída de las ventas y, por consiguiente, los ingresos, supuso un deterioro significativo de la rentabilidad económica o ROA de todos los sectores durante el período COVID-19. La excepción es el sector de actividades financieras y de seguros (CNAE K) que en 2020 mantuvo prácticamente la misma rentabilidad económica del ejercicio anterior. No obstante, pese al fuerte golpe económico que supuso la pandemia, la gran mayoría de sectores consiguió mantener un valor positivo para este ratio. Los sectores de las actividades de hostelería (CNAE I) y de actividades artísticas, recreativas y de entretenimiento (CNAE R) son los únicos cuyo ROA se tornó negativo en 2020. En 2019 las rentabilidades medias de ambos sectores eran superiores al 6,5% y en 2020 se redujeron al -5,25% en el caso de la hostelería y -1,51% en las actividades artísticas y de entretenimiento.

## 5. DISCUSIÓN

Los resultados han puesto de manifiesto amplias diferencias entre sectores, determinadas principalmente por los cambios en las pautas de consumo que ocasionaron los cierres de la economía y las restricciones impuestas por las autoridades. De modo que, por lo que respecta a las ventas, durante 2020, la contracción de la demanda tuvo un impacto leve en el sector primario, ya que la alimentación continuó siendo una necesidad; un impacto moderado en el conjunto de actividades de comercio al por mayor y por menor, pese al incremento sustancial del comercio electrónico; y un impacto grave en los sectores del entretenimiento y la hostelería, fuertemente perjudicados por las limitaciones a la interacción social.

Pero, aunque la caída de las ventas supone una pérdida de ingresos que puede conllevar una reducción de la capacidad de las empresas para hacer frente a sus pagos, lo cierto es que las empresas españolas, en una situación de incertidumbre y en previsión de futuras necesidades de efectivo, se dedicaron durante 2020 a proveerse de liquidez, conseguida en parte mediante la financiación externa (Menéndez y Mulino, 2021). En todos los sectores se produjo un incremento del ratio de liquidez, si

bien fue en muchos casos a costa de incurrir en más endeudamiento y perder solvencia. No en vano, aunque desde diferentes Administraciones públicas se proporcionaron ayudas directas e indirectas (subvenciones, exenciones fiscales, entre otras) a las empresas y, especialmente, a las de los sectores más perjudicados por la crisis del COVID-19, la financiación bancaria fue una solución a las necesidades de liquidez de las empresas durante 2020. Una solución impulsada por los distintos gobiernos (estatal y regionales) que establecieron diferentes medias de apoyo a la financiación de las empresas.

Por otra parte, en términos generales, la pandemia provocó que durante 2020 la rentabilidad económica de las empresas en todos los sectores de actividad experimentara un drástico descenso respecto al ejercicio económico anterior. Pese a que, a excepción de la hostelería y las actividades artísticas, recreativas y de entretenimiento, en la mayoría de sectores las empresas mantuvieran una rentabilidad positiva, la pérdida de ingresos hizo que prácticamente en todos se produjera un retroceso de este ratio durante 2020 que fue especialmente acentuado en los sectores más perjudicados por el COVID-19.

## 6. CONCLUSIONES

En definitiva, la crisis económica provocada por la pandemia del COVID-19 afectó a todos los sectores de la economía. Para evitar la propagación del virus, durante 2020, los gobiernos decretaron períodos de cierres totales, restricciones a la movilidad de las personas y reducciones de aforo de los establecimientos. Esta situación, junto con la falta de confianza del consumidor en la buena evolución de la economía, generó una contracción significativa del consumo y, por ende, una reducción muy importante de la actividad de las empresas que afectó drásticamente a su desempeño económico y financiero.

Sin embargo, el impacto económico del COVID-19 en España durante 2020 fue asimétrico y tuvo consecuencias especialmente graves en los sectores de la hostelería y las actividades artísticas y de entretenimiento, poniéndolos en serias dificultades para afrontar los retos económicos de la pandemia. En 2021, la economía española mejoró y el PIB

experimentó un crecimiento del 5,1%, tendencia que continuó durante los dos primeros trimestres de 2022, pese a los efectos sobre la economía de la guerra de Ucrania. No obstante, será muy interesante comprobar, una vez se disponga de los estados financieros de las empresas de estos dos últimos ejercicios (2021 y 2022), si los sectores más perjudicados por la crisis del COVID-19 son también los más beneficiados por la recuperación económica.

## 7. APOYOS

Este estudio ha sido financiado por la Ayuda a la Investigación 2020 de la Universidad Miguel Hernández de Elche. Referencia OP0004IP. Título: Análisis sectorial y regional del impacto económico-financiero de la COVID-19 en las empresas españolas (IMECOVIDEMP).

## 8. REFERENCIAS

- Achim M.V., Safta, I.L., Văidean, V.L., Mureșan, G.M., Borlea, N.S., (2021). The impact of covid-19 on financial management: evidence from Romania. *Economic Research-Ekonomska Istraživanja*.
- Atayah, O.F., Dhiaf, M.M.; Najaf, K. and Frederico, G.F. Impact of COVID-19 on financial performance of logistics firms: Evidence from G-20 countries. *Journal of Global Operations and Strategic*, 15, 172–196.
- Banco Mundial (2020). La COVID-19 hunde a la economía mundial en la peor recesión desde la Segunda Guerra Mundial. <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2020/06/08/covid-19-to-plunge-global-economy-into-worst-recession-since-world-war-ii>.
- Corona, R. E. and Bejarano, V. V. (2014). Análisis de estados financieros individuales y consolidados. Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Daryanto, W. M., Iffah, M., and Mahardhika, R. (2021). Financial performance analysis of construction company before and during COVID-19 pandemic in Indonesia. *International Journal of Business, Economics and Law*, 24(4), 99-108.
- Devi, S., Warasniasih, N.M.S., Masdiantini, P.R., and Musmini, L.S. (2020). The Impact of COVID-19 pandemic on the financial performance of firms on the Indonesia stock exchange. *Journal of Economics, Business and Accountancy Ventura*, 23(2), 226-242.

- Escolar, R. B., Mayordomo, S., Pujadas, Á. M., and Mulino, M. (2021). El Impacto de la crisis del COVID-19 sobre la vulnerabilidad financiera de las empresas españolas, Banco de España- Documentos Ocasionales, 2119.
- Fernández, A., González, B., Izquierdo, M. and Moral, E. (2021). El impacto económico del COVID-19 en las empresas españolas según la encuesta del Banco de España sobre la actividad empresarial (EBAE). Banco de España, Artículos Analíticos-Boletín Económico, 1/2021.
- Fu, M. and Shen, H. (2020). COVID-19 and corporate performance in the energy industry. *Energy Research Letters*, 1(1).
- Kubiczek, J. and Derej, W. (2021). Financial performance of business in the COVID-19 pandemic conditions—Comparative Study. *Polish Journal of Management Studies*, 24(1), 183–201.
- Levy, D.L. (2021). COVID-19 and global governance. *Journal of Management Studies*, 58(2), 562-566.
- Mirza, N., Rahat, B., Naqvi, B. and Rizvi, S.K. (2020). Impact of Covid-19 on corporate solvency and possible policy responses in the EU. *The Quarterly Review of Economics and Finance*.
- Nguyen, H.T.X. (2022). The Effect of COVID-19 Pandemic on financial performance of firms: empirical evidence from Vietnamese logistics enterprises. *The Journal of Asian Finance, Economics and Business*, 9(2), 177-183.
- Prades, E., and Tello, P. (2020). Heterogeneidad en el impacto económico del COVID-19 entre regiones y países del área del euro. *Boletín Económico del Banco de España*, 2, 22-39.
- Rababah, A., Al-Haddad, L., Sial, M. S., Chunmei, Z., and Cherian, J. (2020). Analyzing the effects of COVID-19 pandemic on the financial performance of Chinese listed companies. *Public Affairs*, 20(4), e2440.
- Shen, H., Fu, M., Pan, H., Yu, Z. and Chen, Y. (2020). The impact of the COVID-19 pandemic on firm performance. *Emerging Markets Finance and Trade*, 56(10), 2213-2230

# LA UNIÓN EUROPEA Y LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES AMERICANAS FRENTE A LA PANDEMIA COVID: PROPUESTAS Y AVANCES JURÍDICOS PARA LA GOBERNANZA DE LA SALUD GLOBAL

---

MIGUEL ÁNGEL MARTÍN LÓPEZ

*Profesor titular de la Universidad de Sevilla*

## 1. PLANTEAMIENTO

Una persona tan lúcida y conocedora de las relaciones internacionales como Henry Kissinger has llegado a afirmar que la pandemia COVID va a suponer una transformación del orden mundial<sup>1</sup>. Quizás la afirmación sea aventurada<sup>2</sup> y todavía se desconozca si así va a ser, aunque, como se señala en una reciente investigación de expertos latinoamericanos, “hay buenas razones para suponer que los estragos ocasionados por la pandemia de la COVID - 19 en la primera mitad del 2020, erosionan de tal manera los cimientos del orden mundial imperante, estructurado desde las postrimerías de la segunda guerra mundial, que desde ya se articulan las condiciones de posibilidad para la emergencia de un nuevo

---

<sup>1</sup> Algunas publicaciones están ya surgiendo sobre el impacto del covid en la transformación de las relaciones internacionales. Puede verse, en el ámbito latinoamericano, a ARBELÁEZ-CAMPILLO, D. , VILLASMIL ESPINOZA, J. J.: “Escenarios prospectivos de un nuevo orden internacional que se vislumbra luego de la pandemia covid-19”, *Telos: Revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales*, Vol. 22, Nº. 3, 2020, págs. 494-508 o VIDAL DE LA ROSA, G: “El orden mundial, los Estados y la pandemia”, *Política y cultura*, Nº. 56, 2021 (Ejemplar dedicado a: El orden mundial tras la crisis de 2020), págs. 9-3.

<sup>2</sup> Así lo dije en una nota en The Wall Street Journal. Sus reflexiones incluso se han llegado a tergiversar, indicándose en algunos medios que continuaba diciendo expresamente que “sí, mucha gente va a morir cuando se establezca el Nuevo Orden Mundial, pero será un mundo mucho mejor para los que sobrevivan”, aunque esta última parte no es cierta (véase <https://maldita.es/malditobulo/20210201/henry-kissinger-gente-morir-nuevo-orden-mundial-mundo-mejor-sobrevivan/>)

o renovado orden internacional con características inciertas”<sup>3</sup>. En todo caso, lo que está claro es que para que este nuevo orden vea la luz va a ser necesaria la actuación de las organizaciones internacionales. Estas debieran ser esenciales para la modificación de la estructura internacional, sobre todo reforzando la cooperación y, al menos introduciendo cambios que eviten las pandemias futuras y sus perniciosos efectos. Como hemos visto y merced a la interdependencia mundial, estos se propagan con celeridad llegando a cualquier rincón mundial. No parece, hasta ahora, que las instituciones mundiales, representadas sobre todo en las Naciones Unidas y su sistema, estén dando pasos actualmente en firme para asumir cambios estructurales dirigidos a ese afrontamiento mundial de los retos globales, en particular la salud global. Más bien, lo que podemos apreciar actualmente es un aumento de la influencia del regionalismo en estos ámbitos. Así, podemos ver que ya se están previendo acciones para asumir una mayor cooperación. Lo vemos en las respuestas de los programas de recuperación tras el Covid y en otras medidas de preparación frente a las futuras nuevas pandemias que puedan venir. En particular, esto lo viene haciendo la Unión Europea y también otras organizaciones internacionales de ámbito regional americano. El propósito de la presente investigación es hacer un estudio comparativo de esta labor en estos dos escenarios geográficos, con el fin sobre todo de analizar las singularidades de cada caso y ver su alcance, impacto y aplicabilidad como propuestas para una mejor gobernanza global.

## 2. LA RESPUESTA FRENTE A LA PANDEMIA COVID EN LA UNIÓN EUROPEA: LA NECESIDAD DE REFORZAR LOS MECANISMOS DE COOPERACIÓN E INTEGRACIÓN

Bien es sabido que la pandemia Covid entró en Europa en los primeros momentos de su expansión internacional, primordialmente a través de Italia y España, causando un número alto de muertes y considerables estragos en los sistemas sanitarios, los cuales tuvieron dificultades para aprovisionarse de medios de protección individual (EPIS) y otros recursos sanitarios inexistentes en sus mercados y sin posibilidades de

---

<sup>3</sup> ARBELÁEZ...*op. cit.*, pág. 494

producción interna inmediata. La situación llegó incluso a poner entre las cuerdas los mecanismos de cooperación y de solidaridad dentro de la propia Unión Europea. Todavía están en la memoria las reticencias alemanas y, sobre todo, holandesas a las peticiones de los países del sur para que se pusiera en marcha un programa ambicioso económico contra el coronavirus. El primer ministro portugués llegó a calificar de repugnante las palabras del ministro holandés de finanzas Wopke Hoekstra respecto de la incapacidad presupuestaria española para hacer frente a la pandemia<sup>4</sup>. En suma, se puso en entredicho la capacidad de la unión y se alabaron las fortalezas de los Estados más autoritarios en particular asiáticos para hacer frente a la crisis de la pandemia. Afortunadamente, esta tendencia que eludía la cooperación y sus beneficios cambió y se consiguió un acuerdo esencial para facilitar una recuperación conjunta ante la crisis<sup>5</sup>, fundamentalmente el acuerdo de 21 de julio de 2020 por el que el Consejo Europeo<sup>6</sup> dispuso un presupuesto general de 700.000 millones de euros para un programa extraordinario de recuperación, que se ha venido en llamar Next Generation UE y que está dirigido sobre todo a la transición ecológica y digital así como a apoyar las redes de seguridad de trabajadores y empresas.

Aparte de esto, naturalmente, podemos encontrar una mayor actuación conjunta, como en materia de coordinación de viajes dentro de la UE, el certificado COVID digital que ha sido prorrogado hasta el 30 de junio de 2023 o el enfoque común para obtener vacunas contra el covid, de relativo éxito ya que aunque la unión no ha sido capaz de hacer una vacuna propiamente europea, sí ha sido la región que ha alcanzado una mayor tasa de porcentaje de vacunación en el ámbito mundial. Toda esta labor conjunta y los logros gracias a la actuación unitaria se destacan en

---

<sup>4</sup> <https://elpais.com/economia/2020-03-27/repugnante-la-critica-portuguesa-contra-el-gobierno-holandés-por-su-respuesta-a-la-crisis-del-coronavirus.html>

<sup>5</sup> Como visión general, puede verse sobre la actuación de la Unión Europea en la aún escasa producción sobre la temática a GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: “La acción de la Unión Europea durante la pandemia de SARS-COV-2”, *La Unión Europea y la pandemia mundial*, 2021, ed. Bormarzo, págs. 65-9.

<sup>6</sup> Puede consultarse el texto íntegro y demás en <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/07/21/european-council-conclusions-17-21-july-2020/>

la información expuesta en su página web<sup>7</sup>. Las disposiciones normativas aprobadas también reflejan estos propósitos. Podemos colegir que una finalidad esencial es mantener firme un mensaje de unidad y de actuación conjunta solidaria. Ciertamente, puede considerarse que una vez pasado ese primer bache, la Unión Europea está consiguiendo este resultado de unidad. A los efectos del presente trabajo, nuestro propósito más importante es recalcar este fin en la proyección ad extra, viendo las expresiones de solidaridad europea con sus socios internacionales. Ello es constatable y lo demuestra también una de las expresiones más utilizadas en tales actuaciones: “Equipo Europa”.

Los datos ofrecidos muestran que la Unión Europea ha querido cumplir un papel activo en este campo, desembolsando hasta el 31 de diciembre de 2021 más de 47.000 millones de euros en ayudas de emergencia, de fortalecimiento de los sistemas sanitarios y de ayuda para paliar las consecuencias sociales y económicas de la pandemia. Se ha cubierto a más de ciento cuarenta países socios, incluyendo la región de América Latina y Caribe, la que más nos interesa a efectos del presente trabajo. La Unión Europea afirma haber destinado 2500 millones de euros a la región. En concreto, una prioridad está en la provisión de vacunas donde las instituciones europeas han tenido una destacada participación en el mecanismo Covax de solidaridad internacional para conseguir la más amplia extensión de dicha vacunación por todo el planeta<sup>8</sup>. A través de él, por ejemplo, se han donado más de 700 millones de dosis en donación a los países más necesitados al respecto en especial África y Balcanes. Diversos consejos europeos a lo largo del año 2021 y otros del Consejo de la Unión Europea sobre asuntos generales han ido dándole forma a ello.

La elección de la expresión “equipo Europa” antes indicada tiene una intención clara. Quiere mostrar la labor de todas sus instituciones junto a la de cada Estado miembro en particular mostrando la unidad; es muy

---

<sup>7</sup> Véase <https://www.consilium.europa.eu/es/policias/coronavirus/10-things-against-covid-19/>

<sup>8</sup> Según la OMS, “COVAX está codirigido por la Alianza Gavi para las Vacunas (Gavi), la Coalición para la Promoción de Innovaciones en pro de la Preparación ante Epidemias (CEPI) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Su objetivo es acelerar el desarrollo y la fabricación de vacunas contra la COVID-19 y garantizar un acceso justo y equitativo a ellas para todos los países del mundo” (<https://www.who.int/es/initiatives/act-accelerator/covax>).

simbólico y da a entender la creación de sinergias y un resultado mayor que el de la mera suma de sus partes. La Unión Europea ha querido seguir con su papel tradicional de actor clave en la cooperación al desarrollo internacional.

En conclusión, cabe indicar que, pese a ciertas reticencias iniciales, la pandemia covid ha desvelado la importancia de la unidad y actuación conjunta. La divisa "juntos somos más" ha sido repetida y tomada como revulsivo para la Unión Europea. Los fondos económicos post-pandemia puestos en ejecución para facilitar la recuperación, dirigidos a unos objetivos de transición ecológica y digital, van con el propósito de reforzar dicha idea de unidad, al igual que la proyección internacional que se ha querido fuertemente impulsar como manifestación de la solidaridad europea.

### 3. AVANCES EN EL DISEÑO DE UNA ESTRATEGIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE CAMBIO ESTRUCTURAL FRENTE A LAS PANDEMIAS Y AL RETO DE LA SALUD GLOBAL

El éxito de la Unión Europea en su actuación post-pandemia vendrá dado, sobre todo, por la capacidad que tenga para transformar estructuralmente las reglas de juego institucionales. Se tratará de ver si ha mejorado las capacidades de respuesta ante futuros riesgos pandémicos, ya que, ciertamente, no es descartable que una situación como la vivida pueda volver a ocurrir. En este sentido, es esencial reforzar la capacidad de alerta temprana, la prevención o la rapidez de actuación, entre otras, con mecanismos eficaces y eficientes.

Hasta la fecha, podemos constatar que la Unión Europea está tomando medidas con dicha visión estratégica. Fundamentalmente, ello se encuentra expuesto en la Comunicación<sup>9</sup> que, recientemente, el pasado 30 de noviembre de 2022, la Comisión Europea ha presentado al Parlamento, Consejo, Consejo Económico y Social y Comité de la Regiones.

---

<sup>9</sup> COM(2022) 675, Final Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and Social committee and the committee of the regions EU global health strategy better health for all in a changing world, Brussels, 30.11.2022

Está dedicada expresamente a la estrategia global de salud y lleva por subtítulo “better health for all in a changing world”. En el documento están explicitadas las prioridades fundamentales, los principios guía (guiding principles) y las líneas de acción fundamentales para conseguir la estrategia.

Ahora bien, como punto de partida, hay que tener en cuenta que una estrategia de este corte no es nueva y que ya hay antecedentes en la Unión Europea de abordaje de estas cuestiones. Ahí estuvo la crisis llamada de las “vacas locas” de finales de los años noventa y principios de siglo, siendo la que propició la adopción de la legislación europea sobre inseguridad alimentaria (*food safety*) de los alimentos de considerable eficacia aunque insuficiente ante pandemias como la presente. Bien puede decirse que aquí en Europa no hubiera surgido una enfermedad zoonótica, como este covid, nacido en un mercado alimentario de la ciudad de Wuhan. Cabe también recordar que en 2014 tuvo lugar la epidemia de ébola, de considerable preocupación internacional y calificada por parte de la OMS como emergencia de salud pública de importancia internacional<sup>10</sup> y que motivó la realización por parte del Parlamento Europeo de un informe con propuestas de refuerzo de los sistemas sanitarios. Como anécdota es interesante destacar que el ébola no ha desaparecido, estando vigente actualmente, en diciembre de 2022, un fuerte brote en Uganda que ha obligado al cierre de las escuelas en dicho país<sup>11</sup>. Con todo, está bien recordar también que el tratado de funcionamiento de la Unión Europea ya había previsto un artículo 168 dedicado a la salud y que ya en el año 1998 se aprobó una Decisión sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud (2119/98/CE) que fue seguida de otra del año 2013 (082/2013/UE), que derogaba a la anterior<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> En el seno de la Unión Europea, ello motivó un informe del Parlamento Europeo que buscaba reforzar los sistemas sanitarios. Informe - A8-0281/2015, Parlamento Europeo, Informe sobre la crisis del virus del Ébola: lecciones a largo plazo y maneras de reforzar los sistemas sanitarios de los países en desarrollo para prevenir futuras crisis.

<sup>11</sup> <https://elpais.com/sociedad/2022-11-10/uganda-decide-cerrar-sus-escuelas-por-un-brote-de-ebola-que-ya-ha-provocado-53-muertos.html>

<sup>12</sup> Una obra de referencia sobre la atención de la Salud por parte de la Unión Europea en MOSSIALOS, M.: *Health systems governance in Europe: the role of European Union law and policy*, Cambridge University Press, 2010.

Evidentemente, la situación que ha mostrado esta pandemia de covid es diferente y sobrepasa lo visto hasta ahora. Así, actualmente, con la mencionada nueva estrategia se da una alianza mayor y más incisiva. Constatada que hay una masiva agenda sin cumplirse y sin atender a la Salud Global, cuya atención debe centrarse en tres grandes prioridades como son proveer de mejor salud y bienestar al pueblo a lo largo de toda la vida, fortalecer los sistemas y sanitarios, incorporando la cobertura sanitaria universal y, por último, combatir la amenaza de nuevas pandemias aplicando el “One Health Approach” que, como es conocido, es la estrategia propugnada primordialmente por la OMS. Cada una de estas tres grandes prioridades cuenta con sus propios principios. Así, en general, los principales son la mayor atención a la atención primaria, la digitalización, las nuevas tecnologías, las contramedidas, la mejora de los trabajadores de salud, la prevención y detección temprana, el impulso de un mecanismo global permanente de acceso a vacunas, la conclusión de un tratado de pandemias, la vigilancia para detectar patógenos o la lucha contra la resistencia a los antibióticos. Por último, la estrategia atiende también a la gobernanza global tanto en el aspecto interno como en el internacional

En este último aspecto se quiere fortalecer a la OMS y a otros aliados estratégicos en las diferentes regiones. Por ejemplo, en el caso concreto de América Latina y el Caribe se cita expresamente el plan de auto autosuficiencia en materia de salud de la Comunidad de Estados latinoamericanos y del Caribe aprobado en septiembre de 2021 y a la organización Panamericana de la salud. Por lo que respecta al aspecto interno se da importancia a la necesidad de incluir a la Salud Global en otras políticas de la unión. Se tiene bien claro que esta impacta, cuanto menos, en el clima, el medio ambiente, la energía, la nutrición, la seguridad alimentaria, la protección social, la demografía, la educación, la política industrial y la comercial, la política exterior y de seguridad etc. En todos estos campos puede tener efectos negativos las cuestiones de salud global. En consecuencia, hay que seguir la frase o divisa de conclusión que lo expresa de manera bien elocuente: “Health in all Policies”.

Yendo a las acciones concretas por parte de la Unión Europea, es del mayor interés analizar la regulación sobre amenazas transfronterizas de

salud. Ya en 2013 esta norma creó un comité de seguridad sanitaria y reconocía que, aunque los Estados miembros tengan la responsabilidad de gestionar las crisis de salud pública a nivel nacional, las medidas que adopten no pueden dañar los intereses de otros Estados miembros, lo que ocurre si son incoherentes entre sí o se basan en evaluaciones de riesgo diferentes. Dicha regulación establecía normas sobre vigilancia epidemiológica y de seguimiento de tales amenazas transfronterizas, incluso la alerta precoz. Ahora bien, a la luz de la actual pandemia covid, se ha visto insuficiente siendo necesario estrechar la cooperación entre los Estados y así se revisó en el año 2020 y ahora, recientemente, este 23 de noviembre de 2022, se ha adoptado el nuevo reglamento en el que se profundiza en esta labor<sup>13</sup>. Es curioso que el vicepresidente y ministro de sanidad de la república Checa, el señor Palec, en el momento de esta última adopción, dijera que las amenazas para la salud transfronterizas son una nueva realidad. Ya estaba la problemática presente, aunque lo cierto es que ya van a estar presentes en el primer plano de nuestra

---

<sup>13</sup> Reglamento (UE) 2022/2371 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud y por el que se deroga la Decisión n.º 1082/2013/UE. Como se indica en su exposición de motivos expresamente, “a la luz de la experiencia adquirida durante la pandemia actual de COVID-19 y con el fin de facilitar una adecuada preparación y respuesta en toda la Unión ante todas las amenazas transfronterizas para la salud, el marco jurídico para la vigilancia epidemiológica, el seguimiento, la alerta precoz y la lucha contra las amenazas transfronterizas graves para la salud, incluidas las amenazas relacionadas con las zoonosis, según lo dispuesto en la Decisión n.º 1082/2013/UE, debe ampliarse en lo que respecta a los requisitos de información y análisis adicionales relativos a los indicadores de los sistemas sanitarios, y en lo que respecta a la cooperación entre los Estados miembros y los órganos y organismos de la Unión, en particular el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades (ECDC), la Agencia Europea de Medicamentos (EMA) y las organizaciones internacionales, en especial la Organización Mundial de la Salud (OMS), teniendo en cuenta al mismo tiempo la carga a la que se enfrentan las autoridades nacionales competentes en función de la situación real de salud pública. Además, a fin de garantizar una respuesta eficaz de la Unión ante las nuevas amenazas transfronterizas para la salud, el marco jurídico para luchar contra las amenazas transfronterizas graves para la salud debe posibilitar que se adopten de inmediato definiciones de casos para la vigilancia de las nuevas amenazas y disponer la creación de una red de laboratorios de referencia de la UE y una red de apoyo al seguimiento de los brotes de enfermedades que conciernen a sustancias de origen humano. La capacidad de rastreo de contactos debe reforzarse mediante la creación de un sistema automatizado que utilice tecnologías modernas y respete al mismo tiempo la legislación de la Unión en materia de protección de datos, como el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo”.

realidad. Esta revisión normativa trae medidas más efectivas y es mucho más completo y prolijo.

En esencia, esta nueva norma da más protagonismo al Comité de Seguridad Sanitaria, órgano con el encargo de facilitar la acción coordinada entre la Comisión y los Estados. Se encarga también de la comunicación de riesgos y crisis y sobre vigilancia de la respuesta de los Estados, pudiendo en este último caso adoptar dictámenes y orientaciones. La anterior regulación no contemplaba esta capacidad normativa. Se incluyen también reglas para los planes nacionales de preparación y de respuesta. Deben ser informados conforme al artículo siete, sometidos a evaluación de acuerdo con el artículo ocho. Se crean también laboratorios de referencia para vigilancia y una red para las sustancias de origen humano, a fin de supervisar los brotes de enfermedades de esta naturaleza. Igualmente, se refuerza la alerta temprana y la coordinación con recomendaciones sobre medidas temporales de salud pública (artículo 22) y sobre la declaración de emergencia pública a escala de la unión dotada con mayores efectos jurídicos (artículo 25).

Además, aparte del reglamento, se ha creado una Autoridad Europea de preparación y respuesta ante emergencias sanitarias, conocida con el acrónimo HERA<sup>14</sup>. La misma se ha puesto en marcha oficialmente el pasado 16 de septiembre de 2021 y se le ha dotado de competencia para recopilar información y actuar directamente. Es un pilar clave de la Unión Europea en salud reforzada y va a encargarse de desarrollar, producir y distribuir vacunas y otras contramedidas médicas<sup>15</sup>. Tiene una dotación presupuestaria de seis billones de euros para el período 2022/2027 y, como ha indicado la vicepresidenta Margarita Schanas, “has a clear vision: ensure the availability, access and distribution of medical countermeasures”. Su creación es una lección aprendida de la crisis, lo que es positivo, aunque deben seguir previéndose más medidas

---

<sup>14</sup> Sobre esta autoridad véase [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_21\\_4672](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_4672)

<sup>15</sup> Es muy interesante también el reciente Reglamento (UE) 2022/2372 del Consejo de 24 de octubre de 2022 relativo a un marco de medidas para garantizar el suministro de contramedidas médicas pertinentes para la crisis en caso de emergencia de salud pública a escala de la Unión.

ante los riesgos desconocidos que va creando este marco internacional actual de tanta incertidumbre.

#### 4. LA ACCIÓN DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES AMERICANAS FRENTE AL COVID 19: PUESTA EN PRÁCTICA DE LOS MECANISMOS EXISTENTES EN LA REGIÓN Y RECLAMO DE LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La pandemia covid ha causado fuertes estragos en la región americana, contándose actualmente con más de ciento ochenta y cuatro millones de infecciones y casi tres millones de muertes directas<sup>16</sup>. El azote ha sido igualmente grave en sus sectores económicos y sociales con duros momentos en algunos países donde la respuesta de sus servicios de salud era insuficiente e inadecuada.

Las instituciones internacionales regionales fueron también llamadas a actuar. En este sentido hay que destacar la labor de la Organización Panamericana de la Salud, que es una organización internacional pionera y que está actualmente cumpliendo sus ciento veinte de años de historia<sup>17</sup>, lo que muestra la importancia de una trayectoria de atención que ha brindado a la salud en el ámbito continental americano.

Ya sabemos que, por lo general, hay críticas a la actuación de la cooperación internacional y, en particular a la Organización mundial de la

---

<sup>16</sup> Las estadísticas y otros datos pueden verse en <https://www.paho.org/es/temas/coronavirus>. En esta página web de la organización panamericana de la salud puede obtenerse información concreta de la actuación de la organización durante la pandemia.

<sup>17</sup> Ha sido el pasado 2 de diciembre de 2022. Como indica su página web, el 2 de diciembre de 1902, 11 países se reunieron en la Primera Convención Sanitaria Internacional de las Repúblicas Americanas y fundaron la Oficina Sanitaria Internacional. Su objetivo era hacer frente a la propagación de la fiebre amarilla a través de las fronteras en una época de rápida expansión del transporte marítimo. Desde entonces, la OPS ha trabajado incansablemente para combatir las enfermedades, prolongar la vida y promover la salud física y mental de todos los habitantes de las Américas, sin dejar a nadie atrás (<https://www.paho.org/es/noticias/1-12-2022-ops-celebra-120-anos-promoviendo-salud-americanas>). Sobre la historia de esta organización puede verse también en CUETO, M.: "El valor de la salud: Historia de la Organización Panamericana de la Salud", *Historia*, N° 38, Vol. 1, 2005, págs. 177-181.

salud (OMS)<sup>18</sup>, sobre todo en los primeros momentos de surgimiento de la pandemia. Por parte de la organización panamericana, por el contrario, se ha querido resaltar que su actuación fue inmediata y proactiva desde un primer momento, activando desde el 17 de enero de 2020 una respuesta de alcance institucional, ello fue tres días antes de confirmarse el primer caso en la región, dado concretamente en EEUU. Tras ello, la propagación en la región fue fulminante, llegándose a considerarse que en el mes de junio ya era América el epicentro mundial de la pandemia. En dicho mes se tenían en la región más de cuarenta y cinco por ciento de las muertes mundiales producidas por el covid.

Diferentes informes producidos por la referida organización han ido dando cuenta de la actuación en materia médica que, a reserva, naturalmente, de una evaluación de efectividad, sí permiten, al menos, reconocer su amplia actividad y preocupación. Así, lleva, hasta la actualidad, un seguimiento concreto de la situación epidemiológica del covid, con informes de situación. Participó desde un primer momento en misiones técnicas de análisis, apoyó la creación de equipos médicos de emergencia, llevó a cabo cursos y formaciones on line sobre la temática y creó en 2020 dos redes, una primera de laboratorios de referencia y otra segunda de vigilancia genómica para mejorar los datos detección, entre otras múltiples acciones concretas. En particular, hay que destacar su labor en materia de vacunación, dando colaboración en el marco de la iniciativa internacional Covax. En general, la labor de esta organización en materia de vacunación ha sido tradicional e históricamente destacada, contando desde hace más de cuarenta años con un fondo rotatorio de acceso a vacunas, lo que, por ejemplo, permitió, en su momento, que América fuera la primera región del mundo en eliminar la rubeola y en ser declarada

---

<sup>18</sup> Primordialmente ha sido el grupo de expertos que emitió el llamado informe Lancet (nombre de la prestigiosa revista científica) que estimaba que la organización mundial actuó con demasiada cautela y lentitud en varios asuntos importantes. El presidente de esta comisión, Jeffrey Sachs, además afirmaba expresamente que “Es el momento de emprender una acción colectiva que promueva la salud pública y el desarrollo sostenible para poner fin a la pandemia, que aborde las desigualdades sanitarias mundiales, que proteja al mundo contra futuras pandemias, que identifique los orígenes de esta pandemia y que fomente la resiliencia de las comunidades de todo el mundo” ([https://www.huffingtonpost.es/entry/the-lancet-carga-contra-gestion-pandemia-fallos-globales-causaron-millones-muertes-evitables\\_es\\_63228960e4b0eac9f4de1828](https://www.huffingtonpost.es/entry/the-lancet-carga-contra-gestion-pandemia-fallos-globales-causaron-millones-muertes-evitables_es_63228960e4b0eac9f4de1828))

zona libre de poliomelitis. La actuación en estos momentos de pandemia de covid ha seguido esa misma senda, supervisando la logística de adquisición, facilitando el aludido mecanismo Covax y asegurando el suministro en una región de casi dos mil millones de personas.

Saliendo de la cuestión estricta de salud y yendo al abordaje de otros impactos de la pandemia, como los políticos, sociales y económicos, es necesario acudir a la labor de otras organizaciones internacionales regionales. En este sentido, hay que analizar la acción de la Organización de Estados Americanos (OEA)<sup>19</sup>.

En esencia, el foco de atención principal de esta ha sido evitar que la pandemia covid supusiera un daño irreparable a la democracia y los derechos humanos de la región, intentando conseguir ser guía de la acción sobre la base de estos principios, tanto en la primera fase de acción inmediata como en la de recuperación posterior. Cabe mencionar en esta línea de trabajo la publicación de una guía de acción política para enfrentar a pandemia de acuerdo con los principios democráticos<sup>20</sup>. El propio secretario general, el sr. Luis Almagro, destacaba al respecto que era necesario en esta respuesta mantener el espíritu de la carta democrática interamericana, con pleno respeto de la solución pacífica de los conflictos con el ejercicio no arbitrario de la autoridad<sup>21</sup>. En esta guía se resalta la necesidad de fortalecer la institucionalidad democrática, la protección de los grupos vulnerables y la inclusión de una perspectiva transversal de derechos humanos y de género, eliminando las barreras que no haga posible estos.

---

<sup>19</sup> De manera general, sus recomendaciones están recogidas en la resolución del consejo permanente 2280/20.

<sup>20</sup> El título completo es *Carta Democrática Interamericana: Guía de acción política para enfrentar la pandemia del COVID-19* publicada en mayo de 2020 y realizada por la Secretaría para el fortalecimiento de la democracia y el Departamento de sustentabilidad democrática y misiones especiales. Puede encontrarse íntegramente en internet en: <https://www.oas.org/documents/spa/press/La-CDI-Guia-de-accion-politica-para-la-pandemia-5.28.pdf>

<sup>21</sup> [https://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?sCodigo=C-057/20](https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-057/20). Seguía diciendo el secretario general que "las amenazas a nuestros sistemas democráticos se manifiestan hoy en forma de crisis sanitarias, de escasez de servicios, de pérdida masiva de empleos, de deterioro de la capacidad productiva y de afectaciones a la cohesión social".

El protagonismo y la necesaria atención a los derechos humanos como orientación en el obrar estatal durante la pandemia también ha sido reivindicando profusamente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, institución que, como es conocido, se encuentra ligado a la citada OEA<sup>22</sup>. Así, en esta labor, es destacable la realización de varias guías prácticas concretas de trabajo, como la relativa a acceso a la educación o la realizada sobre estándares de respeto al duelo, ritos funerarios y homenajes. Del mismo modo, se encuentran directrices dirigidas a los Estados, entre las que podemos señalar la contenida en su resolución 4/20 de 27 de julio de 2020 sobre directrices interamericanas sobre derechos humanos de las personas con covid<sup>23</sup>.

Además, hizo un considerable número de llamamientos, advertencias o similar, algunos con carácter urgente, poniendo la atención en los derechos humanos de algunos colectivos concretos, cuya posición se encontraba, a causa de la pandemia, en situación precaria o vulnerable. Este es el caso, por ejemplo, de las personas mayores de edad, de los pueblos indígenas, pueblos amazónicos, personas LGBT, personas en situación de pobreza, afrodescendientes, migrantes, niños o adolescentes. Hay asimismo otras referidas a situaciones concretas referentes a algunos países en particular, como es el caso de los retornados en Nicaragua y Venezuela, las personas privadas de libertad en Brasil o los migrantes de EEUU. Otras son sobre indicaciones generales de políticas, como las dedicadas al acceso a internet, protección de medioambiente durante la

---

<sup>22</sup> Como ella misma se define "es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Comisión Interamericana tiene el mandato de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en la región y actúa como órgano consultivo de la OEA en la materia. La CIDH está integrada por siete miembros independientes que son elegidos por la Asamblea General de la OEA a título personal, y no representan sus países de origen o residencia".

<sup>23</sup> La información sobre todas las llamadas, disposiciones y guías emitidas por la Comisión Interamericana con motivo de la pandemia pueden verse en la siguiente página web, dedicada expresamente a ello: [https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/sacroi\\_covid19/default.asp](https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/sacroi_covid19/default.asp)

pandemia, lucha contra la corrupción y vigencia de la democracia, entre otras múltiples<sup>24</sup>.

Por otra parte, es muy destacable también la labor de otros organismos dentro de la OEA como es el caso de la Comisión Interamericana de Mujeres, que también ha producido una amplia serie de materiales con recomendaciones para favorecer el papel de las mujeres durante este período<sup>25</sup>, incluyendo herramientas contra los efectos negativos de la pandemia en ellas<sup>26</sup>.

Hay que afirmar, en conclusión a toda esta labor de la mencionada OEA, que ha demostrado estar altamente preocupada por los graves efectos del covid, intentando ejercer al máximo su influencia entre sus miembros a fin de que los principios democráticos y los derechos humanos estén en la corriente principal, *mainstreaming*, de la acción de los Estados.

Ahora bien, no se ha tratado de una acción operativa con intervención ejecutiva. A estos fines, ha tenido mayor protagonismo en el continente otra organización internacional, concretamente la Comunidad de Estados latinoamericanos y caribeños (CELAC). Precisamente, esta organización mantuvo una cumbre de alto nivel en 2011 centrada en la recuperación económica de la región, haciendo propósitos de búsqueda de fondos ante las agencias y organismos financieros internacionales (en particular, el FMI) y compromisos de financiamiento propios para tal labor, llegando a aprobar un plan de autosuficiencia sanitaria que había sido presentado

---

<sup>24</sup> Hasta ahora una de las escasas investigaciones jurídicas realizadas sobre la labor y promoción de los derechos humanos y el efecto del covid en la región es la siguiente: PÉREZ FUENTES, G.: "Pandemia y derecho a la vida y la salud en América y México. Reflexiones a partir de la resolución 1/2020 de la OEA". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n°. extra 12, 2, 2020 (ejemplar dedicado a: la experiencia jurídica latina en tiempos de coronavirus, reflexiones de urgencia), págs. 126-135

<sup>25</sup> Puede verse en <https://www.oas.org/es/cim/COVID-19.asp>

<sup>26</sup> Al respecto es interesante la publicación del Inter-American Commission of Women: *COVID-19 en la vida de las mujeres: hacia un nuevo pacto de género* (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/II.6.29). El análisis con perspectiva de género es amplio y se dan amplios datos. Por ejemplo, "en la región, la mitad del personal médico y más del 80% del personal de enfermería son mujeres, el porcentaje más alto del mundo<sup>43</sup>, son una minoría en los cargos de decisión y enfrentan una brecha salarial de 28%".

y elaborado por la CEPAL de Naciones Unidas<sup>27</sup>. Sobre la base de todo ello, ha estado coordinando la compra regional de vacunas, la implementación de una plataforma regional de ensayos clínicos y otras actuaciones. Incluso algunas voces en la referencia cumbre manifestaron críticas a la OEA y la necesidad de dar más peso a esta organización.

La relevancia alcanzada en estos momentos por esta organización ha quedado también demostrada por el hecho de ser escogida por la Unión Europea como *partner* preferencial para el diálogo diplomático y geoestratégico entre ambas regiones. En este sentido, se han realizado varias reuniones, como la celebrada virtualmente en diciembre de 2021<sup>28</sup> y otra ministerial en Buenos Aires a finales de octubre de 2022<sup>29</sup>. En la primera, la Unión Europea asumió el compromiso de aportar a la misma más de tres mil millones de euros para asistencia sanitaria, incluyendo aparte la dotación de más de ciento treinta millones de euros a vacunas a través del mencionado mecanismo Covax. La presidenta Ursula Van der Leyden habló de una estrategia de pasarela mundial que empezaba a andar entre ambas regiones<sup>30</sup>. Es cierto, no obstante, que esta estrategia

---

<sup>27</sup> “El documento Lineamientos y propuestas para un plan de autosuficiencia sanitaria para América Latina y el Caribe tiene un carácter estratégico y en él se definen líneas de acción para fortalecer las capacidades de producción y distribución de vacunas y medicamentos en la región. El documento ha sido elaborado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) a solicitud del Gobierno de México en ejercicio de la Presidencia pro tempore de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC)”, según se indica en la web. La publicación completa de este documento puede descargarse en <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/47252>

<sup>28</sup> <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2021/12/02/eu-latin-america-caribbean-leaders-meeting-joining-forces-for-a-sustainable-post-covid-recovery/>

<sup>29</sup> [https://www.exteriores.gob.es/es/Comunicacion/Noticias/Paginas/Noticias/20221031\\_MINISTERIO06.aspx](https://www.exteriores.gob.es/es/Comunicacion/Noticias/Paginas/Noticias/20221031_MINISTERIO06.aspx)

<sup>30</sup> Sus palabras textuales fueron las siguientes: «Nuestras regiones han establecido una asociación vital. Compartimos cultura y valores, somos partidarios del multilateralismo y estamos conectados por el comercio y la inversión. Partiendo de estos vínculos, la UE está preparada para colaborar con América Latina y el Caribe con miras a una recuperación sostenible, digital y socialmente integradora. La estrategia «Pasarela mundial», que acaba de iniciar su andadura, puede impulsar esta colaboración. Constituye un modelo de cómo puede establecer Europa conexiones más resilientes con sus socios en todo el mundo. Durante la pandemia de COVID-19, la UE y sus Estados miembros han demostrado su solidaridad. Hemos ayudado a países de la región enviando vacunas para atender a necesidades sanitarias urgentes y aportando financiación para afrontar las consecuencias socioeconómicas de la pandemia, en

no ha llegado a la fecha a darse de una manera completa y acabada. Se destaca en general que hay una complementariedad entre ambas organizaciones tan robusta que podría dar lugar a una alianza diplomática influyente y transformadora. Ello puede ser estratégico, precisamente en estos momentos en los que el centro de las relaciones internacionales está girándose al mar de China. Bien se dice hoy día que el centro del mapamundi va a dejar de estar en el atlántico para pasar allá. Ello se reflejará en la cartografía y dejará a Europa y buena parte de América marginal u orillada, al menos simbólicamente.

Es interesante poner de manifiesto que el peso conjunto que la suma de ambas organizaciones supone en las relaciones internacionales no es desdeñable. En total, constituyen un tercio de la población de todos los miembros de las Naciones Unidas y alcanzan el veinticinco del producto interior bruto (PIB)<sup>31</sup>. Podría ser útil la unión estratégica entre ambas organizaciones para la adopción de un tratado sobre pandemias, propuesta ya en curso y que cuenta con el patrocinio de la Unión Europea. La alianza podría tener miras más amplias, llegando a revisar las reglas de gobernanza mundiales, en particular para reforzar las instituciones y reglas tocantes a la salud global mundial.

## 6. DEBATE ESTRATÉGICO PARA EL CAMBIO ESTRUCTURAL EN LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA)

En la creación de una visión estratégica post covid en el marco de las organizaciones internacionales americanas hay que volver a prestar atención nuevamente a la OEA, la cual ha abierto un foro de consultas dedicado a hacer aportaciones en este sentido<sup>32</sup>. El mismo incluye la elaboración de políticas públicas, investigaciones y estudios

---

particular entre los grupos más vulnerables. Ahora tenemos que trabajar juntos para dar una respuesta a largo plazo a la crisis»

<sup>31</sup> Véase LÓPEZ, J.: *La Unión europea y América latina: por una alianza estratégica en el mundo post-covid-19*, Análisis Carolina 2/2021. Disponible en línea en <https://www.fundacion-carolina.es/wp-content/uploads/2021/01/AC-02.-2021.pdf>

<sup>32</sup> Véase <https://www.oas.org/ext/es/principal/covid-19/inicio/quienes-somos>

académicos, así como la preparación de iniciativas propias. Los propósitos de prospectiva y cambio estructural son explicitados por la propia organización. Sus palabras lo dejan claro: “en la Secretaría General de la OEA queremos empezar a pensar desde ya en el mundo que vendrá. Podemos usar eficientemente este tiempo de crisis para pensar, idear, debatir y tomar decisiones sobre un nuevo contrato social basado en la equidad, la justicia y la inclusión económica y social de toda la población”<sup>33</sup>.

La organización ha establecido cuatro grandes líneas de trabajo en las que ha de incardinarse este trabajo de estrategia post-covid. En concreto, se trata de abordar la democracia, el desarrollo integral, los derechos humanos y la seguridad multidimensional. Podemos apreciar que es un mecanismo participativo, generador de nuevas ideas y que podría tener considerable impacto, así como propiciar la apertura de vías prospectivas, de adelantarse al futuro. Hay, sin duda, ya propuestas de interés, como por ejemplo, la creación de un sistema interamericano de modelamiento y simulación de sistemas de emergencia<sup>34</sup>. Es importante, con todo, que las ideas pasen a la realidad y a la acción. En este sentido, la

---

<sup>33</sup> Sigue diciendo la información explicativa de la organización sobre este portal y foro creado que “para ello, la Secretaría General de la OEA ha creado este Portal, “Más derechos más allá de la pandemia: Portal OEA para Consultas, Foros y Repositorio”. Con esta herramienta, abriremos el debate a los pueblos de las Américas: ¿qué debemos hacer como países y como sociedades para aportar a la construcción del futuro que vendrá? Cualquier persona interesada puede proponer ideas y opinar sobre las ideas que otras personas propongan. La Secretaría General de la OEA nutrirá el debate con contribuciones de expertos y expertas internacionales. El propósito final es que las mejores ideas y propuestas se conviertan en proyectos concretos. La Secretaría General de la OEA podrá transformar algunas de las propuestas en proyectos a ser implementados en la región; en otros casos podrá dar asistencia técnica a los Estados Miembros que muestren interés en implementarlas; tal vez otros organismos regionales e internacionales tomen algunas de estas ideas y la Secretaría General de la OEA estará dispuesta a trabajar de manera colaborativa con ellos en llevarlas a la realidad. Este Portal pretende ser un espacio participativo y democrático donde todos y todas tengan oportunidad de expresar sus ideas sobre cómo podemos moldear el mundo post-COVID-19 para que más personas accedan a más derechos más allá de la pandemia. Todas las personas participantes del debate deberán aceptar las reglas contenidas en el Protocolo de Participación, para garantizar que la conversación se base en el respeto mutuo, en la colaboración, y en la prohibición de uso de insultos o ataques personales (<https://www.oas.org/ext/es/principal/covid-19/inicio/quienes-somos>).

<sup>34</sup> Sobre las iniciativas esbozadas por la OEA puede verse <https://www.oas.org/ext/es/principal/covid-19/Repositorio/category/iniciativas-oea>.

OEA también debe mejorar su capacidad de toma de decisiones colectivas eficaces y efectivas, siendo todavía una organización internacional de corte clásico, sin elementos de integración.

## 7. CONCLUSIONES

El regionalismo ha salido reforzado tras la pandemia covid y se ve como la forma de afrontamiento más eficaz frente a los problemas que ha generado. Estos han requerido profundizar la cooperación de los Estados y, en este nivel regional, es dónde se han podido ver mayores avances. Es necesario, con todo, conseguir una mayor gobernanza global. En particular, los retos de la salud global deben estar en lo más alto de esta agenda internacional y son necesarias medidas e impulsos que empujen a ello. Los regionalismos pueden cumplir esta función y, de hecho, son la opción más factible al respecto. La Unión Europea, en este campo, ha venido cumpliendo un papel destacable, prestando atención en su acción durante la pandemia y ahora en los momentos posteriores a la cooperación internacional con sus socios o partners para atender las necesidades humanitarias y de emergencia, apoyando, entre otros los mecanismos de extensión de las vacunas, como el denominado Covax. Está siendo activa también en la propuesta de conclusión de un tratado multilateral general frente a las pandemias. Ahora bien, igualmente importante es tomar en consideración los avances que está haciendo en su interior la Unión Europea para cambiar la forma de enfrentarse a las nuevas pandemias y asumir el reto de la salud global. Ello requiere cambios estructurales, aún no concluidos, aunque algunos están en preparación, con cambios normativos como los nuevos reglamentos sobre contramedidas médicas y frente a las amenazas transnacionales graves. Esta labor puede ser proyectada internacionalmente para una mayor extensión e impacto, contribuyendo así a la gobernanza de la salud global. En este sentido, es innegable que un socio clave ha de ser la región americana, preferentemente la parte latinoamericana y caribeña. Hay considerables elementos que demuestran la complementariedad entre ambas en el escenario actual de las relaciones internacionales. Las organizaciones americanas han demostrado una actitud proactiva ante la crisis de la pandemia covid, en la medida de sus posibilidades, con aportaciones de considerable

interés. En particular, hay que destacar la inclusión de una perspectiva de derechos humanos amplia, que debiera servir de ejemplo para la actuación global así como también de inspiración a la Unión Europea.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- Cueto, M.: “El valor de la salud: Historia de la Organización Panamericana de la Salud”, *Historia*, N° 38, Vol. 1, 2005, págs. 177-181.
- Gómez Muñoz, J. M.: “La acción de la Unión Europea durante la pandemia de SARS-COV-2”, *La Unión Europea y la pandemia mundial*, 2021, ed. Bomarzo, págs. 65-9.
- Inter-American Commission Of Women; COVID-19 en la vida de las mujeres: hacia un nuevo pacto de género, OAS. Documentos oficiales ; OEA/Ser.L/II.6.29, 2021.
- López, J.: *La Unión europea y América latina: por una alianza estratégica en el mundo post-covid-19*, Análisis Carolina 2/2021
- Mossialos, M.: *Health systems governance in Europe: the role of European Union law and policy*, Cambridge University Press, 2010.
- Pérez Fuentes, G.: “Pandemia y derecho a la vida y la salud en América y México. Reflexiones a partir de la resolución 1/2020 de la OEA”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n°. extra 12, 2, 2020 (ejemplar dedicado a: la experiencia jurídica latina en tiempos de coronavirus, reflexiones de urgencia), págs. 126-135
- Vidal De La Rosa, G.: “Covid 19 y el Orden Mundial”, *Política y Cultura*, vol 57, 2021, 1-30.

## TESTAMENTO EN TIEMPO DE EPIDEMIA O *TEMPORE PESTIS* COMO FIGURA ANACRÓNICA EN LA ERA POSTCOVID

---

ELISA MUÑOZ CATALÁN  
*Universidad Internacional de La Rioja*

### 1. INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

Con la elaboración del presente trabajo de investigación nuestro objetivo principal es analizar jurídicamente el desconocido testamento en tiempo de epidemia o *testamentum tempore pestis*, como figura anacrónica en la actual era postcovid.

La premisa general de la que partimos es que la situación de pandemia iniciada a comienzos del año 2020 en España -y que aún hoy perdura a nivel mundial-, ha generado la necesidad de examinar cómo nuestro vigente Código Civil español (CC)<sup>35</sup> regula esta institución cuyos orígenes se remontan al propio Derecho Romano con el llamado *testamentum tempore pestis* (Muñoz, 2020, pp. 105, 112-114).

No obstante, como tendremos ocasión de exponer, el testamento en tiempo de epidemia actualmente se considera una institución anacrónica y nunca se ha aplicado, debido a los presupuestos tan exhaustivos que requiere y a que -a diferencia del testamento abierto notarial que es el más común- (Lasarte Álvarez, 2019 a. y 2019 b.), no precisa inicialmente para ser otorgado la intervención del notario.

En este sentido, cabe precisar que dicho testamento tiene muchas similitudes con otros que igualmente, cumpliendo todos los requisitos podría

---

<sup>35</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (BOE-A-1889-4763). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>.

aplicarse ante una situación de emergencia como la generada por el COVID-19, refiriéndonos al testamento ológrafo, al testamento en peligro inminente de muerte, así como a otros testamentos especiales como el testamento militar, el marítimo y el testamento hecho en país extranjero.

Y en esa línea finalmente, resaltaremos como objetivos secundarios, la difícil viabilidad del testamento en tiempo de epidemia objeto de este estudio, exponiendo su virtualidad práctica y posibles dificultades a la hora de ser otorgado ante la pandemia actual generada por el coronavirus y que tenga plena eficacia para los llamados a la herencia. Expresando, en suma, la posibilidad de que en todo caso se puedan aplicar siempre las reglas generales contenidas en el CC para la sucesión legítima o sin testamento y, de ese modo, se salven todas las dificultades formales que dicho testamento generaría en la práctica.

En cuanto a la metodología empleada, cabe señalar que haremos uso de una metodología descriptiva que parte de lo dispuesto en el Código Civil español, sus reformas legislativas, así como la interpretación que de ello hace la doctrina y los Tribunales. A tal efecto, aportaremos las claves de la tradicional figura histórica surgida en Roma con el nombre de *Testamentum tempore pestis*, para acabar por el examen de las escasas sentencias dictadas por el propio Tribunal Supremo en esta materia.

## 2. EL TESTAMENTO EN TIEMPO DE EPIDEMIA O *TEMPORE PESTIS* COMO FIGURA ANACRÓNICA EN EL CÓDIGO CIVIL

### 2.1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE ESTE TIPO DE TESTAMENTO

- Como ya tuvimos ocasión de avanzar, resulta difícil precisar cuál es la naturaleza del testamento otorgado ante una epidemia, debido a la escueta regulación que contempla nuestro CC<sup>36</sup>, la casi nula interpretación que hoy existe sobre ello por

---

<sup>36</sup> Artículos 701 y siguientes (ss.) del Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (BOE-A-1889-4763). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>.

parte de los Tribunales, así como por la novedosa situación que supone para el ordenamiento jurídico español encontrarse actualmente en plena era postcovid tras la pandemia a causa del coronavirus (Muñoz, 2022, pp. 161-163).

- A lo anterior, sin duda, se añade que las numerosas muertes que se han producido en nuestro país desde 2020 a causa de la enfermedad contagiosa del coronavirus, han conllevado un aumento considerable de los llamamientos a la herencia, del trabajo en el Registro Civil español y en las notarías<sup>37</sup>.
- En cuanto al marco jurídico con el que contamos, del examen del mismo, podemos avanzar que dicho testamento en tiempo de epidemia se considera como un acto jurídico unilateral del testador *-quien no tiene por qué estar ya afectado por el coronavirus y basta con que se haya declarado oficialmente la epidemia en el lugar donde vive; personalísimo, revocable, con efectos post mortem o para después de su muerte -si la epidemia empeora su salud por el contagio y finalmente fallece-; no recepticio -ya que no requiere del conocimiento de sus destinatarios o llamados a la herencia para tener eficacia-; y formalista. Por lo que, tal y como ya mantuvo expresamente Vela Sánchez (2020)<sup>38</sup>, de forma similar a como ocurre en otras*

---

<sup>37</sup> Aquí resulta interesante remitirse al contenido íntegro de la Instrucción dictada el 15/03/2020 en aras a garantizar la prestación del servicio público en las Notarías ante la epidemia del coronavirus, dado que la misma se dictó con la finalidad de que los ciudadanos pudieran acudir a las notarías para realizar aquellas actuaciones que por su carácter urgente no puedan ser objeto de dilación y así ofrecer el servicio propio de las notarías, en su condición de oficinas públicas, vid. Instrucción de la Dirección General de seguridad jurídica y fe pública, de 15 de marzo de 2020, sobre la adopción de medidas que garanticen la adecuada prestación del servicio público notarial, Ministerio de Justicia, 2020 [En línea]: <https://www.notariosregistradores.com/web/wp-content/uploads/2020/03/RESOLUCI%C3%93N-DGSJyFP-15-03-2020-Notariado.pdf>

<sup>38</sup> El profesor sostiene textualmente que: “Como decía el maestro Lacruz que la situación de epidemia se trataba «de un suceso frecuente en otros siglos: hoy, en nuestro país, sólo una catástrofe inmensa podría desencadenar una epidemia con la intensidad y duración que parece requerir la ley» para permitir el otorgamiento de este testamento abierto excepcional (...). Pues bien, por desgracia, esta terrible situación ha sobrevenido en nuestros días y la arcaica figura del testamento abierto en tiempo de epidemia —procedente directamente del previsor Derecho Romano—, ha recobrado una vigencia inusitada que se daba casi por imposible o

legislaciones civiles extranjeras de nuestro entorno, el artículo 701 de nuestro CC permite dicho testamento en tiempo de epidemia.

- De modo que, del examen de los artículos 676-680 CC, podemos ver que el testamento en caso de epidemia es ordinario, abierto y excepcional, pero no especial *-porque estos solo son el militar, el testamento marítimo y el hecho en país extranjero-*. Asimismo, si reparamos en el artículo 701 CC<sup>39</sup> se observa que:

“En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de notario ante tres testigos mayores de dieciséis años”.

- Estamos, pues, ante un precepto muy escueto, del que solo se deriva que no hace falta la intervención del notario, entendiéndose como ha sucedido en los últimos meses, que las notarías estaban solo trabajando para supuestos de urgencia a causa del confinamiento. Y que, para ser aplicado, lo único que se requiere es la presencia de tres testigos de más de dieciséis años (no exige dieciocho años o mayoría de edad), para que atestigüen sobre dicho testamento, conozcan al testador y puedan dar fe de su capacidad para realizar un testamento libremente consentido.
- En este punto, resultan muy interesante las precisiones de Pérez-Andreu Solano (2020), cuando afirmaba que: “Simplemente basta con que exista una epidemia, preferiblemente declarada oficialmente por las autoridades competentes, como en nuestro caso por la Organización Mundial de la Salud (OMS), como pandemia internacional y por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo... no exige que el testador esté afectado en su salud por la epidemia, es decir, no tiene por qué estar contagiado por COVID-19”. De lo anterior, nosotros entendemos

---

perdida por la doctrina civilista, salvo, como yo mismo reconozco, en películas de ciencia ficción”.

<sup>39</sup> Artículo 701 redactado por Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del CC («B.O.E.» 25 abril). Vid. artículos 681, 682, 685.2, 694.2 y 702-705 CC.

que si no está contagiado, hoy no tiene sentido otorgar este testamento por los requisitos que para su validez posteriormente exige.

- La frase “puede igualmente”, debemos interpretarla junto al artículo previo que hace referencia al testamento ante peligro inminente de muerte pues, de manera muy similar, regula esta situación; pero, a diferencia del testamento en caso de epidemia, recordemos que exige la presencia de cinco testigos idóneos (sin precisar el alcance de ese término), y en el que tampoco hace falta la intervención notarial. Retomemos, pues, el texto jurídico íntegro del artículo 700 CC<sup>40</sup> al que hacemos alusión:

“Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de notario”.

- En suma se deduce que, en caso de peligro inminente de muerte, confirmada por un médico y provocada por el contagio de un virus que ha generado epidemia o pandemia mundial en un lugar donde oficialmente se haya declarado dicha enfermedad contagiosa -*como el caso del coronavirus*-, solo se pide la presencia de tres testigos que tengan cumplidos los dieciséis años de edad, nada más. Y, para el resto de casos de peligro inminente de muerte, pero no generada por epidemias, tampoco se pide la presencia de notario, pero sí de cinco testigos y que estos sean idóneos.
- Por su lado, el artículo 702 CC prevé una doble posibilidad que se puede dar ante los dos tipos de testamentos: hacerlo preferiblemente por escrito o verbalmente si resulta imposible, afirmando literalmente que:

“En los casos de los dos artículos anteriores, se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir”.

---

<sup>40</sup> Vid. artículos 681, 682, 685.2, 694.2 y 702-705 CC.

- En esta línea, hace no muchos años, se redactó el segundo párrafo del artículo 703 del CC<sup>41</sup> para tratar de adaptar dichos preceptos que parecían anacrónicos *-como el mencionado 701 CC-*, a la realidad vigente (Barjola, 2019), contemplando textualmente que:

“El testamento otorgado con arreglo a las disposiciones de los tres artículos anteriores quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte, o cesado la epidemia. Cuando el testador falleciere en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al notario competente para que lo eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente”.

- Del citado precepto, podemos confirmar que el testamento otorgado en caso de epidemia (*-o pandemia como la actual generada por el COVID-19-*), quedará ineficaz si pasan dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte causado por la epidemia y lo haya confirmado un médico, o la misma haya cesado (se ponen dos límites: personal y temporal a su otorgamiento); y cuando el testador fallezca en dicho plazo y para que no se declare dicho testamento *-ya sea verbal o por escrito-* como ineficaz, se precisa que dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento, se acuda al notario y se eleve a escritura pública.
- Para acabar, sobre su posible ineficacia o nulidad, los siguientes dos preceptos *-artículos 704<sup>42</sup> y 705<sup>43</sup> CC-* nos ofrecen las claves. Y, de una mera lectura de los mismos, podemos concluir que el testamento en caso de epidemia debe

---

<sup>41</sup> Párrafo segundo del artículo 703 redactado por el apartado sesenta y dos de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE nº 158, de 03/07/2015) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es//2015/07/02/15/con>

<sup>42</sup> Artículo 704 redactado por el apartado sesenta y tres de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE nº 158, de 03/07/2015) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es//2015/07/02/15/con>

<sup>43</sup> Vid. artículos 687, 694.1, 695, 696, 699, 1104 y 1902 CC.

posteriormente elevarse y protocolizarse<sup>44</sup> tras su otorgamiento para no ser ineficaz o incluso nulo, porque carece de las formalidades de los testamentos ordinarios, no ha estado presente el notario, solo se exigen algunos testigos, no tiene por qué ser por escrito, etc. Lo que ha llevado a expertos a admitir textualmente que:

“El CC parece tener la solución para la realización de los testamentos en situaciones de pandemia, ahora bien, no puede dejar de asaltarnos múltiples dudas que, seguro, darán lugar a impugnaciones judiciales de testamento, por lo que sólo recomendaríamos esta forma de testar en caso de extrema necesidad y sin posibilidad de utilizar otra alternativa más segura, jurídicamente hablando” (Roqueta, 2020).

## 2.2. PRESUPUESTOS DE VALIDEZ ANTE LA ERA POSTCOVID Y SU DIFÍCIL APLICACIÓN

- La premisa general de la que partimos, en cuanto a los presupuestos de validez de los testamentos en tiempo de epidemia, es que en todo caso nuestro CC exige que se otorgue ante tres testigos mayores de dieciséis años, que conozcan al testador y puedan aseverar, de algún modo, su capacidad para otorgarlo; no requiriéndose *-para dicho momento de otorgamiento-* y debido a la situación tan particular de epidemia (VVAA, 2020)<sup>45</sup>, la intervención de notario tal y como sucede en la mayor parte

---

<sup>44</sup> Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, «Gaceta de Madrid» núm. 149, de 29/05/1862, entrada en vigor 18/06/1862 (BOE-A-1862-4073). Última actualización: 03/07/2015 [En línea]: [https://www.boe.es/eli/es/l/1862/05/28/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/l/1862/05/28/(1)/con)

<sup>45</sup> En este punto, se admite que durante el estado de alarma en España decretado en marzo de 2020 se pudo hacer testamento notarial pero solo en caso de urgencia, tal y como nos recuerda literalmente el Notariado al admitir que: *“El servicio público notarial es un servicio de interés general, cuya prestación ha de quedar garantizada en todo el territorio nacional. Por eso, si tras contactar con el Notario que libremente elija (...), este considera que su testamento es urgente, le citará en su notaría. Deberá acudir solo, con su DNI, y con las medidas de autoprotección de que disponga. Pero si el Notario, tras hablarlo con usted, no considera que sea urgente, le pedirá que aplase su realización hasta que el estado de alarma se dé por finalizado. En ese caso podría redactar un testamento ológrafo, escrito de su puño y letra (...). Pero suele acarrear muchos problemas. Los herederos tienen que seguir un complejo procedimiento para comprobar la autenticidad del testamento y protocolizarlo, lo que hace todo el proceso complicado y más caro para ellos. Si su testamento no es urgente (...), lo más recomendable es que espere a hacerlo ante Notario, con todas las garantías y seguridad jurídica, cuando se levante el estado de alarma”.*

de testamentos, al objeto de ofrecer mayor seguridad jurídica y fe pública de las disposiciones testamentarias frente a posibles terceros.

- Pues bien, teniendo presente el análisis jurídico previo de los artículos 700 a 701 del CC, podemos afirmar que dadas las circunstancias tan excepcionales causadas por la pandemia mundial que ha generado el COVID-19, en su caso, el mismo sería posible en nuestro sistema jurídico vigente (aun cuando aún no se ha aplicado por las dificultades que de él se derivan); si bien, solo sería viable si se atiende al cumplimiento de una serie de requisitos, solemnidades, elementos formales y de contenido que impedirán que, posteriormente y tras ser otorgado por el testador *-afectado o no por coronavirus pero que dé, algún modo, teme por su vida-*, pueda ser declarado ineficaz o nulo por no haber atendido a lo dispuesto en el CC.
- A tal efecto, se hace preciso acudir al ya mencionado 701 de nuestro Código Civil español, pues se conforma como el eje central en esta materia y el precepto que consideramos que nos da las claves para la plena validez de estos testamentos. Teniendo presente que, hasta hace bien poco tiempo, parecía un precepto obsoleto o anacrónico y por la situación actual, en su caso, sería posible otorgarlo y ser aplicado.
- De la escasa regulación existente en el CC, se extraen los siguientes presupuestos de validez para esta tipología de testamento abierto sin intervención notarial:
- 1º Presencia de tres testigos capaces y que estos sean mayores de dieciséis años de edad: En primer término, estamos ante un testamento ordinario, abierto y excepcional por las circunstancias tan extremas como son las generadas por una epidemia. En cuanto a que sea abierto, debemos remitirnos al artículo 679 CC, cuando se establece literalmente que hace falta que su última voluntad se lleve a cabo en presencia de testigos (Rivas Martínez, 2011, pp. 323-326).

- Recapitulando, podemos añadir que en caso de epidemia se requieren tres testigos, los cuales, tengan ya cumplidos dieciséis años. Por tanto, como avanzábamos, no hace falta la intervención del notario pues, lo normal ante epidemias mundiales, es que las notarías estén abiertas solo para servicios esenciales y/o urgentes.
- Lo que sí deberán cumplirse las formalidades previstas en el art. 702 CC y que antes fueron estudiadas, así como elevarse a escritura pública y protocolizarse conforme señala el art. 704 CC. Debiendo advertirse, finalmente, que deben tenerse en cuenta los plazos de caducidad que respecto a la eficacia de estos testamentos se señalan en el ya examinado artículo 703 CC.
- En cuanto a la capacidad de esos tres testigos exigidos en el testamento en caso de epidemia, nos interesa analizar el artículo 681 CC<sup>46</sup> cuando en el primer inciso se hace una salvedad a que no hará falta la mayoría de edad en el otorgamiento del testamento por epidemia del artículo 701 CC (pues, como sabemos, basta con haber cumplido dieciséis años). Y, en el siguiente artículo 682 CC<sup>47</sup>, se dice que en el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquéllos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
- En definitiva, ahondando en la capacidad, se puede decir que podrán testar todas aquellas personas a quienes la ley no se lo prohíba expresamente (artículo 662 CC); concretándose, en el recién reformado *-por la Ley 8/2021, de 2 de junio*<sup>48</sup>- artículo 663 CC, quiénes son las personas que no pueden testar

---

<sup>46</sup> Artículo 681 redactado por el apartado cincuenta y seis de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria («B.O.E.» 3 julio). Vigencia: 23 julio 2015.

<sup>47</sup> Artículo 682 redactado por Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil («B.O.E.» 25 abril).

<sup>48</sup> Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE nº 132, de 03/06/2021) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con>

(Páramo y De Santiago, 2018, pp. 49-54), esto es, la persona menor de catorce años y aquella que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello.

- Por otro lado, el CC expresamente indica que la persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El notario procurará que el otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad y preferencias (artículo 665 CC, reformado por la reciente Ley 8/2021). La capacidad para testar se apreciará atendiendo al estado en que se encuentre el testador al tiempo de otorgar testamento (artículo 666 CC). Y, en todo caso, será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude (artículo 673 CC).
- Tanto el artículo 685<sup>49</sup> como el 694<sup>50</sup> del CC, prevén en sus incisos finales dos excepciones para el testamento en tiempos de epidemia como la actual, de modo que sean los tres testigos los que conozcan al testador y presuman su capacidad *-dado que se ha otorgado sin presencia del notario-*, exonerándole pues de ese presupuesto como viene recogido al final:

“El notario deberá conocer al testador, y si no lo conociese se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo notario, o mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas. También deberá el notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar (...). Los testigos tendrán obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad”.

---

<sup>49</sup> Artículo 685 redactado por Ley 30/1991, 20 diciembre («B.O.E.» 23 diciembre), de modificación del Código Civil en materia de testamentos.

<sup>50</sup> Artículo 694 redactado por Ley 30/1991, 20 diciembre («B.O.E.» 23 diciembre), de modificación del Código Civil en materia de testamentos.

“El testamento abierto deberá ser otorgado ante notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento. Sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en esta misma Sección”.

- 2º Podrá usarse tanto en caso de personas infectadas por el coronavirus *-y en fase terminal que lo crean necesario para el reparto de la herencia-*, como incluso si el testador no está infectado del virus que la ha originado, pero de algún modo se teme por su vida: Dado que solo hace falta que exista dicha declaración oficial de epidemia en el lugar donde viva el otorgante.
- Lo que, combinándose con otros preceptos -como, por ejemplo, el artículo 681, el artículo 682, el artículo 685.2, el artículo 694.2 o los ya examinados artículos 702 a 705 del Código- que, directa o indirectamente abordan esta tipología de testamento abierto y excepcional, nos ayudan a comprender mejor la verdadera razón de ser del testamento ante pandemia y sus presupuestos de validez ante la pandemia del coronavirus.
- 3º Testamento abierto: Pues bien, en cuanto a que el testamento ante epidemia es abierto, efectivamente es así y no cerrado, pues el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, esto es, los tres testigos de más de dieciséis años; no requiriéndose inicialmente la presencia de notario. Pero sobre esto último, debemos precisar que la escasa o casi inexistente jurisprudencia que hay sobre los testamentos en caso de epidemia, nos lleva a realizar una interpretación restrictiva de aquellos testamentos válidamente constituidos y otorgados sin la presencia de notario e igualarlos y, por ende, a estos.
- Por citar, la primera sentencia que encontramos es la STS de 10 de julio de 1944<sup>51</sup>, la cual, impidió aplicar las reglas del testamento militar que seguidamente explicaremos al testamento en tiempo de epidemia recogido en el artículo 701 CC;

---

<sup>51</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de julio de 1944.

de modo que no equiparó la epidemia a un contexto de guerra civil. Admitiendo literalmente que:

“Esta norma general restrictiva veda, de un modo singular, extender el ámbito propio de aquellas formas testamentarias, especialmente peligrosas, que mantienen reminiscencias o aplicaciones del antiguo testamento oral nuncupativo ante testigos que nuestra Ley civil sólo admite con carácter provisional y en los casos taxativos de los artículos 700, 701, 720 y 731, los cuales responden a finalidades limitadísimas que no es dable ampliar”.

- Y, un poco más reciente, el TS en su STS de 27 de junio del año 2000<sup>52</sup>, exigía justificar la imposibilidad de la intervención notarial y confirmaba la nulidad de un testamento otorgado por persona en peligro inminente de muerte; dado que, solo en contados supuestos, no podrá hacerse en presencia de un notario bajo la modalidad que corresponda. En este punto y, de modo comparativo a cuando estudiamos el testamento otorgado en peligro inminente de muerte, nos remitimos al antes examinado artículo 700 del CC.
- De lo que cabe deducir, como nos recuerda comparativamente De La Fuente Sancho (2020) al examinar el testamento en tiempo de epidemia respecto al testamento en caso de peligro inminente de muerte, que: a) Ambos, testamento ante peligro inminente de muerte y epidemia, son modalidades del testamento abierto. b) Los dos testamentos son orales. c) En ambos supuestos se atiende a situaciones de urgencia y excepcionales, individuales y colectivas: 1º El peligro inminente de muerte, en el primer caso; 2º y el estado de epidemia en el segundo. Lo que hace y exige que su otorgamiento sea breve y sencillo, sin más forma constitutiva que la testifical. d) Y que, además de estar sometidos a caducidad, están sujetos a un mismo y posterior procedimiento notarial acreditativo de su autenticidad.

---

<sup>52</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 675/2000, Sala de lo Civil, de 27 de junio de 2000.

- Por lo que si el testador lo ha otorgado no estando afectado de coronavirus ni existiendo peligro inminente de muerte, no cabrá realizarlo sin la presencia de notario porque, de lo contrario y realizando una interpretación amplia del artículo 701 CC donde parece posible, seguramente posteriormente sería declarado nulo, como ha venido ocurriendo en el resto de casos similares.
- 4º Epidemia declarada oficialmente: Asimismo, se precisa por el CC que para otorgarse un testamento en tiempo de epidemia debe existir una epidemia y, preferiblemente, declarada oficialmente por las autoridades competentes, como la del coronavirus, declarada por la propia OMS y en España reconocida por el *Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*<sup>53</sup> y el *Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma*<sup>54</sup>.
- 5º Plazo de caducidad: Finalmente, cabe señalar que en el año 2015 se redactó el segundo párrafo del antes referido artículo 703 del CC<sup>55</sup> con la finalidad de poder adaptar dichos preceptos que parecían anacrónicos a la realidad vigente. Y en dicho precepto se concreta que:

“El testamento (...) quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que (...) cesado la epidemia. Cuando el testador falleciere en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al notario competente para que lo eleve a escritura pública (...)”.

---

<sup>53</sup> Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE nº 67) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/03/14/463>

<sup>54</sup> Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE nº 86) [En línea]: <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/28/pdfs/BOE-A-2020-4155.pdf>

<sup>55</sup> Párrafo segundo del artículo 703 redactado por el apartado sesenta y dos de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE nº 158, de 03/07/2015) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/02/15/con>

- Por lo que, interpretando dicho artículo al testamento que ahora nos ocupa, se deriva que el testamento otorgado por un testador que viva en una ciudad afectada oficialmente por la pandemia e, incluso contagiado de coronavirus, y que tema por su inminente muerte, quedará ineficaz si pasan dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte causado por la epidemia, o la misma haya cesado. Y, cuando el testador fallezca en dicho plazo y para que no se declare dicho testamento como ineficaz, se precisa que, dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento, los llamados a la herencia acudan al notario y se eleve a escritura pública.

### 3. RESULTADOS Y CONCLUSIONES

A modo de conclusión, nos gustaría finalizar nuestra investigación resaltando las dificultades que rodean al testamento otorgado ante una epidemia, motivado principalmente a la escueta regulación que nos marca el CC y a la novedosa situación que supone para España encontrarse *-a causa de la pandemia generada por el coronavirus-* en la llamada era postcovid y que se prevé que perdure varios años.

En este sentido, entendemos que una mera lectura del título de nuestro trabajo nos lleva a profundizar en las claves del mismo, esto es, tratar de conocer mejor el desconocido testamento en tiempo de epidemia -cuyo origen lo encontramos desde Roma con la configuración jurídica del llamado *testamentum tempore pestis* (Constituciones de Diocleciano: C. 6.23.8 y C. 6.23.9)- pero que hoy ha pasado a ser una figura anacrónica.

A lo que se añade la escasa interpretación jurisprudencial existente en aras a poder aplicar dicha fuente jurídica, aportando todos elementos necesarios para poder poner en práctica correctamente y con todas las garantías legales dicho acto jurídico excepcional.

Como hemos apuntado, el artículo 701 CC se conforma como el eje central en esta materia y el precepto que consideramos que nos da las claves para entenderlo, precisando que hasta hace bien poco tiempo parecía un precepto obsoleto o anacrónico, al admitirse textualmente que en caso de

epidemia puede otorgarse testamento sin intervención de notario ante tres testigos, siempre que los mismos sean mayores de dieciséis años de edad.

Del análisis de dicho precepto y los siguientes se deriva, en definitiva, que estamos ante un testamento ordinario, abierto y excepcional por las circunstancias tan extremas como son las generadas por una epidemia, cuyos requisitos de validez formal son:

1. Que se otorgue ante tres testigos mayores de dieciséis años, que conozcan al testador y puedan aseverar, de algún modo, su capacidad para otorgarlo.
2. No se exige para otorgarlo, debido a la situación tan particular de epidemia, la intervención de notario; y ello, a diferencia de lo que ocurre en la mayor parte de testamentos, en aras a ofrecer una mayor seguridad jurídica.
3. Hace falta que exista una epidemia y, preferiblemente, declarada oficialmente por las autoridades competentes (como la del coronavirus, declarada por la propia OMS) y en España reconocida por el *Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo*.
4. Podría, en su caso, otorgarse tanto en caso de personas infectadas por el coronavirus *-y en fase terminal que lo crean necesario para el reparto de la herencia-*, como incluso si el testador no está infectado del virus que la ha originado, dado que solo hace falta que exista dicha declaración oficial de epidemia en el lugar donde viva el otorgante.

En suma, del examen de dicha figura testamentaria se puede afirmar finalmente que su aplicación -incluso cumpliendo todos los presupuestos *que exige el CC-* conllevaría bastante problemas formales posteriores para los llamados a la herencia. A lo que se añade, en todo caso, que siempre cabe la aplicación de la sucesión *ab intestato* cuando no se haya otorgado testamento aplicándose el CC tal y como hacen los Tribunales ante problemas sucesorios.

## 4. BIBLIOGRAFÍA

### 4.1. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y/O RECURSOS ELECTRÓNICOS CONSULTADOS (RECUPERADOS: OCTUBRE, 2023)

- Barjola, J.M. (2019). *¿Quién se ha llevado mis abejas? Artículos anacrónicos (aún vigentes) de 130 años de Código Civil*. Noticias jurídicas. <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/14256-iquest;quien-se-ha-llevado-mis-abejas-articulos-anacronicos-aun-vigentes-de-130-anos-de-codigo-civil/>
- De La Fuente Sancho, A. (2020): “Informe Oficina Notarial ABRIL 2020. Adveración de Testamentos en tiempo de epidemia y ológrafo”, *Notariosyregistradores.com*.
- Instrucción de la Dirección General de seguridad jurídica y fe pública, de 15 de marzo de 2020, sobre la adopción de medidas que garanticen la adecuada prestación del servicio público notarial, Ministerio de Justicia, 2020 [En línea]: <https://www.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2020/03/RESOLUCI%C3%93N-DGSJyFP-15-03-2020-Notariado.pdf>
- Lasarte Álvarez, C. (2019 a.). *Principios de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*. Editorial Marcial Pons, Tomo VII, 14ª edición, Madrid-Barcelona.
- Lasarte Álvarez, C. (2019 b.). *Compendio de Derecho de Familia*. Editorial Dykinson, S.L., 9ª edición, Madrid.
- Muñoz, E. (2022), “Importancia de la *voluntas testatoris* del causante-testador enfermo de COVID-19 y posibles testamentos sin intervención notarial en caso de pandemia”. Torres, C.; Jerez, W.; De La Serna, J.M.; García, M. (Coords.). *Avances y prospectiva en la protección jurídico-social de las personas en situaciones de vulnerabilidad*. Editorial Dykinson, Madrid, pp. 161-163.
- Muñoz, E. (2020). Aplicación jurídica del *Testamentum Tempore Pestis* o Testamento en caso de pandemia como la generada actualmente por el coronavirus. *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva época*, Nº 23, p. 105, 112-114.
- Páramo y De Santiago, C. (2018): “Capacidad para otorgar testamento notarial abierto (Comentario a la STS de 15 de marzo de 2018)”, *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº 208, pp. 49-54.
- Pérez-Andreu Solano, M. (2020). *El testamento en tiempos de COVID-19*. Abogacia.es. <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/el-testamento-en-tiempos-de-covid-19/>

Rivas Martínez, J.J. (2011): “Artículo 679 y 680. Testamento abierto y cerrado”, en Valpuesta Fernández, R.; Cañizares Laso, A. (Dir.), De Pablo Contreras, P. (Dir.), Orduña Moreno, F. J. (Dir.), Legerén-Molina, A. (Aut.), Pérez García, M. J. (Aut.): *Código civil comentado, Vol. 2 (Libro III: De los diferentes modos de adquirir la propiedad (artículos 609 a 1087))*, pp. 323-326.

Roqueta, C. (2020). *El testamento en caso de epidemia*. Economistjurist. <https://www.lawyerpress.com/2020/04/08/el-testamento-en-caso-de-epidemia/>

Vela Sánchez, A. J. (2020). *El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones esenciales*. Diario la Ley. <https://acortar.link/gtD2qw>

VVAA (2020). *Me estoy planteando hacer testamento notarial. ¿Puedo hacerlo durante el estado de alarma?*, Notariado.org. <https://www.notariado.org/portal/-/me-estoy-planteando-hacer-testamento-notarial.-%C2%BFpuedo-hacerlo-durante-el-estado-de-alarma->

#### 4.2. FUENTES LEGISLATIVAS (RECUPERADOS: OCTUBRE, 2023)

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (BOE-A-1889-4763) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE nº 132, de 03/06/2021) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con>

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE nº 158, de 03/07/2015) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/02/15/con>

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 08/01/2000) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, «Gaceta de Madrid» núm. 149, de 29/05/1862, entrada en vigor 18/06/1862 (BOE-A-1862-4073). Última actualización: 03/07/2015 [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es/l/1862/05/28/1/con>

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE nº 67) [En línea]: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/03/14/463>

Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE nº 86) [En línea]: <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/28/pdfs/BOE-A-2020-4155.pdf>

Constituciones de Diocleciano: C. 6.23.8 y C. 6.23.9.

#### 4.3. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de julio de 1944.
- Sentencia del Tribunal Supremo 675/2000, Sala de lo Civil, de 27 de junio de 2000 (número de recurso: 2593/1995).

THE LEGAL PROTECTION OF  
THE *REBUS SIC STANTIBUS* CLAUSE  
IN THE CURRENT ECONOMIC CRISIS SCENARIO

---

DANIEL MARTÍNEZ CRISTÓBAL  
*Universidad Rey Juan Carlos*

## 1. INTRODUCTION

The current global situation in which we find ourselves, caused first by the COVID-19 pandemic, with the resulting tension in world markets caused by the collapse of supply chains, and subsequently by the armed conflict between Russia and Ukraine, has led to an exorbitant hike in energy prices worldwide. Thousands of companies have been pushed to the edge of survival and have had to reconsider the amendment or rescission of contracts with customers and suppliers because they are non-viable under the agreed terms, leaving millions of jobs up in the air.

In this global crisis scenario, a legal concept has reappeared after years of generalised disuse. It regained prominence during the COVID-19 pandemic and resulted in a mechanism and tool to be used to rebalance contracts involving services that had become obsolete and unbalanced, or impossible to perform under the terms agreed between the contracting parties due to external and unforeseeable events.

Therefore, the development of the concept and its application in the Spanish legal system will be analysed, reviewing Spanish positive law and court rulings, as well as defending its possible application to long-term contracts that have become unbalanced as a result of the exorbitant rise in the prices of different energy sources.

## 2. AIM AND DELIMITATION

The aim is an analytical, detailed and in-depth study of the characteristics and requirements of the *rebus sic stantibus* principle, in order to determine its correct application when dealing with the possible amendment or rescission of continuing-performance contracts for a definite period that have become unbalanced in the context of the exceptional and unpredictable economic circumstances currently being experienced, with record high prices for energy sources and rampant inflation, circumstances that are punishing family economies, as well as companies' strategic plans and profit and loss accounts.

### 2.1. OBJECTIVE

To determine whether, in view of revised contracts and the upward change in energy prices, the legal concept under analysis can be successfully invoked, and the key elements for the upholding or rescission of contracts in times of crisis, in order to rescue and update this concept, leaving behind the traditional legal resistance to change and adapting it to the new era.

## 3. RELEVANCE

The analysis of this generalised situation affecting all sectors of the national economy demonstrates the aim to modify, rebalance or ultimately rescind existing contracts in the interests of individuals by means of the *rebus sic stantibus* principle as the basis for the contractual substitution or termination, invoking, above all, the general *pacta sunt servanda* principle.

The relevance of the principle lies in the fact that it is a legal tool, useful for adapting the application of the law to the social and economic reality existing at the time the contract is performed, which differs in time from the performances agreed at the time of formalising the legal transaction, in order to achieve a contractual balance that responds to the *iusnaturalist* principle of distributive justice.

#### 4. DEVELOPMENT OF THE LEGAL CONCEPT

The *rebus sic stantibus* clause refers to a principle of law which understands that the obligations specified in a contract stem from the circumstances at the time of formalising a contract. It is a concept of uncertain origin, rooted in Roman law and in which jurists referred to a series of principles of law as *regulae* which, on the basis of Greek philosophy and grammar, and obtained from the practical application of law, formed a body of rules which served as the basis of the *ius civile* and were considered unrepeatable. With the dismemberment of the Roman Empire, it was in the Eastern Roman Empire that the *regulae* evolved, until they took shape in the last title of the Digest, *de verborum significatione*.

Cicero and Seneca alluded to the *rebus sic stantibus* concept on the basis and the merits of moral reasons. Seneca went so far as to justify the breach of the moral duty arising from a promise when there was a change in the accomplished fact which, had it existed when the promise was made, would not have given rise to the promise.

Cicero emphasised the breach of the promise made by changes in a situation that rendered it invalid, such as that *depository that should not return a sword to a depositor who had become insane*. In his Decree, Gratian includes the example provided by Cicero about the sword, which should not be returned to the one who had become *furiosus* and lost his mind.

In a passage from his work that was quoted in the Digest, Africanus considered that, when faced with a case of *capitis deminutio del adiectus solutionis causa*, the stipulated obligation of payment should only be performed if the same circumstances of the *accipiens* remain unchanged and not when the *accipiens* lacks mental capacity (*capitis deminutio*) due to adoption, banishment, *interdictio aquae et ignis*, or the Roman citizen's enslavement.

Basing themselves on the work of Roman glossators and treatise writers, Bartolo de Sassoferrato and Baldo Degli Ubaldi were its main defenders and exponents in the Middle Ages, extending its effects to all contracts. The concept evolved and jurists considered the need to limit the clause's

application and admissibility. Alciatus accepted the revocation of unilateral legal transactions when there was a drastic and unforeseen change in the original accomplished fact. By contrast, he did not hold the same view in the case of bilateral legal transactions in which revocation was only accepted if certain conditions were met.

Hugo Grotius accepted the clause and raised the issues it could generate on the basis of a restrictive interpretation of the clause, trying to combine the two legal interests at stake. On the one hand, the misrepresentation of the contract due to the clause's misuse which would affect the trade of men, against the consequences of an excessive rigidity of the literal terms of contracts in times of constant wars.

Later jurists such as Eberhard Schmidt and Max Weber also analysed this clause, opposing its misuse and limiting it only to those supervening circumstances that affected the essence of the transactional nature in such a way so as to render the rest irrelevant without it.

Over time, the legal concept in question was left unprotected by jurists, due to multiple factors such as the legal insecurity that was generated when it was excessively misused. In turn, naturalists and French treatise writers opposed the legal concept, since the former maintained that it was obligatory to perform what was promised and the latter defended the autonomy of the will of the parties and compliance with the *pacta sunt servanda* principle, which is why it was not finally set out in the Napoleonic Civil Code. Likewise, German Pandectists did not support the application of the clause due to its causalist genesis.

However, in the face of this rejection of the clause by 19th century jurists, the political, economic and warlike convulsions of the 20th century generated a fertile ground for the clause to germinate once again. The courts found in it a tool to try to balance contracts modified by the exceptional and unforeseeable circumstances that came about during this century, such as the sudden change in currency value that took place in Germany, or the interruption of the transit of goods that took place during the two world wars. Thus, it was gradually adapted to various situations, such as excessive onerousness, supervening injury, breach of the contract's performance or the re-establishment of the contractual

balance due to the variations to a contract caused by supervening circumstances.

The *rebus sic stantibus clause* has been expressly recognised in international law, directly set out in Article 62 of The Vienna Convention on the Law of Treaties, enjoying great prestige and recognition at international level. It has been incorporated into the domestic law of European countries such as Switzerland, England, Germany and Italy, and that of the Americas in countries such as Peru, Argentina and Colombia. In international arbitration, its application is only permitted when it is expressly set out in the contract or in the law applicable to the legal relationship that is the subject matter of the arbitration, since in this area there is no extensive interpretation of good faith.

## 5. THE CLAUSE IN SPANISH LAW

This principle is not set out in a regulation of Spain's legal system; therefore, the Spanish Civil Code does not regulate cases in which it is allowed to modify the performance of the contract in the event of an exceptional and unforeseeable change in the circumstances that gave rise to it. However, it is possible to find certain echoes of it in Article 1105 and Article 1575 with regard to leases. Furthermore, the legal concept had its normative materialisation in Law No. 498 of the New Jurisdiction of Navarre. It is a jurisprudential and doctrinal construct, contrary to what occurs in other neighbouring countries, which do have it regulated and developed in existing regulations.

More recently, and as a consequence of the effects of the COVID-19 pandemic, legislators began to accept it in a generalised manner and to take it into consideration as a moderating effect for contracts. Thus, it was expressly set out in Royal Decree-Law No. 15/2020, of 21 April 2020, approving additional urgent measures to support the economy and employment; and in the Seventh Additional Provision of Law No. 3/2020, of 18 September 2020, approving procedural and organisational measures to deal with COVID-19 in the context of the Spanish justice system. The ruling of 8 January 2021 of the 20th Court of First Instance of Barcelona was pioneering in recognising the concurrence of

unpredictability and exceptionality as a result of the pandemic and its effects on economic activities.

The *rebus sic's stantibus* clause acts as a moderating and correcting factor of the general *pacta sunt servanda* principle, which is set out in Articles 1091 and 1258 of the Spanish Civil Code. It is considered a General Principle and will therefore always be of priority and generally applicable. Furthermore, the clause has the same legal basis as concepts such as the misuse of law, unjustified enrichment or rescission of a contract due to fraud by creditors, in order to limit the harmful effects that certain legal acts or transactions may produce.

For this reason, on the basis of reasons of fairness, and tied in with the principle of 'good contractual faith', there is a correction mechanism in the form of an implicit clause that allows for the moderation of the burdensome and unfair effects of what has been agreed between the parties in the event of unforeseeable and exorbitant circumstances that make it excessively onerous.

By way of clarification, the *pacta sunt servanda* principle and the *rebus sic stantibus* clause are two sides of the same coin, and the application of one will always be at the cost of partially or totally sacrificing the other (in the event of the rescission of a contract). Therefore, as opposed to the literal wording of contracts and the legal resistance to change represented by the *pacta sunt servanda* principle, which is rigid in its essence, the *rebus sic stantibus* clause is presented in an antagonistic manner.

However, the *pacta sunt servanda* principle can also be seen as an adjunct, and by joining them together (*pacta sunt servanda rebus sic stantibus*) it becomes obligatory to perform the agreement so long as the existing conditions do not change upon the completion of the agreement.

Thus, the Supreme Court ruling of 3 November 1992 and 16 March 1995 established a relationship between the *rebus sic stantibus* clause and the *pacta sunt servanda* principle, through a hierarchy and the prevalence of the principle over the clause.

But there are also differences compared to related and proximate concepts. Firstly, it is possible to make a distinction between the *rebus sic*

*stantibus* clause and the case of an act of God or force majeure as cases of supervening impossibility, due to the concurrence of some unforeseeable and unavoidable event where the services agreed in the legal transaction by the contracting parties are impossible to perform and unworkable in practice, with the ultimate purpose of the contract being unachievable.

On the other hand, the *rebus sic stantibus* clause applies in those cases in which the change of external factors does not make the performance of the transaction impossible or unworkable. However, it does generate an essential modification with a lasting nature in the balance of obligations of the contracting parties, in such a way that the performance of the contract in the agreed literal terms is contrary to good faith.

In the cases in which it is possible to invoke this legal concept, what was promised has not become impossible but more burdensome after the change of circumstances, implying the modification of the economic purpose that the parties undertook as a basis to achieve the balance of obligations and rights of the agreed transaction.

It is necessary to draw a distinction between the concept and the cases of the rescission of the obligatory synallagmatic relationship. Article 1124 of the Spanish Civil Code allows a choice to be made between the performance or the rescission of the contract, which takes shape as a measure of special protection of the right to payment and the bilateral nature of the contract. The rescission is applied as a result of the non-performance of the contract, which hinders the purpose pursued by one of the contracting parties, as a result of the abnormal performance of the relationship. For its part, the protection extended to the contracting parties by the clause is the result of an exceptional, unforeseeable and lasting change of circumstances on which the contracting parties relied on to bind themselves, which calls into question the contractual balance due to the supervening excessive onerousness in the performance.

## 6. CASE LAW OF THE SPANISH COURTS

The first time that the Supreme Court dealt with this concept was in the ruling of 14 December 1940, defining it as an equitable legal theory that

was necessary and implicit in contracts, which could be applied in the event of price changes resulting from transient events, but of such an important and unforeseeable magnitude that the basis of the transaction or the possibility of performing the contract disappears.

In its ruling of 17 May 1941, the Supreme Court added that the clause can give rise both to the review as well as the termination or suspension of the legal transaction, always due to events occurring after the signing and formalisation of the same and based on criteria of reciprocity and good faith.

The Supreme Court ruling of 13 June 1944 in the well-known ‘Carbonell lawsuit’ upheld the reduction in the amount of oil to be delivered by the seller. The premise was that a legal transaction had been formalised prior to the Spanish Civil War but had to be completed after it ended, since the distribution of oil had been suspended and its price had risen considerably. The Supreme Court applied the *rebus sic stantibus* clause to that effect.

The Supreme Court ruling of 11 June 1951 applied this legal concept and authorised one of the parties to raise its rates as a consequence of a decrease in the currency’s purchasing power, as the cost of the components essential for carrying out the shipping had increased.

With the Supreme Court ruling of 17 May 1957, its requirements were set, indicating that although the legal concept does not form part of Spanish positive law, jurists can invoke it and give leave for the matter to proceed to court. It was defined with a warning notice, meaning that its application must be made with extreme caution and be based on very important modifications of the existing facts at the time the transaction is performed, all in relation to the accomplished fact existing at the time the contract was formalised; there must also be an enormous and dramatic disproportion in the rights and obligations of the parties, which came to be known as contractual obligations.

The Supreme Court ruling of 6 June 1959 redefined the notes of the clause in the same terms as the ruling of 17 May 1957, but added that the circumstances allowing it to be invoked must jointly come about,

and if any of them do not occur or are unsuccessful, the clause cannot be successfully applied.

The notes, requirements and basic characteristics of the *rebus sic stantibus* clause have remained unchanged in Spanish case law through the Supreme Court ruling of 16 October 1989, the Supreme Court ruling of 23 April 1991, the Supreme Court ruling of 4 February 1995, the Supreme Court ruling of 29 May 1996, the Supreme Court ruling of 10 February 1997 or the Supreme Court ruling of 15 November 2000, among others. It is important to highlight that the Supreme Court has established that the allocation of risks, which have been established in a contract by agreement of the parties, cannot be subsequently modified by a judge or court, and that, therefore, the application of the clause does not take place in the event of the express agreement of the parties in the event of exceptional circumstances.

The Supreme Court ruling of 22 April 2004 declared that due to the substantial modification of the circumstances of the purchase and sale, and above all due to the reduced development potential of the property sold, the claimant had to bear a reduction in the sale price of the property. It held that this also applies to single-performance contracts and not only to continuing-performance contracts.

The Supreme Court ruling of 21 February 2012 once again recalled the requirements and assumptions required by the Spanish Civil Courts' case law to apply this corrective means of the *pacta sunt servanda* principle. The Supreme Court ruling of 8 November 2012 allowed the possibility of applying the *rebus sic stantibus* clause in the area of the purchase and sale of properties that were affected by legal classification, and which stemmed from the economic crisis. It pointed out the priority of the contractual interpretation to assess a possible breach of the obligation as the central axis in the rescission. From the literal and systematic interpretation of the contract, the essential nature of the term agreed and expressly provided for by the parties was confirmed.

The financial crisis of 2008 led the Supreme Court, in its rulings No. 820 and No. 822 of 17 and 18 January 2013, to recognise that the then economic crisis, with its profound and prolonged effects of economic

recession, could be openly considered as an economic phenomenon capable of generating a severe disruption or change in circumstances. The Supreme Court ruling of 17 January 2013 pointed out the possibility of applying the clause in cases based on the economic crisis, even allowing its invocation in cases in which the buyers of properties were unable to obtain the necessary bank finance for the deed of sale to be granted.

The Supreme Court ruling of 30 June 2014 relied on a case relating to an advertising contract. On this occasion, the Supreme Court allowed the application of the clause on the basis of an unforeseeable change of the accomplished fact that served to create the will of the parties in the legal transaction. This ruling was followed by the Supreme Court ruling of 15 October 2014, this time on the accomplished fact of a hotel lease. The Civil Court allowed the modification of the hotel lease contract, allowing a percentage decrease in the annual rent, which went up as much as 29%. The Court understood that there was an excessive onerousness that disrupted the balance of the contract, as the hotel sector and, specifically, the leased hotel already had accumulated losses in its operating account, compared to the positive balance of the rental company.

Six months later, the Supreme Court, in its ruling of 30 April 2015, considered that the property purchase contract was valid and effective, resulting in it being subject to the general terms and conditions of the contract. Nullity rules for unfairness in non-individually negotiated clauses were only applicable to consumers and users.

The Supreme Court ruling of 15 January 2019, handed down in the case of a lease contract, understood that this clause could not be invoked on the well-known fact of the economic crisis, in an automatic or generalised manner, but that it was necessary to specify the reasons why the other contracting party should undergo a variation in its performance. If the contract had already established mechanisms agreed by the parties to regulate the transaction risk, the application of the *rebus sic stantibus* clause would therefore be excluded.

In France, for a certain period of time, the suspension of the obligation for the French electricity grid to purchase the energy generated in photovoltaic stations was approved, in order to later reduce the legally

approved purchase tariff. The Supreme Court ruling of 18 July 2019 alluded to the transcendence of the fact that a contract for the sale of solar energy projects developed in that country had a government-approved moratorium. In this case, the Supreme Court did not allow the rescission of the contract on the basis of supervening circumstances and understood that the legal concept had been duly applied.

The ruling of 6 March 2020 was the last to be handed down by the Supreme Court on the *rebus sic stantibus* clause before Spain's declaration of the state of emergency as a result of the pandemic. In the aforementioned decision, it was stipulated that, in order to be able to apply the legal concept, it was essential that a sudden and unforeseen modification of those accomplished facts, taken into account by the parties to formalise the legal transaction, occurs, and that they must be so important that they can give rise to the collapse of the purpose of the transaction, insisting once again that the concept cannot be invoked if the parties, by virtue of an agreement, have accepted the exceptional circumstances, with them being applied in long-term and continuing-performance contracts, since in short-term contracts it is difficult for an exceptional circumstance not to be included within the risk inherent in any contract.

## 7. AN EXCEPTIONAL CRISIS AND PRICE HIKES AS A PRECONDITION FOR THE APPLICATION OF THE *REBUS SIC STANTIBUS* CLAUSE

It is evident that, a priori, the first prerequisite for invoking the *rebus sic stantibus* clause is present in this energy crisis, since the magnitude of price hikes in the energy market has exceeded the forecasts of financial analysts, international institutions and the States themselves.

Proof of this is that a few months ago the outbreak of a war in the heart of Europe was not conceivable in the terms in which it is taking place. How long it will last remain unknown, since what was supposed to be a 'special military operation' that all the experts predicted would last around two weeks has turned into a long war of attrition in which Russia is fighting to avoid being isolated and losing prestige and global

influence, while Ukraine is fighting for its own survival, supported financially and militarily by NATO.

A disproportionate arms build-up at European level, runaway inflation levels not seen for decades, energy prices at record highs and with the addition of a food crisis, as well as a migratory problem, are generating effects on the economic order whose duration, degree of intensity and aftereffects are still difficult to predict and specify, but which will most certainly be long endured.

At present, with the global and generalised economic crisis, derived from the limitless escalation of energy prices, clinging on to the outdated dogma of *pacta sunt servanda* is outdated and anachronistic, for it feigns the absence of change and denies the notoriety of the current social reality.

## 8. CONCLUSION

The *rebus sic stantibus* clause can only be invoked in those cases in which the parties have not agreed any regulations for unforeseeable, absolutely exceptional and long-lasting situations, as it is a concept subordinated to the will of the parties. The current energy price crisis, resulting in record high prices and inflation, is so exceptional that its outcome and consequences cannot even be constrained. Therefore, this supervening, exceptional and unquestionably sudden economic reality, in many contracts signed prior to the emergence of the crisis, is leading to the disappearance of an objective basis and the possibility of invoking this legal concept.

It is a well-known fact that electricity and gas suppliers, faced with the price hikes they have experienced as a result of the rise in energy prices, have in turn rescinded long-term contracts with companies in various sectors, especially those with high energy consumption. This has seriously changed the profit and loss accounts of SMEs and, in many cases, has seriously jeopardised their viability.

The normal risk implicit in any contract or the exceptional risk expressly accepted by one of the parties remains outside the scope of the *rebus sic*

*stantibus* clause. Given the length of legal proceedings, and the time it takes for the Supreme Court to hand down rulings, more time will be needed for the unification of the disputes that have arisen during this energy crisis. However, despite the evolution and homogenisation process of the Spanish legal system with respect to European law, it is possible to anticipate that the crisis caused by the disproportionate and long-lasting increases in energy prices may be considered unforeseeable and that, in principle and depending on the specific case, it may be possible to argue that its occurrence does not constitute an inherent risk to the transaction of the party invoking the *rebus sic stantibus* clause.

Generalised legal solutions cannot be formulated and announced under this clause, and the invocation of the energy crisis alone will not be sufficient to correct an unbalanced situation, but rather that it must be proven and argued, establishing a causal relationship with the excessive onerousness by means of the basis of the contract. The current situation of exceptionality and generalised energy price crisis, in turn, led the Spanish Government to adopt measures such as fuel price rebates, restrictions on energy tariffs, or subsidies for SMEs, aimed at reducing the economic damage and which must be taken into account when calculating downwardly the damages suffered by the contracting parties, even reducing or excluding the application of this general clause.

In order to be able to invoke it effectively, the unforeseeability of circumstances must entail an inevitable impossibility to perform what has been stipulated, or in the due time and manner agreed, which implies a disproportionate way of performing the contract, unconnected to any rational calculation, completely eliminating the equivalence and equilibrium of the agreed transactional performances.

The contracting party invoking the application of the *rebus sic stantibus* clause must prove that they tried to perform the contract on the basis of good faith, but that the risk and the enormous severity of the damage made it impossible for them to perform under the agreed terms, even being able to try to prove that such circumstances have meant that the contract has become unjust, becoming unreasonably onerous or even unacceptable. There is, therefore, a duty to renegotiate contracts and to maintain them where possible, adapting them to the new circumstances

by adjusting contracts to the changed circumstances, a solution that must prevail over the possibility of creditors rescinding contracts.

Based on the principle of contractual good faith, the party aggrieved by the change of circumstances has the duty to start negotiations within a reasonable time, specifying to the other party the effect that the change of circumstances has had on the contract, thus avoiding breaches such as undue delay or wrongful termination of the contract.

## EL DERECHO PARLAMENTARIO EN SITUACIONES DE EMERGENCIA SANITARIA

---

CLAUDIA DE LA ROSA PÉREZ  
*Universidad de Sevilla*

### 1. INTRODUCCIÓN

La llegada del 2020 trajo consigo eventos catastróficos, por todos conocidos, en múltiples ámbitos de la sociedad global. De forma principal, la sanidad vivió sus horas más críticas, pero también estas vicisitudes desempeñaron su papel en el Parlamento, la institución originaria de todas las normas.

En efecto, desde la segunda quincena de marzo, las medidas sanitarias, y la evidente peligrosidad, hacían difícil la presencia de los parlamentarios en la cámara lo que generaba anomalías en el funcionamiento de éste mientras apremiaba la necesidad de autorizar importantes instrumentos jurídicos que regularan la realidad inminente. Así las cosas, la institución parlamentaria tuvo que equilibrar el mantenimiento de su función legislativa y de control a la vez que desempeñaba un papel simbólico en un momento de enorme tensión social (Rubio Núñez, 2020, p.226).

Si bien el día 14 del citado mes marcó un antes y un después en la cotidianidad de todos los españoles, el problema principal venía derivado no solo de las restricciones sanitarias sino también por el riesgo de contagio que hacía inoportuna la reunión de un elevado número de personas, y menos aún, provenientes de diferentes zonas de nuestro país<sup>56</sup> (García

---

<sup>56</sup> García-Escudero pone de ejemplo la solución que se adoptó en las Cortes de Cádiz en orden a evitar los problemas de desplazamiento que causaba la guerra a los parlamentarios: cuando uno o varios Diputados no podrían asistir a la sesión, éstos serían suplidos mediante sorteo entre los diputados presentes.

Escudero, 2020, p.272). Estos obstáculos han tenido que ser sorteados por las cámaras parlamentarias en todos los niveles territoriales usando diversas fórmulas, más o menos aceptadas por la doctrina, como la suspensión temporal de las iniciativas parlamentarias, el cese de la actividad con delegación en la Diputación permanente o el mantenimiento de las funciones y el empleo del voto telemático de forma mayoritaria.

Con esta diluida presencia del representante político, la institución parlamentaria siguió ejerciendo su labor, de forma tenue, cuando los consensos eran más requeridos que nunca y el control al ejecutivo por parte de la oposición resultaba esencial para la democracia<sup>57</sup> (Tudela Aranda, 2020, p.6). Aunque es necesario poner de relieve que, a pesar de la celebración de las sesiones plenarias y de las comisiones en complicadas circunstancias que provocaron cuestionamientos sobre su idoneidad o legitimidad para corresponder con sus funciones sobre asuntos claves, no es menos cierto que las cámaras parlamentarias se habían convertido, ya antes de la pandemia, y de forma más acuciante desde la extinción del bipartidismo, en escenarios protagonizados por la incapacidad en orden a la consecución de acuerdos en materias claves.

Por tanto, la pretensión de este capítulo es un análisis, de forma sucinta, de las circunstancias que se producen, que innovan o acentúan las deficiencias previas, y las diversas opciones, y perspectivas, que se plantean en el horizonte. También cabe destacar que, por cuestiones de tiempo y estructura, este estudio se va a centrar casi de forma exclusiva en las Cortes Generales, concretamente, en el Congreso de los Diputados, y, de manera más específica, en los Parlamentos autonómicos en referencia al papel de la Diputación Permanente.

---

<sup>57</sup> Tudela Aranda realiza una comparativa interesante entre la situación de los diversos Estados en los meses iniciales de la pandemia. En aquel período temporal los gobiernos autoritarios (China o Singapur, por ejemplo) parecían controlar mejor la situación en sus países, también gobiernos populistas parecían eficaces (Estados Unido, México, Gran Bretaña, Brasil, etc.) frente a aquellos gobiernos con democracias consolidadas. Sin embargo, conforme avanzaban los meses, estos últimos accedían sin problemas al “club del éxito”.

## 2. LA PRESENCIALIDAD DE LOS REPRESENTANTES

La presencialidad de los representantes en las Cámaras es una exigencia constitucional dictada por art. 79. 1 de la Constitución en el que se indica que “para adoptar acuerdos, las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros”, que “dichos acuerdos para ser válidos, deberán ser aprobados por la mayoría de los miembros presentes, sin perjuicio de las mayorías especiales que establezcan la Constitución o las leyes orgánicas y las que para elección de personas establezcan los Reglamentos de las Cámaras” y por último que “el voto de Senadores y Diputados es personal e indelegable”<sup>58</sup>. Este artículo, citado en su integridad, nos arroja la base regulatoria del asunto central objeto de análisis.

En segundo lugar, en referencia concreta al Estado de Alarma, como situación especial y extraordinaria, el art. 116 CE exige, en su apartado segundo, la concurrencia de los diputados quienes deben autorizar las prórrogas de dicho estado<sup>59</sup> y, en el quinto, se indica la imposibilidad de disolución de las cámaras mientras dure. Por tanto, de ambos apartados se infiere una labor clara de control que la Constitución le encomienda a los representantes políticos quienes han de salvaguardar la democracia parlamentaria cuando se acumula mayor poder en el Ejecutivo unido a la restricción de derechos que estas situaciones exigen, en definitiva, un plus de garantía jurídica (García Escudero, 2020, p. 272).

Por otro, en la doctrina del Tribunal Constitucional también encontramos pronunciamientos sobre la presencialidad de los diputados con unas conclusiones muy claras como, por ejemplo, en las sentencias 19/2019<sup>60</sup> y 45/2019<sup>61</sup>. El Alto Tribunal es bastante rotundo en las conclusiones de la primera sentencia al afirmar que “el ejercicio de las funciones representativas ha de desarrollarse, como regla general, de forma personal y presencial” y que “la presencia de los parlamentarios en las cámaras y

---

<sup>58</sup> También se podría citar el art. 110 CE: Las Cámaras y sus Comisiones pueden reclamar la presencia de los miembros del Gobierno.

<sup>59</sup> Art. 116.2 CE

<sup>60</sup> STC 19/2019, de 12 de febrero, BOE núm. 67

<sup>61</sup> STC 45/2019, de 27 de marzo, BOE núm. 99

en sus órganos internos es un requisito necesario para que puedan deliberar y adoptar acuerdos<sup>62</sup>. Para ello, establece en su fundamentación jurídica una relación entre la presencialidad y el derecho a la participación política del art. 23 CE, situando a aquella como una “garantía del correcto ejercicio del derecho de participación política” que “deriva de su propia función constitucional”<sup>63</sup> concluyendo, finalmente, en la existencia de una vulneración de los derechos de los parlamentarios.

Partiendo de este sintético marco normativo y jurisprudencial, con un Tribunal Constitucional cuya doctrina parece inequívoca, correspondería indagar en el funcionamiento del Congreso de los Diputados y de los Parlamentos autonómicos durante los meses más críticos de la Covid-19 y las técnicas que se emplearon al efecto.

### 3. LA SUSPENSIÓN DE LAS INICIATIVAS PARLAMENTARIAS

En el plano estatal se optó en las primeras semanas de pandemia por reducir la actividad parlamentaria con la suspensión de las sesiones, en un principio, y con la declaración del estado de alarma el día 19 de marzo de 2020. El mismo día, se decidió la paralización de los plazos reglamentarios de todas las iniciativas existentes en aquel momento y de los plazos de prescripción y caducidad en los procedimientos administrativos<sup>64</sup> hasta el día 13 de abril<sup>65</sup>. Esta medida fue la más polémica e incluso provocó la interposición de un recurso de amparo<sup>66</sup> ante el TC por

---

<sup>62</sup> Ambas sentencias declaran la inconstitucionalidad y nulidad de las resoluciones del Presidente del Parlamento de Cataluña de 22 de enero de 2018, en las que se proponía la investidura de Carles Puigdemont sin la comparecencia del candidato que se encontraba ausente.

<sup>63</sup> STC 19/2019, FJ 4.

<sup>64</sup> Acuerdo de la Mesa del Congreso de los diputados, BOCG, de 24 de marzo de 2020, núm.57, pág. 1.

<sup>65</sup> Acuerdo de la Mesa del congreso de los Diputados, BOCG, de 13 de abril de 2020, núm. 64, pág. 10.

<sup>66</sup> Para interponer un recurso de amparo es requerido, entre otros, el agotamiento de los recursos de impugnación previstos en el ordenamiento jurídico para conseguir su restablecimiento. Por ello, el Grupo Parlamentario VOX recurrió el Acuerdo de la Mesa de 19 de marzo solicitando la reconsideración sobre la suspensión de los plazos. La Mesa resolvió desestimando esta solicitud el día 21 de abril de 2020.

el grupo parlamentario VOX que fue resuelto por la sentencia 168/2021<sup>67</sup> en la que se declaró la nulidad de los Acuerdos de la Mesa y la existencia de una vulneración del derecho fundamental a la participación política.

Cabe destacar que la recurrencia a la Mesa, lejos de ser una acción esporádica, ha sido frecuente en los dos últimos años en diversos parlamentos por la no previsión en los Reglamentos de funcionamiento de una forma de proceder en una coyuntura como la crisis sanitaria de la Covid-19 y, además, el carácter genérico que se le atribuye a las mesas conllevaba la delegación de tareas en las mismas (García de Enterría y Navarro Mejía, 2020, p. 259). Y acabó siendo este protagonismo el generador de una contraposición de intereses que se expone de una forma evidente en la sentencia antes mencionada porque sitúa en una balanza el Estado de Alarma, instrumento jurídico de vital importancia en una crisis de tal envergadura, y el derecho de los representantes a la participación política. Esta dicotomía es, principalmente, el eje vertebrador de un problema que presenta una especial relevancia debido a su trascendencia social y política y, también, por lo novedoso del asunto pues, en ningún momento anterior, el TC tuvo que pronunciarse sobre la limitación del derecho a la participación política en una situación tan excepcional.

En esta tesitura entran en juego varias consideraciones para tener en cuenta y sobre las que se pronuncia la sentencia detalladamente. Una de ellas, es el llamado *ius in officium* del representante cuyo contenido esencial ha sido delimitado por la jurisprudencia constitucional como el acceso y permanencia en el ejercicio del cargo público, así como a desempeñarlo de acuerdo con la ley, sin constricciones o perturbaciones ilegítimas, correspondiendo establecer su delimitación, sentido y alcance a los reglamentos parlamentarios<sup>68</sup>. No obstante, como ya ha matizado en otras ocasiones el Tribunal, al hilo del análisis del *ius in officium*, el art. 23.2 CE no implica el respeto absoluto de todos los derechos inherentes al parlamentario, sino solo de aquellos que constituyen el

---

<sup>67</sup> STC 168/2021, de 5 de octubre de 2021, BOE núm. 268.

<sup>68</sup> STC 168/2021, op. cit., FJ. 3.

núcleo de la función representativa que son, de forma principal, los que tienen relación directa con el ejercicio de las potestades legislativas y de control de la acción de gobierno<sup>69</sup>.

Desde luego, a priori, la paralización de los plazos para la tramitación de las iniciativas legislativas, y demás asuntos relativos, afecta de lleno al llamado núcleo del art. 23. CE. Sin embargo, esta respuesta merece ser matizada cuando entra en la escena otro derecho como es la protección a la salud, también contemplado por nuestra Constitución en el art. 43. Partiendo de esta base, el Tribunal descarta *ab initio*, la aplicación del test de proporcionalidad y justifica su postura haciendo un razonamiento que gira en torno a los límites del *ius in officium*. Y llega a la conclusión de que las funciones de los diputados recurrentes fueron completamente interrumpidas, afectando al núcleo duro y, en consecuencia, dejando sin efecto el derecho en cuestión e imposibilitando el control político al Gobierno y la exigencia de responsabilidad política (arts. 66.2 y 108 CE)<sup>70</sup>.

No obstante, lo cierto es que la decisión del Tribunal no fue adoptada por unanimidad y se formularon cuatro votos particulares que aportan una visión muy diferente de las circunstancias jurídicas que se dirimen en la sentencia. De forma resumida, estos votos consideran que no se restringió el derecho a la participación política y que era una limitación proporcionada dada la coyuntura<sup>71</sup>, que la suspensión de los plazos no supuso una interrupción del funcionamiento del Congreso porque afectaba únicamente a las iniciativas parlamentarias que se encontraban en tramitación<sup>72</sup> y que un análisis aplicando el test de proporcionalidad a la suspensión de plazos lleva a concluir que ni la incidencia en la actividad

---

<sup>69</sup> STC 159/2019, de 12 de diciembre, recurso núm. 5336/2018.

<sup>70</sup> Según el Tribunal, "pese a la vigencia del estado de alarma, aquella decisión, sin duración concreta y predeterminada en el tiempo, era de tal intensidad que iba incluso más allá de los límites que pudiera imponer la proclamación del Estado de alarma, pues la suspensión acordada impedía que los diputados del Congreso vieran tramitada y resueltas cualesquiera iniciativas parlamentarias que registraran en la Cámara, quedando, con aquella decisión privados temporalmente de ejercitar su derecho de participación política" (F.J. 5).

<sup>71</sup> Voto particular formulado por el Presidente del Tribunal, Juan José González Rivas.

<sup>72</sup> Voto particular formulado por el Magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón.

parlamentaria ni su duración fueron tales como para considerar que el *ius in officium* de los representantes se viera afectado<sup>73</sup>.

De esta síntesis se infiere una discusión jurídica que no fue resuelta en todos sus extremos y la demostración viene dada por la falta de unanimidad en la sentencia. A lo largo del texto, faltan ciertas consideraciones como, por ejemplo, el no tratar con mayor profundidad una carta enviada a la Presidenta del Congreso por la Portavoz Adjunta del grupo parlamentario recurrente en amparo, días antes de la paralización de los plazos, comunicando que todo el grupo parlamentario se iba a poner en cuarentena debido a la infección por coronavirus de un diputado del mismo. Este aspecto fue alegado por la letrada de las Cortes Generales en el que se manifiesta una forma de proceder, por parte del grupo, diametralmente opuesta a la postura que sostuvieron días más tarde y posteriormente, con el recurso ante el Constitucional.

Por otro, como señalaron algunos de los votos particulares, hubiera sido oportuno, en aras a la seguridad jurídica, cuando se trata de analizar una posible limitación o suspensión de derechos examinar en qué contexto se produce. En lo que concierne a la paralización de los plazos, surgen diversas cuestiones que arrojarían un poco de claridad como, por ejemplo, ¿Qué tipo de iniciativas legislativas estaban en curso? o ¿Cuál fue la consecuencia de la no tramitación de éstas? Esto último es un elemento central que puede ofrecer una visión más completa de todas las circunstancias en las que, supuestamente, existe una afectación de un derecho fundamental y permitiría equilibrar de una forma más justa la balanza entre los derechos inherentes al art. 23 CE y el derecho a la protección de la salud. Además, éste último incluso, podría hacerse extensivo al resto de la población por la alta transmisibilidad de los contagios y la gravedad de muchos de ellos.

---

<sup>73</sup> Voto particular formulado por la Magistrada María Luisa Balaguer, al que se adhiere el Magistrado Juan Antonio Xiol.

#### 4. EMPLEO DEL VOTO TELEMÁTICO

Antes de la llegada de la Covid-19, el mayor cambio en la tecnología relacionada con el Parlamento se había producido con la aparición de la televisión y la retransmisión de las sesiones a millones de personas que acabó sustituyendo a las crónicas parlamentarias de la prensa. Luego han ido surgiendo otras formas de hacer más transparente estas instituciones con diversas técnicas, pero no ha sido hasta el nacimiento de una crisis sanitaria cuando se han normalizado variados métodos tecnológicos para facilitar la participación de los parlamentarios sin necesidad de asistir personalmente a las Cámaras.

Para muchos críticos, estos nuevos medios pueden provocar una merma en la articulación de la representación democrática al no facilitar la oralidad de la reflexión o la contracción de las sesiones, e incluso, podría dañar la verdadera voluntad de los parlamentarios (Rubio Núñez, 2020, p.227). El debate político inherente al proceso de deliberación, la presencialidad del parlamentario y las dinámicas derivadas de ambos factores se ven mermadas, casi por completo, y generan dudas razonables sobre la idoneidad de estos novedosos procesos.

De todas las adaptaciones tecnológicas que se han llevado a cabo en los últimos tiempos, el voto telemático ha acaparado el mayor protagonismo y, derivado de ello, se ha aumentado la experiencia en orden a su empleo con modificaciones reglamentarias. Esta técnica viene contemplada en el art. 82.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados<sup>74</sup> y se encuentra diseñada para un uso en circunstancias muy concretas<sup>75</sup>, que imposibiliten la asistencia del representante, quedando en manos de la Mesa el sistema de verificación del voto. Y, a pesar de las posibles adversidades que puede conllevar su empleo, ha permitido que los

---

<sup>74</sup> Art. 82.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982, BOE núm. 55.

<sup>75</sup> En los casos de embarazo, maternidad, paternidad, enfermedad o en situaciones excepcionales de especial gravedad en que, por impedir el desempeño de la función parlamentaria y, atendidas las especiales circunstancias, se considere suficientemente justificado, la Mesa de la Cámara podrá autorizar en escrito motivado que los Diputados emitan su voto por procedimiento telemático (art. 82.2 del Reglamento).

Parlamentos hayan podido mantener su presencialidad como así ocurrió desde un primer momento en las Cortes Generales.

También es necesario considerar que la justificación que hizo posible su uso fue la analogía establecida, por parte de la Mesa del Congreso, con los supuestos de voto telemático ya contemplados, con anterioridad, en el Reglamento de Funcionamiento<sup>76</sup>. Por tanto, la autorización de este tipo de voto acabó siendo un mal menor o, dicho de otra forma, el camino menos irregular desde una perspectiva jurídica (García Escudero, p.24). De hecho, a raíz de esta experiencia son varias las reformas de los reglamentos parlamentarios que fueron llevadas a cabo tras la fase más aguda de la pandemia y han sido diseñadas, principalmente, para extender los supuestos de voto automático o por delegación (Carrasco Durán, 2021, p.138). A citar, por ejemplo, la reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía de mayo de 2020 que introduce el voto por delegación en las comisiones o la reforma del Reglamento del Parlamento de Canarias, también del mismo mes que la anterior, y que establece la asistencia telemática en supuestos extraordinarios<sup>77</sup>.

Sin embargo, las votaciones telemáticas, debido a su rápido avance y la poca trayectoria en lo que respecta a su uso, han desatado diversas polémicas en el seno parlamentario como la ocurrida, a principios de 2022, durante la aprobación del proyecto de reforma laboral. En ella, un diputado de la oposición cometió una equivocación durante la emisión del voto y, debido a ello, se le dio luz verde al proyecto de ley. Se cuestionó el sistema que disponía el Parlamento para contabilizar los votos y el

---

<sup>76</sup> Ídem. Como se ha indicado en la cita anterior, los supuestos para poder hacer uso del voto telemático eran, antes de las reformas reglamentarias y durante las primeras semanas de la Covid-19 un *numerus clausus*. Por ello, se tuvo que establecer una analogía entre el supuesto de la pandemia y los establecidos en el citado artículo para obtener una justificación jurídica que permitiese el empleo del voto telemático.

<sup>77</sup> A estos dos supuestos se podría añadir la reforma de la Junta General de Asturias (mayo de 2020) que amplía los supuestos del voto telemático, la del Parlamento de Galicia (octubre de 2020) que acepta el voto delegado entre otras novedades y, por último, la reforma del Reglamento del Parlamento de las Islas Baleares (diciembre de 2020) que admite el voto telemático y la participación virtual.

asunto acabó con la interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, aún pendiente de resolver<sup>78</sup>.

Tampoco en la doctrina faltan autores que han puesto en relevancia los puntos débiles del voto telemático. Se ha señalado, por ejemplo, las limitaciones que se generan en el debate democrático por el exceso de tecnología empleada y que puede afectar al proceso de toma de decisiones situándose este último más cerca del mandato imperativo que del mandato representativo del parlamentario individualmente considerado (Rubio Núñez, 2020, p. 234) o de la preponderancia de los grupos parlamentarios y sus portavoces frente a los representantes individuales (García Escudero, 2020, pág. 307). También, en referencia al proceso deliberativo, entre los autores, se suele señalar que el voto telemático debe ser un elemento excepcional con garantías sin renunciar al debate y deliberación presencial (Rubio Núñez, 2020, p. 234). Así, en líneas generales, priman las opiniones que consideran el voto a distancia como una técnica que requiere evolución para su correcto funcionamiento<sup>79</sup>.

No obstante, también es preciso contextualizar las críticas a estas novedosas técnicas parlamentarias, dentro de la aguda crisis sanitaria que hemos experimentado, y buscar interpretaciones jurídicas ajustadas a las circunstancias que se estaban viviendo (Carrasco Durán, 2021, p.137). Más aún si se tiene en consideración las limitaciones de aquel momento para la creación o modificación de los reglamentos ya existentes.

De cualquier modo, con sus ventajas o desventajas, el voto telemático ha llegado a la representación política para consolidarse como otra técnica más, fruto no sólo de una pandemia que lo hacía un elemento imprescindible, sino también como resultado de los avances tecnológicos. Por lo que se podría afirmar, sin duda, que la pandemia ha sido el factor más influyente de los últimos años en la evolución de las normas parlamentarias. Pero aún con la experiencia reciente, para obtener una

---

<sup>78</sup> Recurso núm. 916-2022.

<sup>79</sup> Sobre propuestas de mejora en el uso del voto telemático, véase Ridao Martín, J., "Virtualizando el Parlamento (hasta donde se puede). El régimen de contingencia del Parlamento de Cataluña durante la crisis de la Covid-19 y las reformas tecnológicas y reglamentarias operadas para regular la actividad no presencial en el futuro", Cuadernos Manuel Giménez Abad, págs. 88-89.

conclusión clara sobre la oportunidad, favorable o no, de esta técnica, será preciso observar su desarrollo y aplicación a lo largo del tiempo para considerar si constituye una mejora o un empeoramiento de las dinámicas parlamentarias.

## 5. LA ENTRADA EN ESCENA DE LA DIPUTACIÓN PERMANENTE

Por su parte, la Diputación Permanente que es un órgano diseñado, de forma principal, para el desarrollo de las funciones parlamentarias cuando el período de sesiones se encuentra cerrado, se convirtió en los meses más duros de la pandemia en el remedio adoptado por diversos parlamentos autonómicos para mantener el funcionamiento de la Cámara. Es una forma de asegurar la continuidad de un órgano que, por propia naturaleza, es discontinuo (Alonso de Antonio, 1986, p.134). Esta solución fue seguida por los Parlamentos de Cataluña, Castilla y León, Andalucía, Comunidad Valenciana, Extremadura, Canarias, Islas Baleares, País Vasco y Galicia. Si bien, en estos dos últimos, la diputación permanente había sido convocada porque se encontraban en curso sendas convocatorias de elecciones (Carrasco Durán, 2021, p.127).

Debido a su carácter extraordinario han surgido múltiples críticas por la recurrencia a este órgano. Pues, en líneas generales, y atendiendo a la propia naturaleza de este órgano, los supuestos para los que está orientada su convocatoria suelen estar tasados con claridad<sup>80</sup> y para una finalidad específica como es velar por los poderes del Parlamento cuando éste no se encuentra en período de plena actividad. En consecuencia, el acaparamiento de funciones por parte de la Diputación Permanente

---

<sup>80</sup> Un ejemplo para citar podría ser el art. 59.4 del Estatuto de Autonomía de Cataluña en el que se indica que “[...] La Diputación Permanente vela por los poderes del Parlamento cuando éste no está reunido en los períodos entre sesiones, cuando ha finalizado el mandato parlamentario y cuando ha sido disuelto”. O también el art. 58 del Reglamento del Parlamento de Andalucía que, en términos parecidos al Estatuto catalán expresa que “cuando el Parlamento no esté reunido por vacaciones parlamentarias, cuando haya sido disuelto o haya expirado el mandato parlamentario y hasta tanto se constituya el nuevo Parlamento, la Diputación Permanente velará por los poderes de la Cámara [...]”.

elevó la coyuntura parlamentaria durante la Covid-19 a una situación análoga a la ocurrida con la disolución de las Cortes.

Y, en un estado como el expuesto empiezan a emanar dudas sobre su adecuación constitucional pues cabría añadir, como se ha comentado en apartados anteriores, la especial dosis de control requerida al Gobierno durante la declaración de un Estado de Alarma exigida por el art. 116 CE. Esto no es un elemento menor, pues nos encontramos ante un mandato constitucional que puede parecer vacío de contenido cuando el funcionamiento principal de un parlamento recae, con práctica exclusividad, sobre un órgano como la Diputación Permanente. Además, si bien es cierto que las instrucciones de la Carta Magna no deben ser un molde perfecto para el parlamentarismo autonómico tampoco se podría decir que de la Constitución no se puedan inferir varios principios estructurales válidos para aquel (Vázquez Alonso, 2020, p.273).

Por ello, se debe considerar que la exigencia de un plus de control hacia el Gobierno nacional durante la prevalencia de un Estado de alarma es, de forma análoga, aplicable al plano de las cámaras parlamentarias autonómicas. Además, habida cuenta del importante papel desempeñado por las autonomías durante la gestión de la Covid-19, pues las competencias sanitarias corresponden a la comunidad autónoma en virtud del art. 148.1.21 CE, con más razón tendría cabida el control previsto del art. 116 CE en el plano autonómico. A ello habría que añadir el planteamiento de la posibilidad de declarar un Estado de alarma dirigido, en exclusividad, a alguna comunidad autónoma singularmente considerada que así lo solicitase. Si bien este aspecto no fue planteado hasta un año después del inicio de la pandemia y no tendría relación directa con el papel desempeñado por la Diputación Permanente, es una posibilidad que se contempla en el art. 5 L. O 4/1981 de los estados de alarma, excepción y sitio<sup>81</sup> y las autonomías hubieran tenido que dar respuesta en dicho supuesto.

---

<sup>81</sup> Art. 5 L.O 4/1981: cuando los supuestos a los que se refiere el artículo anterior afecten exclusivamente a todo, o parte del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, el Presidente de la misma, podrá solicitar del Gobierno la declaración de estado de alarma.

Pero volviendo al núcleo de la cuestión, sobre la que gira este apartado, la situación que se estaba viviendo en la primavera de 2020 no tenía previsión alguna, o encaje, en los reglamentos parlamentarios. Lo que se podría calificar, en cierto modo, como una “laguna jurídica” (Carrasco Durán, 2020, p. 30) en la que tenían cabida diferentes formas de proceder. La solución intermedia, la de convocar la Diputación Permanente, generó un arduo debate tanto en el plano práctico, el parlamentario, donde se podrían citar recursos de amparo suscitados a raíz de esta cuestión<sup>82</sup>, así como también en el ámbito académico desde el que se dieron cita varias voces de alarma.

En alusión a esta dicotomía, la Prof. Carmona Contreras realiza una crítica sobre esta práctica, de convocar un órgano en sustitución al parlamento, que provoca una disminución de la capacidad deliberativa y deja sin efecto el derecho a la participación política perteneciente a cada representante individualmente considerado<sup>83</sup>. O también, de forma más específica hacia hechos concretos, se han formulado juicios de opinión por la aprobación de modificaciones legislativas de especial calado por un órgano como la Diputación Permanente (Vázquez Alonso, 2020, p.275)<sup>84</sup>.

Sin embargo, también hay autores que, relativizando un poco, han considerado que la recurrencia a este órgano debe ser analizada teniendo en consideración el contexto que se estaba viviendo y los riesgos existentes. Además, era casi imposible mantener una actividad parlamentaria con normalidad por lo que la convocatoria de la Diputación Permanente

---

<sup>82</sup> Como ejemplo se podría citar la interposición de dos recursos de amparo, en el marco del Parlamento de Andalucía, por parte de los grupos parlamentarios Socialista (Recurso núm. 3018-2020) y Adelante Andalucía (Recurso núm. 2049-2020) frente a varias resoluciones y acuerdos de la Presidencia del Parlamento en relación con la convocatoria de la Diputación Permanente.

<sup>83</sup> Carmona Contreras, A. M. (2020, 8 de abril). Reivindicación del Parlamento, *Diario de Sevilla*. [https://www.diariodesevilla.es/opinion/tribuna/Reivindicacion-Parlamento\\_0\\_1453654761.html](https://www.diariodesevilla.es/opinion/tribuna/Reivindicacion-Parlamento_0_1453654761.html).

<sup>84</sup> El Prof. Vázquez Alonso se refiere a la modificación del Decreto-Ley 2/2020, de 9 de marzo, de mejora y simplificación de la regulación para el fomento de la actividad productiva de Andalucía. Esta reforma conllevaba la afectación de 21 leyes y 6 reglamentos. Según señala el autor, se podría haber incurrido en un vicio de competencia que afectaba a la validez del acto de convalidación.

acabó siendo “una solución excepcional para una situación excepcional” (Carrasco Durán, 2021, p. 146).

Por último, en relación con el desempeño de la Diputación, cabe señalar su actuación en las Comunidades de Galicia y País Vasco que se encontraban inmersas en sendos procesos electorales. En ambos supuestos no se llegó a convocar este órgano, solo fue prorrogado en sus funciones.

En el caso del País Vasco, tres días después de la aprobación del Estado de alarma nacional, se aprobó el Decreto 7/2020, de 17 de marzo, por el que se cancelaba la convocatoria de elecciones prevista para el día 5 de abril de 2020 y se decidió una posposición de estas por no disponer la ciudadanía de las condiciones mínimas para ejercer el derecho de sufragio (Iturbe Mach, 2020, p.94).

Paralelamente, en Galicia, emergió una coyuntura muy similar pues para el mismo día, el 5 de abril, estaba previsto la celebración de elecciones que se vieron truncadas por un aplazamiento electoral. Mediante Decreto, publicado el 18 de marzo de 2020, el Presidente de la Xunta, dejó sin efecto la convocatoria de elecciones a la espera del levantamiento del Estado de Alarma. En consecuencia, y al igual que la cámara Vasca, la actuación de la Diputación fue prorrogada (Sarmiento Méndez, 2020, pp. 105-107).

En definitiva, exceptuando los dos casos señalados de Galicia y el País Vasco que se limitaron a extender el período de ejercicio de este órgano, la recurrencia a la Diputación Permanente fue una especie de ficción jurídica (Fernández de Simón, 2020, p.150), elaborada desde una laguna jurídica, que fue rechazada por algunos parlamentos autonómicos donde se planteó dicha posibilidad, como fue el caso de la Asamblea Regional de Murcia, por ejemplo, y que no ha generado menos polémica entre el sector especialista en la materia.

## 6. CONCLUSIONES

La mayoría de los autores que han tratado este asunto han considerado que la crisis surgida por la Covid-19 era la atmósfera perfecta para que el Parlamento exhibiera, frente a los ciudadanos, su liderazgo dentro del

sistema político español. Sin embargo, lo expuesto en los párrafos anteriores, de un modo abreviado, deja entrever una coyuntura que no destaca, en absoluto, por la unanimidad que un momento delicado como el vivido exigía. De los hechos transcurridos se infiere, a veces, un interés político discursivo que va más allá de la dicotomía jurídica real que se podría plantear o de los problemas generados por la paralización en la tramitación de los asuntos legislativos que se encontraban en curso en marzo de 2020.

Si bien es manifiesto que se produjeron muchas limitaciones que ponen en cuestión la libertad del mandato representativo, no es menos cierto que algunos análisis, como el articulado por la Sentencia 168/2021 destacan por la inflexibilidad en su razonamiento jurídico al no tener en consideración, o no lo suficiente, la gravedad en la que estaba sumido el país en aquel momento. La mayor muestra de ello es que no se llegó a aplicar el test de proporcionalidad por parte del Tribunal cuando, por razones de prudencia quizás hubiera sido lo más apropiado.

Así, de aquella argumentación se podrían destacar dos vértices sobre los cuales pivotó el núcleo duro de la cuestión jurídica planteada: de un lado la privación del derecho a la participación política del representante previsto en el art.23.2 CE y de otro el necesario control al Gobierno que exige el art. 116.2 CE con un Estado de alarma vigente. Ambos supuestos se encontraban, sin duda, en una posición delicada pero no se analizaron en profundidad las circunstancias que lo rodeaban ni tampoco el tiempo en el que estuvieron en posición de vulnerabilidad los derechos o exigencias constitucionales alegados.

De forma similar ocurre con el protagonismo en el marco parlamentario autonómico de la Diputación Permanente que, si bien se trata de un órgano diseñado para la sustitución de las funciones parlamentarias en momentos especiales, su uso fuera de los supuestos establecidos desvirtúa el mecanismo de la representación. Sin embargo, manteniendo las semejanzas con el juicio de opinión emitido con relación a la suspensión de las iniciativas parlamentarias en el Congreso, es imprescindible, analizar el contexto y las diversas variables cuando hay varios derechos fundamentales en juego.

Por otro, un matiz para tener en consideración es la falta de trayectoria en la aplicabilidad de ciertos preceptos constitucionales. En España la situación de Estado de alarma ha sido declarada, afortunadamente, solo en dos ocasiones, la primera en 2010 con una huelga de controladores aéreos que no suscitó problemas de orden constitucional y la segunda en 2020 con una pandemia global. En efecto, ni el contexto, ni la duración exigida, ni las consecuencias o los intereses en juego eran los mismos en la primera década del s. XXI que en la segunda. Por tanto, la ambición en el cumplimiento estricto, e inflexible, de toda legalidad en una situación tan compleja deviene un tanto utópica o, directamente, irrealizable.

Por último, es necesario señalar que los problemas en la forma de proceder en el ámbito del derecho parlamentario han provocado la entrada en el mismo, de forma extraordinariamente rápida, de técnicas como el voto telemático que vaticina cambios en las dinámicas de las cámaras, e incluso situaciones turbias que ya comienzan a florecer. Ciertamente, es un nuevo método que ofrece un panorama de perdurabilidad en lo que respecta a su utilización, que otorga una cierta flexibilidad, pero que también genera reflexiones acerca de su adecuación en un mercado democrático con el papel del representante individualmente considerado cada vez más mermado. Como indica, con mucho acierto, la profesora García-Escudero, en uno de sus recientes artículos, “la ductilidad del derecho parlamentario no es infinita”.

## 7. REFERENCIAS

- Alonso de Antonio, J.A. (1986) La Diputación Permanente en el sistema parlamentario español, *Revista de las Cortes Generales*, 133-187
- Carmona Contreras, A. M. (2020, 8 de abril). Reivindicación de Parlamento, *Diario de Sevilla*
- Carrasco Durán, M. (2020) El Parlamento ante de la pandemia de la Covid-19. El caso del Parlamento de Andalucía, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 8, 28-36
- Carrasco Durán, M. (2021) El Parlamento en los tiempos del coronavirus: el recurso a la Diputación Permanente, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol.202, 122, 119-150.

- Fernández de Simón Bermejo, E. (2020). La actuación de la Asamblea regional de Murcia desde la Declaración del Estado de alarma por la crisis sanitaria provocada por el Covid-19, Cuadernos Manuel Giménez Abad, 8, 147-154.
- García de Enterría Ramos, S.; Navarro Mejía, I. (2020) La actuación de las Cortes Generales durante el Estado de alarma para la gestión de la crisis de la Covid-19, Revista de las Cortes Generales, 108, 245-288.
- García-Escudero Márquez, P. (2020). Actividad y funcionamiento de las Cortes Generales durante el Estado de Alarma por Covid-19, Cuadernos Manuel Giménez Abad, 8, 18-27
- García-Escudero Márquez, P. (2020). La Ductilidad del Derecho Parlamentario en tiempos de crisis: actividad y funcionamiento de los parlamentos durante el Estado de alarma por Covid-19. Teoría y realidad constitucional, 46, 271-308.
- Iturbe Mach, A. (2020) El Parlamento Vasco en tiempos virulentos. Una crónica desapasionada y un colofón, Cuadernos Manuel Giménez Abad, 8, 94-103.
- Ridao Martín, J. (2020) Virtualizando el Parlamento (hasta donde se puede). El régimen de contingencia del Parlamento de Cataluña durante la crisis de la Covid-19 y las reformas tecnológicas y reglamentarias operadas para regular la actividad no presencial en el futuro, Cuadernos Manuel Giménez Abad, 8, 76-93 (2011).
- Rubio Núñez, R. (2020) La tecnología en el parlamento durante la crisis del Covid-19. Cuadernos Manuel Giménez Abad, 8, 226-236.
- Sarmiento Méndez, X. (2020) La reacción del Parlamento de Galicia ante la crisis sanitaria. ¿Puede la Diputación Permanente ejercer “otras funciones” en una cámara disuelta?, Cuadernos Manuel Giménez Abad, 8, 104-114.
- Tudela Aranda, J. (2020) Parlamento y crisis sanitaria – reflexiones preliminares. Cuadernos Manuel Giménez Abad, 8, 2020, 6-17
- Vázquez Alonso, V. (2020) Sobre la controvertida convocatoria de la Diputación Permanente del Parlamento Andaluz durante el Estado de alarma, Revista andaluza de administración pública, 107, 271-276

COMPLEJIDAD JURISPRUDENCIAL  
DEL CONCEPTO JURÍDICO “PELIGRO INMINENTE  
DE MUERTE” O *IN ARTICULO MORTIS*  
ANTE UN TESTAMENTO

---

ELISA MUÑOZ CATALÁN  
*Universidad Internacional de La Rioja*

## 1. INTRODUCCIÓN

Con la realización del presente trabajo de investigación pretendemos aportar un examen jurisprudencial sobre el concepto jurídico de “peligro inminente de muerte” o *in articulo mortis* ante el otorgamiento de un testamento, partiendo de la importante Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 451/2005, 10 de junio de 2005, Sala Primera de lo Civil; no obstante, no se trata de un testamento nuevo sino que tiene su origen en otras figuras similares surgidas desde Roma, como por ejemplo, el llamado *testamentum in procinctu* para los soldados romanos o el *testamentum rure conditium* hecho en el campo.

En todo caso y, como avanzábamos (Muñoz, 2022, pp. 158-161), dicho testamento sin intervención notarial podría haber tenido virtualidad práctica en plena emergencia sanitaria *-a causa del coronavirus-* si se hubiesen cumplido todos y cada uno de los requisitos y formalidades que nos marca el Código Civil español (CC<sup>85</sup>); no obstante, se trata de presupuestos muy exigentes que lo han hecho prácticamente inviable por los problemas que su otorgamiento luego genera a los llamados a la herencia (Calaza, 2020).

---

<sup>85</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (BOE-A-1889-4763) [En línea]: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

En cuanto a su marco jurídico, debemos acudir a lo dispuesto en los artículos 700, 702 y 703 CC, los cuales, nos indican que si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgar testamento cumpliendo los siguientes requisitos: a) Que tenga lugar ante cinco testigos idóneos; b) sin necesidad de notario; c) y, como ocurre en el caso del testamento en tiempo de epidemia, se prefiere que el mismo sea otorgado por escrito, matizándose que si los testigos no supieran escribir igualmente sería válido de manera verbal; d) también se precisa que el mencionado testamento quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte y, en todo caso y aplicando el artículo 704 CC, será ineficaz si no se eleva a escritura pública y se protocoliza en la forma prevenida en la legislación notarial (Lasarte, 2019, a. y b.).

Pues bien, como veremos en nuestro análisis jurisprudencial, el TS ha venido advirtiendo que solo se podrá acudir a este tipo de testamento en aquellos supuestos en que el estado del testador es de tal gravedad que se pierde toda esperanza de salvación y no haya lugar a que pueda acudir al Notario.

## 2. OBJETIVOS

### 2.1. OBJETIVOS PRINCIPALES

- Analizar la importante Sentencia del Tribunal Supremo 451/2005, 10 de junio de 2005, Sala Primera de lo Civil, en lo que se refiere al alcance jurídico de la expresión “peligro inminente de muerte” en el otorgamiento de un testamento.
- Reparar en sus Fundamentos jurídicos y en los casos en los que realmente existe ese peligro inminente y se teme por la vida del testador.

## 2.2. OBJETIVOS SECUNDARIOS

- Examinar cuál es la naturaleza jurídica del testamento otorgado en inminente peligro de muerte, sus requisitos esenciales y caracteres, a la luz de la interpretación dada por el TS en los últimos años.
- Conocer sus antecedentes histórico-jurídicos más similares en Roma, tales como el llamado testamento *testamentum in provincitu* para los soldados romanos o el *testamentum rure conditium* hecho en el campo.

## 3. METODOLOGÍA

En cuanto a la metodología que hemos hecho uso, cabe mencionar que hemos empleado una metodología descriptiva que parte de lo dispuesto en los artículos 700,702 y 703 y siguientes del CC sobre el testamento en peligro inminente de muerte y sus requisitos esenciales. Asimismo, hemos tomado como referencia la doctrina jurisprudencial existente en esta materia, sobre la base de la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo 451/2005, 10 de junio de 2005, Sala Primera de lo Civil, y citando otras posteriores que la han tenido en cuenta como la más reciente Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Madrid 104/2021, 20 de abril de 2021 o la SAP Cáceres 300/2015, 19 de octubre de 2015.

## 4. ANÁLISIS JURÍDICO Y COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 451/2005, 10 DE JUNIO DE 2005

### PARTE DESCRIPTIVA:

#### 4.1. HECHOS EN QUE CONSISTE EL CASO

La STS 451/2005 parte de los siguientes HECHOS probados que figuran en sus antecedentes y en la sentencia de manera amplia y, de los cuales, extraemos de manera más resumida y textual los que entendemos más importantes para comprender el Fallo pronunciado, tomando un criterio cronológico y secuenciado que ordena mejor lo acontecido en dicho caso:

- 1º En el mes de febrero de 1989, don Juan Pablo ingresó en la "Residencia del Pinar del Rey, S.A." (Madrid).
- 2º Don Juan Pablo había otorgado testamento abierto el 10 de junio de 1964, donde nombraba heredera a su hermana doña María Milagros y, en defecto de la misma, a sus hermanos don Jesús Luis y don Pedro Jesús.
- 3º Doña María Milagros premurió al testador en estado de soltera con testamento otorgado a favor de don Juan Pablo, y los otros dos hermanos, don Jesús Luis y don Pedro Jesús, fallecieron el 20 de septiembre de 1990 y 13 de octubre de 1992, respectivamente.
- 4º Don Juan Pablo dispuso nuevo testamento en peligro inminente de muerte el 11 de septiembre de 1992, después de sufrir un infarto de miocardio agudo y una hemorragia digestiva alta, el cual fue otorgado ante cinco testigos y firmado por todos ellos; y en el que, además, aparece una huella dactilar que se dice corresponde al testador, en cuyo documento se hace constar que es soltero e: "*Instituye única y universal heredera de todos sus bienes, a pleno dominio a doña Bárbara*", que resultaba ser la administradora, junto con su esposo don Luis Alberto, de la residencia donde el Sr. Juan Pablo se alojaba, constituida en Sociedad Anónima de la que forman parte los dos hijos de este matrimonio.
- 5º Don Juan Pablo falleció el 17 de septiembre de 1992 sin reponerse de los padecimientos antes reseñados, y doña Bárbara solicitó la adveración del testamento otorgado en peligro de muerte, mediante escrito presentado en el Juzgado el 17 de diciembre de 1992, es decir, dentro de tres meses a partir del fallecimiento del testador, y fue protocolizado el 3 de mayo de 1993.

- 6º Don Pablo, doña María Milagros, doña Victoria, don Rodrigo, don Lucas, doña Rita y don Silvio demandaron por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a don Luis Alberto y doña Bárbara, e interesaron las peticiones que se detallan en el antecedente de hecho primero de esta sentencia.
- 7º El Juzgado acogió en parte la demanda y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia, que rechazó las peticiones del escrito inicial.
- 8º Don Lucas, don Pablo, don Rodrigo, don Silvio, doña Rita, doña Victoria y doña María Milagros interpusieron recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia.

Con fines didácticos, para reparar mejor en las fechas y datos esenciales de la sentencia que estamos examinando sobre testamento ante peligro inminente de muerte y, dado el número de intervinientes y sucesos en este caso, hemos elaborado la presente tabla que aportamos seguidamente sobre los hechos que nosotros consideramos más importantes o presupuestos fácticos relativos a la relación entre ellos; pues entendemos que sirven de base para resolver el caso planteado y nos muestran su cronología en el tiempo que duró el proceso:

**TABLA 1.** Presupuestos fácticos esenciales en el supuesto planteado sobre testamento ante peligro inminente de muerte

<b>PRESUPUESTOS FÁCTICOS DEL CASO (STS 451/2005)</b>	
Don Juan Pablo	En el año 1989 ingresó en la "Residencia del Pinar del Rey, S.A." (Madrid). Había otorgado testamento abierto el 10 de junio de 1964, donde nombraba heredera a su hermana doña María Milagros y, en defecto de la misma, a sus hermanos don Jesús Luis y don Pedro Jesús.
Doña María Milagros	Premurió al testador en estado de soltera con testamento otorgado a favor de don Juan Pablo, y los otros dos hermanos, don Jesús Luis y don Pedro Jesús, fallecieron el 20 de septiembre de 1990 y 13 de octubre de 1992, respectivamente.
Don Juan Pablo	Dispuso nuevo testamento en peligro inminente de muerte el 11 de septiembre de 1992, después de sufrir un infarto de miocardio agudo y una hemorragia digestiva alta. Fue otorgado ante cinco testigos y firmado por todos ellos; y en el que, además, aparece una huella dactilar que se dice corresponde al testador. En cuyo documento se hace constar que es soltero e: "Instituye única y universal heredera de todos sus bienes, a pleno dominio a doña Bárbara", que resultaba ser la administradora, junto con su esposo don Luis Alberto, de la residencia donde el Sr. Juan Pablo se alojaba, constituida en Sociedad Anónima de la que forman parte los dos hijos de este matrimonio.
Doña Bárbara	Solicitó la adverbación del testamento otorgado en peligro de muerte, mediante escrito presentado en el Juzgado el 17 de diciembre de 1992, y fue protocolizado el 3 de mayo de 1993. Todo ello porque Don Juan Pablo falleció el 17 de septiembre de 1992 sin reponerse de los padecimientos antes reseñados.
Don Pablo, doña María Milagros, doña Victoria, don Rodrigo, don Lucas, doña Rita y don Silvio	Demandaron por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a don Luis Alberto y doña Bárbara, e interesaron las peticiones que se detallan en el antecedente de hecho primero de esta sentencia. El Juzgado acogió en parte la demanda y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia, que rechazó las peticiones del escrito inicial. Interpusieron recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia.

Fuente: elaboración propia

## 4.2. PRETENSIONES DE LAS PARTES

De lo expuesto hasta ahora, siguiendo dicho itinerario procesal y los datos destacados previamente, podemos determinar cuáles son las PRETENSIONES de las partes, que resumimos seguidamente en aras a no reiterarnos con otros apartados de nuestro estudio (y partiendo de lo dispuesto en sus Fundamentos Jurídicos 1º-6º, FJ).

Y que finalmente y, como el propio TS dispone expresamente en el cuerpo de la sentencia, la ESTIMACIÓN de los motivos primero y cuarto del recurso determina la casación de la sentencia recurrida; y asumidas por esta Sala las funciones de la instancia, procede estimar en parte la demanda formulada por don Pablo y otros contra don Luis Alberto y doña Bárbara, con base en los razonamientos contenidos en los fundamentos de derecho segundo y quinto de dicha resolución, y, al respecto, ratifica íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 26 de Madrid en fecha de cinco de septiembre de 1995.

Bajo este contexto y, como avanzábamos previamente, don Lucas, don Pablo, don Rodrigo, don Silvio, doña Rita, doña Victoria y doña María Milagros interpusieron recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia, en base a los siguientes MOTIVOS:

1º El motivo primero del recurso -al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación indebida del artículo 700 del Código Civil, en relación con la infracción de los artículos 687 y 695 de este ordenamiento y de la transgresión de los artículos 7.2 del Código Civil, 1.1 y 9.3 de la Constitución por el concepto de vulneración por inaplicación-, por cuanto que, según acusa (FJ 2º):

- La sentencia impugnada afirma que el testamento otorgado en 11 de septiembre de 1992 reúne todos los requisitos legales exigidos por el artículo 700 del Código Civil, es decir, peligro inminente de muerte por incidencia de enfermedad grave, edad avanzada del testador y concurrencia de cinco testigos idóneos, pues la particularidad de que éstos fueran empleados de la residencia cuya administración recaía en la declarada heredera, no invalida tal idoneidad al no concurrir otras circunstancias.

- Que no existe precepto legal que obligue a acudir a la presencia de Notario dentro de los seis días que mediaron entre el otorgamiento del testamento y el fallecimiento del testador; e, igualmente, otorga eficacia al documento privado de compraventa del piso de don Juan Pablo, así como a las transacciones efectuadas en las cuentas corrientes, que quedaron legalizadas desde el momento en que el testamento otorgado en peligro inminente de muerte se hizo a favor de doña Bárbara, esposa de don Luis Alberto.
- Sin embargo, la intervención tanto en la redacción, como para salvar la ausencia de la firma del testador, de uno de los testigos, que no se limitó a presenciar el acto, sino que ha coadyuvado a su conformación, supone una vulneración grave de la esencia misma de la institución, pues se trata de un acto personalísimo, y evidencia la ausencia intencionada del Notario, con infracción de normas de obligado cumplimiento, en virtud a que, para que firme un testigo a ruego del testador, es preciso que éste manifieste no poder o no saber hacerlo y que ruegue a aquél que lo haga en su nombre, formalidades externas que es preciso que consten bajo fe de notario. Se ESTIMA por las razones que se dicen seguidamente.
- La sentencia recurrida contiene el siguiente razonamiento:

"Empecemos por afirmar que el testamento otorgado el 11 de septiembre de 1992 reúne todos los requisitos legales que exige el artículo 700 del Código Civil, esto es, inminente peligro de muerte por la concurrencia de un infarto de miocardio agudo y una hemorragia digestiva alta en una persona, el testador, de 88 años de edad, y la concurrencia de 5 testigos idóneos, pues la circunstancia de que éstos fueran empleados de la Residencia cuya administración recaía en la declarada heredera, no invalida tal idoneidad al no concurrir otras circunstancias, o al menos no constar, que coadyuven a conclusión contraria, e incluso se escribió el testamento y se firmó por los testigos agotando así la recomendación que hace el artículo 702 del Código Civil con la existencia de la huella dactilar del testador cuya falsedad, insinuada por la parte actora, no se ha probado cuando hubiera sido de fácil comprobación a través del correspondiente estudio dactiloscópico y por lo demás ha quedado probado que el testador se encontraba consciente y con decidida voluntad de testar en la forma en que lo hizo según se recoge en sentencia de la jurisdicción

penal dictada por el Juzgado de lo Penal número 17 confirmada por la Sección 7 de la Audiencia Provincial que dictó sentencia absolutoria en denuncia por presunto delito de estafa contra los hoy demandados al haberse otorgado documento de compraventa por el testador, antes de otorgar testamento, en favor de doña Bárbara del piso de la DIRECCION000, NUM000, NUM001, ° NUM002".

2º El motivo segundo del recurso -al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por inaplicación de los artículos 7.2 y 6.4 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial concordante-, puesto que, según denuncia (FJ 3º):

- La sentencia de instancia no ha valorado que los demandados realizaron prácticas de confusiónismo, consistentes en tratar de aparecer, ocasionalmente, en sus relaciones jurídicas, como tales individuos, para, en otros casos, intentar hacer uso de la vestidura constituida por la "Residencia Renta Jubilados, S.A", que ellos mismos controlaban.
- Por lo que su conducta es determinante de daño y perjuicio, sin que quepa aceptar la independencia entre los litigantes pasivos y la mercantil indicada, de modo que procedía levantar el velo de esta sociedad para poner coto a los fraudes y abusos que por medio del "manto protector" de la misma, se pudieran cometer, con referencia a la compra del piso de la DIRECCION000 número NUM000, NUM001, de don Juan Pablo por dicha sociedad mediante documento privado de 2 de septiembre de 1992, anterior al testamento de autos, cuando don Luis Alberto y su esposa son administradores solidarios de aquella entidad, amén de empleadores de todas las personas que actuaron como testigos en el contrato privado y en el testamento de 11 de septiembre de 1992, y beneficiarios de todos los bienes del difunto.
- Se DESESTIMA porque tal inmueble ha sido adquirido en compraventa por un tercero que no es parte en este juicio, antes y con independencia del testamento otorgado en peligro inminente de muerte por don Juan Pablo, sin que se haya ejercitado acción alguna con mención a este contrato, por lo que quedan

a salvo las que correspondan a la parte actora para impugnar la mentada transmisión.

3º El motivo tercero del recurso -al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por inaplicación indebida del artículo 673 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial concordante-, puesto que, según reprocha (FJ 4º):

“La sentencia de la Audiencia no ha considerado que el testamento otorgado en inminente peligro de muerte por don Juan Pablo el 11 de septiembre de 1992 es nulo por haber sido otorgado dolosamente, sin que el dolo referido en el precepto citado sea aquel en el que el testador aparezca como sujeto activo del mismo, sino el que sufrió como sujeto pasivo de la maniobra de un tercero, que cabe demostrar por cualquier medio probatorio, incluso por presunciones, debido a que los demandados regentan la residencia donde habitaba el causante y, a la vez, son empresarios y empleadores de todos los testigos del testamento, situaciones encadenadas y hechos que envuelven la maquinación intencionadamente dirigida a mover en su beneficio la voluntad del causante, y al singular momento de la declaración debe atenderse para emitir juicio de la captación dolosa”.

- Se DESESTIMA porque, sin perjuicio de lo explicado en el fundamento de derecho segundo de esta sentencia para determinar la nulidad del testamento que nos ocupa, el planteamiento aquí expuesto por la parte recurrente no ha quedado acreditado en autos.

4º El motivo cuarto del recurso -al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de la doctrina jurisprudencial respecto a la apertura y posterior apropiación, a partir del 14 de septiembre de 1992, de las cuentas de don Juan Pablo por don Luis Alberto, con cita de la STS de 19 de diciembre de 1995, según la cual la atribución de la propiedad del saldo se relega a la prueba de las relaciones internas entre los titulares bancarios y no a la mera cotitularidad- se ESTIMA por coherencia con la aceptación del motivo primero, que determina el reintegro a la masa hereditaria del causante de los bienes de que se haya apropiado el referido codemandado (FJ 5º).

## PARTE CRÍTICA:

### 4.3. CONTEXTO JURÍDICO DEL CASO, PROBLEMA PRINCIPAL Y RELEVANCIA DE LA SENTENCIA

En primer lugar, vamos a situar el caso en su CONTEXTO JURÍDICO.

- Para ello, del examen y estudio de la valoración del tribunal que contiene el propio texto de la sentencia, se deriva expresamente que el presente caso plantea, como cuestión de fondo, la importancia de conocer cuál es la regulación jurídica del testamento en peligro inminente de muerte.

En este punto, como adelantábamos al inicio, resulta esencial reseñar lo dispuesto en los artículos 700, 702 y 703 del CC, que precisan que si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgar testamento cumpliendo los siguientes presupuestos esenciales: a) Que tenga lugar ante cinco testigos idóneos; b) sin necesidad de notario; c) se prefiere que el mismo sea otorgado por escrito, matizándose que si los testigos no supieran escribir igualmente sería válido de manera verbal; d) quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte y, en todo caso y aplicando el artículo 704 CC, será ineficaz si no se eleva a escritura pública y se protocoliza en la forma prevenida en la legislación notarial.

Seguidamente, incidimos en el debate planteado y el PROBLEMA JURÍDICO principal y RELEVANCIA. Así, reparando en las siguientes valoraciones del tribunal se observa literalmente que en sus Fundamentos Jurídicos (especialmente, en el FJ 2º) se indica que la doctrina jurisprudencial ha declarado reiteradamente que el testamento que nos ocupa se refiere única y exclusivamente a aquellos supuestos en que el estado del testador es de tal gravedad que se pierde toda esperanza de salvación y no haya lugar a que pueda acudir al Notario.

Además, se precisa expresamente que, en el caso debatido, no hay duda del peligro inminente de muerte, pues el testador, de 88 años de edad, estaba afectado el día 11 de septiembre de 1992, fecha en que utilizó esta forma de testar, por un infarto de miocardio agudo y una hemorragia digestiva alta, que provocaron su fallecimiento seis días después.

Por ello, el TS concluye admitiendo que (FJ 2º): “La sentencia de instancia no hace mención a la imposibilidad de la asistencia de un Notario y, aunque tal particularidad no aparece en la redacción del citado artículo 700, no cabe interpretar este precepto en el sentido de que constituya un medio para excluir voluntariamente a este fedatario público cuando exista la factibilidad de su participación en el acto testamentario”.

Todo ello, igualmente, ha sido posteriormente usado como argumento en posteriores sentencias, como por ejemplo, la más reciente Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Madrid 104/2021, 20 de abril de 2021 y la SAP Cáceres 300/2015, 19 de octubre de 2015.

#### 4.4. DECISIÓN O FALLO DEL TRIBUNAL: ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

En último lugar, sobre el FALLO de la referida sentencia y no constando en este supuesto Votos Particulares, cabe decir que el Tribunal Supremo decidió:

- De un lado, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Lucas, don Pablo, don Rodrigo, don Silvio, doña Rita, doña Victoria y doña María Milagros contra la sentencia dictada por la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid en fecha de once de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, cuya resolución anula.
- De otro, ratifica íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 26 de Madrid en fecha de cinco de septiembre de mil novecientos noventa y cinco.

Lo que nos lleva, finalmente, a resumir cuál es el razonamiento seguido por el Tribunal en aras a la resolución del problema jurídico que plantea este caso, y que nosotros compartimos por entender que es una solución justa, atendiendo a los hechos descritos y a los fundamentos jurídicos antes reseñados. Y es que, como figura textualmente en la referida sentencia, el Tribunal considera los siguientes argumentos (FJ2º):

- a. Esta Sala tiene declarado en numerosas sentencias que, aunque es esencial el estado de peligro de muerte, sin el cual no ha de entenderse válido este testamento, el testador no puede prescindir discrecionalmente de la intervención del Notario, cuando nada obste para que este funcionario autorice el testamento.
- b. Ahora bien, es suficiente la prueba de que no pudo encontrarse al Notario o era difícil obtener su concurrencia (entre otras, SSTs de 19 de diciembre de 1959, y 3 de noviembre de 1962), cuestiones de hecho que quedan a la apreciación de la Sala de instancia (STS de 8 de febrero de 1962 y 2 de julio de 1977).
- c. Por ello, hacía falta la justificación de que no se ha prescindido del Notario de una manera voluntaria; y, en este caso, no existe dato demostrativo alguno en las actuaciones respecto a que, de alguna manera, se haya procurado tal intervención; lo que, al residir el testador en Madrid, no ofrecía dificultades, en atención al número de funcionarios de esta clase con destino en la Capital, y sin que obstaculice a ello la circunstancia de que el día 11 de septiembre de 1992 fuera viernes, habida cuenta del servicio de guardia establecido en el Colegio Notarial durante los viernes, sábados y domingos para situaciones de urgencia como la del supuesto del debate.

## 5. RESULTADOS Y CONCLUSIONES

A modo de conclusión final, nos gustaría acabar el presente análisis jurisprudencial resaltando la importancia de la sentencia examinada sobre la naturaleza jurídica del testamento otorgado en inminente peligro de muerte o *in articulo mortis*, sus requisitos esenciales y presupuestos, a la luz de la interpretación dada por el TS en los últimos tiempos, aportando los siguientes resultados y conclusiones a las que hemos llegado tras el examen de la misma:

1. Entendemos que, mediante el estudio detallado de la importante Sentencia del Tribunal Supremo 451/2005, 10 de junio de 2005, Sala Primera de lo Civil, se comprende mejor el

alcance jurídico de la expresión “peligro inminente de muerte” en materia de testamentos; recordando que esta institución se reguló desde el propio Derecho Romano con testamentos muy similares como el *testamentum in procinctu* para los soldados o el *testamentum rure conditium* hecho en el campo.

2. A tal efecto, hemos tomado como punto de referencia la regulación jurídica del testamento en peligro inminente de muerte y, muy especialmente lo previsto en los artículos 700, 702 y 703 CC, para examinar todos los requisitos esenciales y formalidades que el mismo precisa. Y, como nos advierte literalmente Rosales (2016) “peligro de muerte” es toda aquella situación en la que se encuentra una persona en la que hay un riesgo real y objetivo de peligro para la vida. Y dicho riesgo puede ser:
  - a. Por causas externas al causante: Como la existencia de catástrofes naturales o de accidentes, si bien en dichos supuestos será complejo encontrar los cinco testigos exigidos por el CC.
  - b. Por causas propias del testador: Existen enfermedades que pueden empeorar la salud del causante y se puede predecir la muerte inminente del otorgante. En ese caso, sí será posible encontrar testigos (sus familiares, amigos que le acompañen, o incluso personal del hospital).

III. A su vez, cabe destacar cómo la doctrina jurisprudencial y la referida STS 451/2005, han declarado reiteradamente que este tipo de testamento se refiere única y exclusivamente a aquellos supuestos en que el estado del testador es de tal gravedad que se pierde toda esperanza de salvación y no haya lugar a que pueda acudir al Notario. Llamando la atención que el detectar si existe o no “peligro inminente de muerte” puede llevarse a cabo por los propios testigos y sin que sea preceptivo dictamen médico. Y, para esta calificación, se admite que deberá tenerse en cuenta el lugar de otorgamiento, el conocimiento que ya tuvieron los testigos de ese estado por referencias, si las hubiere, y la evidencia.

IV. De manera que, aunque es esencial el estado de peligro de muerte *-sin el cual no ha de entenderse válido este testamento-*, el testador no puede prescindir discrecionalmente de la intervención del Notario, cuando nada obste para que este funcionario autorice el testamento.

V. Pero es suficiente la prueba de que no pudo encontrarse al Notario o era difícil obtener su concurrencia (entre otras, SSTS de 19 de diciembre de 1959, y 3 de noviembre de 1962), cuestiones de hecho que quedan a la apreciación de la Sala de instancia (STS de 8 de febrero de 1962 y 2 de julio de 1977). En definitiva, resultará obligada la justificación de que no se ha prescindido del Notario de una manera voluntaria.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

### 6.1. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y/O RECURSOS ELECTRÓNICOS CONSULTADOS (RECUPERADOS: OCTUBRE, 2023)

Calaza López, A. (2020). Los testamentos sin intervención notarial y su eficacia en la «nueva normalidad». *Diario La Ley. Wolters kluwer, (9645)*, pp. 1-6.

Lasarte Álvarez, C. (2019 a.). *Principios de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*. Editorial Marcial Pons, Tomo VII, 14ª edición, Madrid-Barcelona.

Lasarte Álvarez, C. (2019 b.). *Compendio de Derecho de Familia*. Editorial Dykinson, S.L., 9ª edición, Madrid.

Muñoz, E. (2022). “Importancia de la *voluntas testatoris* del causante-testador enfermo de covid-19 y posibles testamentos sin intervención notarial en caso de pandemia”, *Obra Colectiva: Torres, C.; Jerez, W.; De La Serna, J.M.; García, M. (Coords.). Avances y prospectiva en la protección jurídico-social de las personas en situaciones de vulnerabilidad*. Editorial Dykinson, pp. 158-161.

Rosales, F. (2016). Protocolizar un testamento en peligro de muerte. *Rosales de Salamanca*.

## 6.2. FUENTES LEGISLATIVAS (RECUPERADOS: OCTUBRE, 2023)

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (BOE-A-1889-4763) [En línea]:  
<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 08/01/2000)  
[En línea]: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

## 6.3. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Tribunal Supremo. Sala Primera De Lo Civil:

- Sentencia del Tribunal Supremo 451/2005, 10 de junio de 2005, Sala Primera de lo Civil.
- Resto de STS referenciadas en la citada sentencia del TS.

Audiencias Provinciales:

- SAP de Madrid 104/2021, 20 de abril de 2021.
- SAP de Cáceres 300/2015, 19 de octubre de 2015.

SECCIÓN II

LA NECESARIA ATENCIÓN A LA SOSTENIBILIDAD  
DE LOS RECURSOS NATURALES

---

## EFICIENCIA EN EL CONSUMO DE ENERGÍA PRIMARIA EN LA UNION EUROPEA (1990-2020)

---

FRANCISCO PUÉRTOLAS MONTAÑÉS  
*EAE Business School*

### 1. INTRODUCCIÓN

El SDG 7 es uno de los objetivos de la UE en materia de SDG (“Sustainable Development Goals”), el cual se orienta a lograr que el consumo energético se base en una energía asequible y limpia.

El objetivo de la UE se ha definido en términos de mejorar la eficiencia energética un 20% en 2020 y al menos un 32,5% en 2030.

Cuando se analiza el consumo de energía, tenemos ante nosotros dos magnitudes: primaria y final<sup>86</sup>.

En este estudio, por una parte, abordamos la primaria, y por otra parte, se pretende verificar en qué medida se está consiguiendo el objetivo de la UE, así como, identificar cuáles han sido las variables que explicarían esta mayor eficiencia.

Un panel de datos junto con el análisis de conglomerados (“clusters”) serán las herramientas que nos permitan realizar este trabajo.

### 2. METODOLOGÍA

El análisis de conglomerados ha identificado tres grupos (2 de ellos son los que más países recogen), que responden al crecimiento desde el año 1990 hasta 2004, y desde 2005 hasta 2020.

---

<sup>86</sup> La energía de uso final es la energía directamente consumida por el usuario, a diferencia de la energía primaria, que es la que se obtiene directamente de los recursos naturales. Fuente: <https://energyeducation.ca/encyclopedia/>

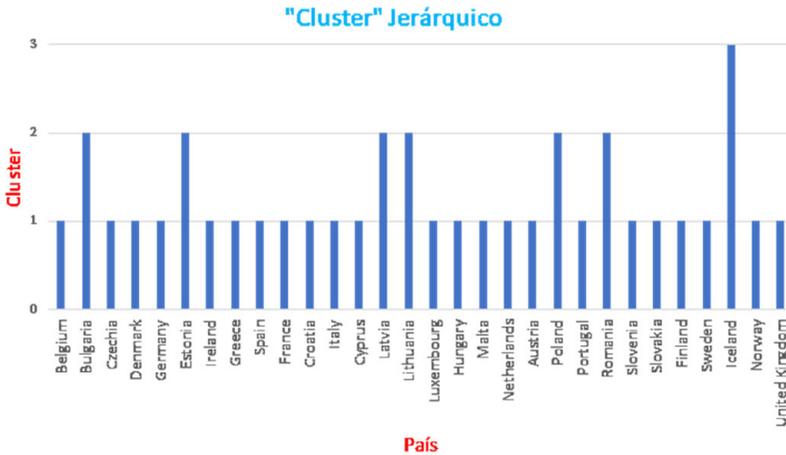
Variables como el crecimiento del PIB, el porcentaje de uso de energía renovable, el avance de la ciencia (medido por el índice de eficiencia energética) y la participación de la industria en la economía explican la evolución decreciente en el consumo de energía primaria.

Adicionalmente, se ha controlado el efecto de las directivas que sobre esta área se han implantado desde 2009.

### 3. RESULTADOS

Tal como se aprecia en el Gráfico 1, el análisis de conglomerados (“cluster”) revela tres grupos, que realmente se reducen a dos, debido a que el “cluster” tres está compuesto únicamente por un país (Irlanda).

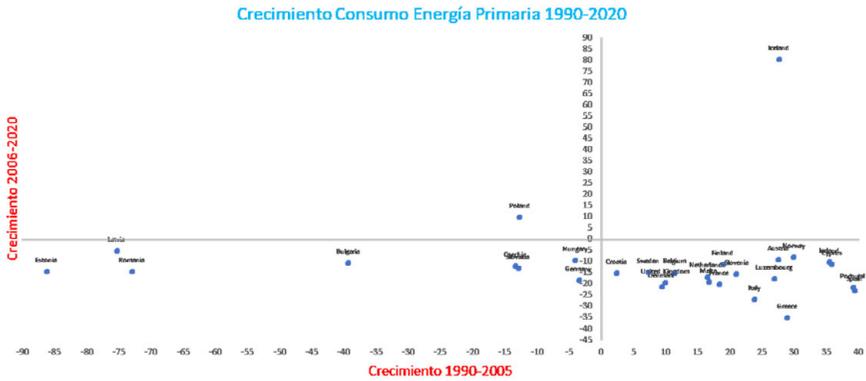
**GRÁFICO 1.** Análisis de Conglomerados (“Cluster”) jerárquico



Fuente: Elaboración propia en base a datos de Eurostat

Estos grupos están determinados por el consumo registrado en dos periodos: desde 1990 a 2004 (ambos inclusive), y desde 2005 a 2020 (también, ambos inclusive). El Gráfico 2 muestra la ubicación de cada estado miembro en relación a la evolución del consumo en estos 2 periodos.

**GRÁFICO 2.** Análisis de Conglomerados (“Cluster”) en base al consumo de energía primaria en el periodo 1990-2004 versus 2005-2020.



Fuente: Elaboración propia en base a datos de Eurostat

Se comprueba que el cuadrante más poblado es el inferior izquierdo (crecimiento de consumo de energía primaria en el intervalo '90-'04 frente a una reducción del mismo en el periodo '05-'20. Resulta interesante el cuadrante inferior izquierdo porque indica que un grupo de países además de decrecer en su consumo de energía primaria en el segundo periodo también lo consiguió durante el primero. A pesar de que este cuadrante puede parecer “virtuoso” (por la reducción en ambos intervalos temporales), se aprecia que está formado por países excomunistas<sup>87</sup> en los que la gestión de los recursos empresariales (materias, personas y capital) resultaba ineficiente, lo cual conjuntamente con el cambio de modelo productivo en los '90 condujo a ahorros importantes en esa misma década.

Con la finalidad de descubrir las variables que han incidido en la reducción del consumo de energía primaria se ha configurado un panel no balanceado. En la Tabla 1 se muestran las variables independientes (5), así como su definición y fuente.

<sup>87</sup> Alemania también aparece en este grupo, sin embargo, su reducción en el consumo del primer periodo ha sido mínima (prácticamente nula), a lo que habría que sumar que seguramente la incorporación de la antigua República Democrática de Alemania (R.D.A.) ha facilitado que en los años '90 se redujera el consumo de energía primaria en dicho país, como consecuencia de partir de un nivel de ineficiencia muy elevado como ocurría en el bloque comunista.

**TABLA 1.** Variables dependiente e independientes escogidas para el panel de estados miembros y periodo 1990-2020

Tipo Variable	Nombre	Unidad	Fuente
Dependiente	Consumo de Energía Primaria	Incremento	Eurostat
Independiente	Producto Interior Bruto	Incremento	Eurostat
Independiente	Uso Energía Renovables	Incremento	Eurostat
Independiente	Ineficiencia Energética: (100 - % Ahorro Técnico)	Incremento (Reducción ⇨ ↑ Eficiencia)	ODYSSEE - ODEX
Independiente	Importancia Industria (% Industrias/ PIB)	Incremento	World Data Bank
Independiente	Efecto Directivas Europeas	Tendencia desde 2010 (1, 2, ...)	Propia

Fuente: elaboración propia

El modelo proporciona unos coeficientes con el signo económico adecuado, y explicarían en torno al 22% de la gran variación derivada del número elevado de países y años analizados.

En la Tabla 2 se muestra los resultados de las variables, junto con sus valores de significatividad estadística (p-valor).

**TABLA 2.** Resultados de los diferentes modelos de panel

Variable	Coeficientes			p-valor		
	Efectos Fijos	Efectos Aleatorios	Efectos Agrupado	Efectos Fijos	Efectos Aleatorios	Efectos Agrupado
	Tº Indpte.		0,190	0,242		0,600
PIB	0,547	0,508	0,501	0,000	0,000	0,000
Energía Renovable	-0,071	-0,075	-0,076	0,000	0,000	0,000
Ineficiencia Energética	0,158	0,239	0,254	0,248	0,073	0,057
Industria	0,023	0,028	0,029	0,448	0,348	0,334
Tendencia desde 2010	-0,212	-0,236	-0,241	0,000	0,000	0,000
R <sup>2</sup> Ajustado	0,210	0,231	0,230			

Fuente: elaboración propia

Para escoger el tipo de modelo, en primer lugar se decide si es mejor un modelo agrupado (“pooled regression”), para lo cual se efectúa un F-test que en el caso de rechazar la hipótesis nula, se trabajaría con un panel de efectos fijos. Por otra parte, el test de Hausman, en el caso que no se rechace la hipótesis nula, apoya el uso de un modelo de efectos aleatorios mientras que si no es así, el panel de efectos fijos sería la opción.

De todos modos, en los llamados paneles “macro” (disponemos de todo el “universo” de individuos), se utiliza preferentemente el de Efectos Fijos.

A la vista de los coeficientes, podemos concluir que el Consumo de Energía Primaria se elevará “ceteris paribus” ante un crecimiento del 1% de cada una de las variables independientes del siguiente modo:

- PIB: + 0,547%, esto es, menos que proporcionalmente. Efecto significativo.
- Energía Renovable: -0,071%. Si se eleva el uso de la energía renovable en un 1%, el Consumo de Energía Primaria, se reduce en un 0,071%. Efecto significativo.
- Ineficiencia Energética: +0,158%. Dado que va descendiendo (los ahorros “técnicos” son superiores), una reducción de dicha Ineficiencia en 1%, reducirá el Consumo Primario en un 0,158%. Sólo es significativa al 25%.
- Industria: +0,023%. Una menor ponderación de este sector reduce el consumo energético. A pesar de que el signo sea lógico, no es significativo, lo cual puede ocurrir porque en sentido contrario, otros sectores, como el Transporte, compense los efectos de la Industria.
- Tendencia desde 2010: -0,212%. Estaría motivada por la política de la UE (en 2009 se publicó la 1ª Directiva en esta área), además de estar recogiendo efectos positivos no captados por los coeficientes de las variables explicativas). Efecto significativo.

A pesar de que parezca que el efecto de introducir energías renovables es reducido, debemos de considerar lo siguiente:

- Estudiamos la Energía Primaria, esto es, la necesaria (“input”) para atender la Demanda de Energía Final (“output”). En el caso de la de origen fósil, sólo se aprovecha para consumo final un 35%-40% de la misma, debido a que el resto se disipa como calor (la causa principal del efecto calentamiento).

- Debido a que la brecha entre Energía Primaria y Final se va estrechando, a medida que se incorpora más energía renovable, el total de Energía Primaria se va reduciendo, lo cual facilita que en términos porcentuales, este decremento sea mayor. Se aprecia mejor con el ejemplo de la Tabla 3.

**TABLA 3.** Efecto del incremento de energías renovables

EP Total	% Aprovechamiento 40%			Energía Final	% No Renovable	% Renovable	EP Total	% Aprovechamiento 40%			Energía Final	% No Renovable	% Renovable
	EP no Renovable	EP Renovable	EP					EP no Renovable	EP Renovable	EP			
	Renovable	Renovable	Renovable					Renovable	Renovable	Renovable			
232,00	220,00	12,00		100,00	88,00	12,00	205,00	175,00	30,00		100,00	70,00	30,00
231,82	219,70	12,12		100,00	87,88	12,12	204,55	174,25	30,30		100,00	69,70	30,30
-0,078%						1,00%	-0,220%						1,00%

Fuente: elaboración propia

Esto es, asumiendo que en energía final se convierte únicamente el 40% de la energía no renovable, y que un 88% de la energía final es de origen no renovable, **reducir en un 1,0%** su contribución (el nuevo porcentaje sería 87,88%), implicaría que el consumo total de Energía Primaria **decrementaría** de 232,00 a 231,83 unidades, que en términos porcentuales es **un 0,078%**. Sin embargo, en el caso que la cuota de energías no renovables fuera del 70,0%, una **reducción del 1,0%** (la nueva cuota sería un 69,7%), el **ahorro** en el consumo total de Energía Primaria sería del **0,22%** (se pasaría de 205,00 unidades a 204,55).

A continuación, en la Tabla 4 se muestra el cálculo del efecto fijo de cada estado miembro

**TABLA 4.** Efectos individuales de cada estado miembro

Estado	Efecto Individual < 0	Estado	Efecto Individual > 0
Lithuania	-2,164	France	0,092
Romania	-1,929	Netherlands	0,146
Estonia	-1,706	Finland	0,257
Latvia	-1,237	Belgium	0,281
Slovakia	-0,972	Croatia	0,284
Poland	-0,906	Greece	0,345
Sweden	-0,688	Luxembourg	0,354
Ireland	-0,486	Norway	0,430
Denmark	-0,313	Cyprus	0,486

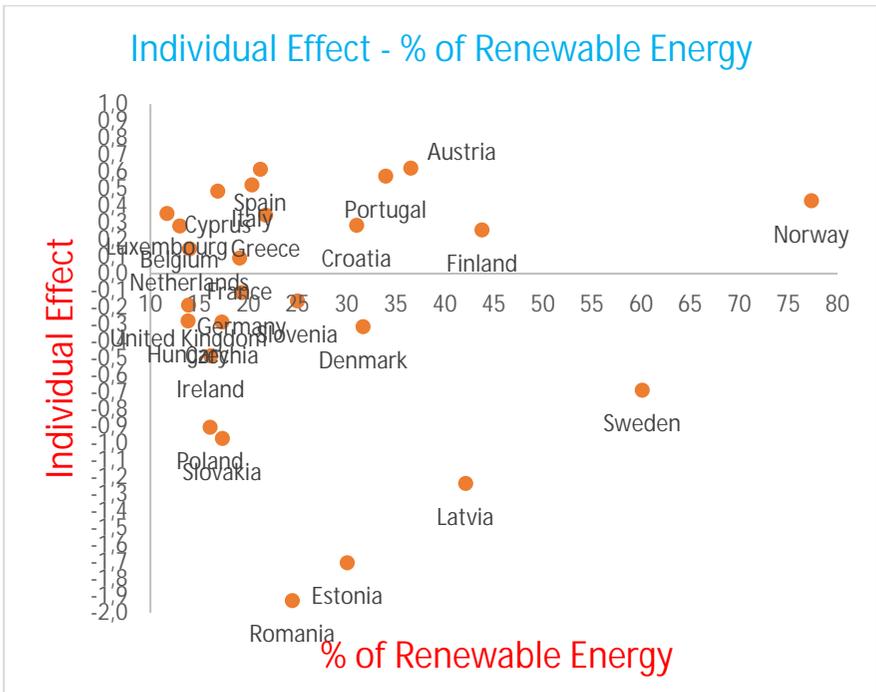
Czechia	-0,285	Italy	0,523
Hungary	-0,280	Portugal	0,574
United Kingdom	-0,187	Spain	0,615
Slovenia	-0,162	Austria	0,622
Germany	-0,112	Iceland	3,610

Fuente: elaboración propia

El efecto individual positivo indica que el consumo de energía primaria de estos países quedaría por encima del proyectado por los coeficientes del modelo, mientras que si es negativo, se situaría por debajo.

Finalmente, en el Gráfico 3 se complementa el efecto fijo individual con el porcentaje de uso de energía renovable, de cuya observación no se desprende que exista una relación estrecha.

**GRÁFICO 3.** Efecto fijo individual relacionado con el porcentaje de uso de energía renovable.



Fuente: elaboración propia

#### 4. CONCLUSIONES

En la UE (hasta 2020), frente a un incremento promedio del PIB del 2,26%, el consumo de Energía Primaria, sólo lo hizo un 0,03%.

El papel creciente de las Energías Renovables, elevándose anualmente de promedio un 4,46%, y la Eficiencia Energética (+1,56%), junto con las políticas de ahorro energético de la UE a partir de 2010, explicarían, en gran medida, esta mejora en el consumo energético.

Estos factores, junto con la caída del PIB en 2020, facilitaron que en dicho año, además de alcanzar el primer hito de la UE (con base en 2005, se debía de reducir en 2020 un 20% el consumo de energía primaria), se superara en 5,8 puntos porcentuales adicionalmente dicha reducción.

El segundo hito (en el año 2030, el recorte, sobre la base de 2005, debe ser del 32,5%) será más difícil que se alcance porque desde 2005, el promedio de reducción anual ha sido de un 0,8%, lo cual nos situaría en torno a una reducción del 27,2% (vs. 32,5%).

Por último, el análisis de los efectos fijos individuales muestra gran dispersión cuando se pone en relación con el porcentaje de energía renovable.

#### 5. REFERENCIAS

- [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Energy\\_efficiency\\_statistics#Primary\\_energy\\_consumption\\_and\\_distance\\_to\\_2020\\_and\\_2030\\_targets](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Energy_efficiency_statistics#Primary_energy_consumption_and_distance_to_2020_and_2030_targets)
- [https://energyeducation.ca/encyclopedia/Primary\\_energy](https://energyeducation.ca/encyclopedia/Primary_energy)
- Olkuski, T., Suwała, W., Wyrwa, A., Zyśk, J. & Tora, B. (2021). Primary energy consumption in selected EU Countries compared to global trends. *Open Chemistry*, 19(1), 503-510. <https://doi.org/10.1515/chem-2021-0046>
- Wu, Xiaofang & Chen, G.Q. (2017). Global primary energy use associated with production, consumption and international trade. *Energy Policy*. 111. 85-94. 10.1016/j.enpol.2017.09.024.

# IMPACTO DE LA SOSTENIBILIDAD EN LA COTIZACIÓN PARA EMPRESAS QUE HAN ADOPTADO ODS EN SU ESTRATEGIA CORPORATIVA

---

ALFREDO JUAN GRAU GRAU

*Facultat d'Economia (Universitat de València)*

AMALIA RODRIGO GONZÁLEZ

*Facultat d'Economia (Universitat de València)*

JANNY MAGDELINE NÚÑEZ ALMONTE

*Facultat d'Economia (Universitat de València)*

## 1. INTRODUCCIÓN

El Desarrollo Sostenible se considera una apuesta por el progreso social, el equilibrio medioambiental y el crecimiento económico. Las Finanzas Corporativas Clásicas han prestado especial interés a la maximización del valor de mercado para sus accionistas y poco más. En esta línea y siguiendo las tendencias actuales, se desarrolla de manera muy fértil investigaciones y trabajos que otorgan relevancia capital a principios dirigidos a proteger el medio ambiente, al bienestar social y promover la buena gobernanza corporativa. Con el tiempo, nacen las Finanzas Sostenibles que incorporan y desarrollan instrumentos y cauces para que las decisiones financieras vayan encaminadas a generar valor sostenible y duradero a lo largo del tiempo. Esto ha desencadenado la reformulación del objetivo tradicional de la Teoría Financiera de manera que, ahora, el objetivo no solo debe centrarse en maximizar el valor de mercado sino también, en que sea sostenible y perdurable.

En este sentido, las Naciones Unidas se alinean con esta filosofía y desarrolla la Agenda 2030 que aglutina 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) con la finalidad de fomentar el desarrollo sostenible a nivel mundial. Por tanto, los ODS pasan a formar parte prioritaria en las

agendas de todos los gobiernos en todas las economías, de los ciudadanos e instituciones civiles y empresariales.

Aunar esfuerzos y caminar en la misma dirección con la finalidad de afianzar los cimientos de un posible futuro sostenible, debería ser una vocación asumible por todo el planeta y un desafío global.

En el ámbito de las decisiones financieras, los ODS suponen una buena oportunidad ya que ofrecen recursos a las organizaciones para contribuir al desarrollo sostenible. Muchas empresas han integrado principios relacionados con temas medioambientales, sociales y de buen gobierno, lo que se conoce como principios ASG, en sus estrategias corporativas. Estos principios, así como los ODS, se han acabado alineando en sus planes de negocio.

En consecuencia, el ámbito del mundo de los negocios reviste un papel capital ya que, pueden aportar sus conocimientos, sus recursos, experiencia, etc. Dentro del Pacto Mundial de las Naciones Unidas se integran más de 160 países con una representatividad de más de 9.500 empresas y, por tanto, una elevada implicación en materia de sostenibilidad. Particularmente, la Red Española de Pacto Mundial (2020) señala que más del 85% de las empresas españolas confirman que están trabajando en materia de ODS.

El resto de este capítulo se vertebra de la siguiente forma: en el segundo apartado se presenta los objetivos fundamentales; en el tercer apartado se expone el marco teórico que dará fundamento al resto del capítulo; en el cuarto apartado se presenta la metodología que se ha considerado como más apropiada para desarrollar los objetivos; en el quinto apartado se presentan los resultados más destacados y, finalmente, en el sexto apartado se exponen las conclusiones más relevantes.

## 2. OBJETIVOS

El objetivo general de este trabajo consiste en promover en nuestros estudiantes la importancia de fomentar una actitud receptiva hacia todo lo relacionado con la sostenibilidad. De esta forma, y en el desarrollo de su ejercicio profesional, podrían contribuir a que las empresas en que

desarrollaran su actividad pudieran alcanzar la calificación de “empresa sostenible” por los beneficios tanto empresariales como sociales que implica.

Los objetivos específicos son los siguientes:

- Dar a conocer la Agenda 2030 de las Naciones Unidas, los criterios que promueven la protección del medio ambiente, la atención a los temas sociales y el fomento de la buena gobernanza (ASG) en todas las organizaciones, así como los principios de inversión responsable.
- Fomentar la sostenibilidad a través de actividades de campo materializadas en estudios comparados en términos económicos y financieros, entre cotizadas de un mismo sector catalogadas como sostenibles vs. no sostenibles.
- Identificar aquellos ODS que han sido potenciados por las empresas analizadas y así, localizar por sectores cuáles consideran éstas como más prioritarios para alcanzar los objetivos de la Agenda 2030.

### 3. MARCO TEÓRICO

#### 3.1. PERSPECTIVA CORPORATIVA Y SOCIAL

En la actualidad, y a través de los ODS, se están desarrollando estrategias corporativas para proteger el medio ambiente, para usar energías limpias y renovables, para promover el bienestar social, la sostenibilidad de las comunidades urbanas y rurales, una adecuada gestión del agua, promover buenas prácticas de gobierno corporativo, responsabilidad social corporativa, etc. Entre otros, se pretende erradicar la pobreza, preservar el planeta y mejorar el nivel de vida y las perspectivas de las personas a nivel mundial.

En esta línea, los Estados Miembros de las Naciones Unidas en 2015 diseñaron 17 Objetivos que quedan integrados en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (véase Figura 1), en la cual se establece un plan de actuación para poder alcanzarlos.

**FIGURA 1.** Objetivos de Desarrollo Sostenible integrados en la Agenda 2030



Fuente: Naciones Unidas

(<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible>)

### 3.2. LA SOSTENIBILIDAD EN LAS FINANZAS

El desarrollo económico sostenible se ha convertido en un tema relevante tanto para el mundo académico como del profesional. Cash (2018) señala que se están dedicando grandes esfuerzos en medir el efecto económico que producen las políticas sociales, ambientales, institucionales y financieras, como medio para garantizar el desarrollo económico sostenible.

Fatemi y Fooladi (2013) insisten en aseverar que, desde la óptica más clásica de Finanzas, los modelos económicos se basan en la

maximización de la riqueza empresarial, y este enfoque hoy por hoy es muy limitado al no contemplar el análisis de la maximización de los rendimientos sociales.

Al hilo de lo anterior, se presentan las Finanzas Sostenibles como un instrumento que podría promover activamente el desarrollo de normas en el ámbito financiero basadas en principios de inversión dirigidos a aplicar en el seno de las empresas aspectos relacionados con el medio ambiente, la sociedad y el buen gobierno de las empresas (ASG). Según Ziolo et al (2017) dichos instrumentos y estructuras deberían abordar y contemplar cuestiones como la responsabilidad medioambiental y social de las entidades como medio para obtener financiación con características preferenciales. En el peor de los casos se puede obtener financiación a un tipo reducido, en el mejor de ellos a coste cero o incluso, a fondo perdido.

En este contexto, las instituciones financieras socialmente responsables proyectarían su política de inversión y financiación en entidades que presenten un perfil sostenible que aborde cuestiones como la protección del medio ambiente, la responsabilidad social, así como los riesgos que potencialmente se tengan que asumir. De igual forma, los mercados financieros socialmente responsables deberán crear estructuras de mercado que permitan a las empresas que adoptan los principios ESG, obtener financiación con un coste menor debido a sus mayores niveles de transparencia y compromiso con las cuestiones de sostenibilidad.

## 4. METODOLOGÍA

### 4.1. APRENDIZAJE COOPERATIVO Y TRANSVERSAL

La metodología propuesta para desarrollar esta innovación es la de Aprendizaje Cooperativo y Transversal, dados los beneficios que implica en los estudiantes a la hora de adquirir conocimientos, habilidades y/o actitudes provenientes de la actividad de interacción que se genera en el grupo de trabajo (Fernández-Cruz y Fernández-Díaz, 2016; Huer-tas-Montes y Pantoja-Vallejo, 2016).

Este método permite que los estudiantes trabajen de forma conjunta y activa en equipo para alcanzar los objetivos de aprendizaje a través de la discusión y la retroalimentación entre pares (Foldnes, 2016). Larraz et al. (2017) señalan que esta metodología fomenta la adquisición de habilidades instrumentales, personales y sistemáticas. De igual forma, otras investigaciones revelan que este método cooperativo mejora la motivación (Tran, 2019), los esfuerzos cognitivos (Millis y Cottell, 1998), el rendimiento académico (Pérez-Estébanez, 2016), etc.

Por otra parte, Yus (1998) asevera que la Transversalidad se perfila como una forma de entender los contenidos académicos concretos que no se integran en las disciplinas clásicas del conocimiento. En este sentido, el objetivo principal de la enseñanza en la educación superior se basa en la transversalidad, ya que los profesores trabajan sobre ejes comunes a lo largo de los cursos para que tengan una transferibilidad directa a la sociedad y al mercado laboral (Romero et al., 2017; Hortigüela-Alcalá et al., 2019). En esta línea, se comprueba que los graduados universitarios valoran en mayor grado las competencias transversales que las concretas.

## 4.2. DESCRIPCIÓN DE LA ACTIVIDAD DE INNOVACIÓN

### 4.2.1. Materias implicadas y perfil de los estudiantes

Las materias implicadas en el desarrollo de esta experiencia de innovación docente están adscritas a la Facultat d'Economia de la Universitat de València.

Concretamente, estas materias y los grados en la que se imparten son las siguientes:

- *Análisis de la Inversión Productiva de la Empresa* (código 36512) se imparte en el Grado de Inteligencia y Analítica de Negocios o *Business Intelligence Analytics* (BIA). Tiene una carga de 6 ECTS y es de segundo curso. Esta asignatura es de carácter obligatorio y se fundamenta en la valoración de proyectos productivos que le permitan a la empresa generar riqueza y, por ende, maximizar su valor en el mercado para sus

propietarios, teniendo en cuenta todos los costes y beneficios tanto económicos, sociales como medioambientales, antes de acometerlos.

- *Teoría de la Inversión* (código 35805) se imparte en el Grado de Administración y Dirección de Empresas (ADE) y en el doble Grado en ADE y Derecho. Tiene una carga de 6 ECTS y es de segundo y tercer curso, respectivamente. Esta asignatura es de carácter obligatorio y tiene como objetivo proporcionar al estudiantado los conocimientos y habilidades necesarias para valorar cualquier proyecto de inversión productiva en ambiente de riesgo.
- *Corporate Finance* (código 35916) se imparte en el Grado de Negocios Internacionales o *International Business* (GIB). Tiene una carga de 6 ECTS y es de cuarto curso. Es una asignatura optativa está enfocada en las herramientas y técnicas de finanzas aplicadas a la valoración de activos, lo que supone un conocimiento esencial para cualquier estudiante de Negocios Internacionales.

#### 4.2.2. Fases del diseño y desarrollo del estudio comparado

Las fases de que se compone el diseño y desarrollo del estudio comparado y que se pueden apreciar en la Figura 2, son las siguientes:

- FASE I. Selección de las cotizadas de un mismo sector. En esta fase de inicio, se definen las líneas de trabajo generales. Este es el momento de identificar las cotizadas objeto de estudio y que en total deberán ser seis pertenecientes a un mismo subsector, de manera que adquiere sentido el estudio comparado. Se tomarán tres compañías catalogadas como sostenibles según el índice *Euronext Vigeo Europe 120* (<https://live.euronext.com>), y otras tres no sostenibles. Este índice está formado por las principales empresas altamente implicadas en abordar prácticas ambientales, sociales y de gobierno corporativo y finalmente, e integra las 120 empresas europeas clasificadas como más sostenibles

- FASE II. Recopilación de información y datos. A continuación, se ha de hacer acopio de toda la información económico-financiera relacionada con los aspectos clave a analizar en el estudio comparado. Los datos se han extraído de distintas fuentes como son: variables económico-financieras (EBITDA, EBIT, ROA, ROE, etc.)<sup>88</sup> en ORBIS de *Bureau Van Dijk* (<https://www.bvdinfo.com/es-es>), y las cotizaciones diarias en Yahoo Finanzas (<https://es.finance.yahoo.com>).

Estos datos se descargan para un espacio temporal de diez años, esto es, desde el periodo t-1 hasta el periodo t-11 años, siendo t el momento actual<sup>89</sup>. Asimismo, se calculan los rendimientos diarios,  $R_t$ , de los precios cotizados diarios con la siguiente fórmula:

$$R_t = \frac{(P_{t+1} - P_t)}{P_t}$$

siendo  $P_{t+1}$  la cotización diaria en el momento actual y  $P_t$  la cotización diaria del día anterior.

Además, también se calculan los valores medios para cada una de estas magnitudes y agrupación sectorial separando el grupo de las sostenibles, respecto de las que no lo son, y se grafica nuevamente. También se calcularán los crecimientos de cada una de estas magnitudes. Esto facilitará la comparativa posterior.

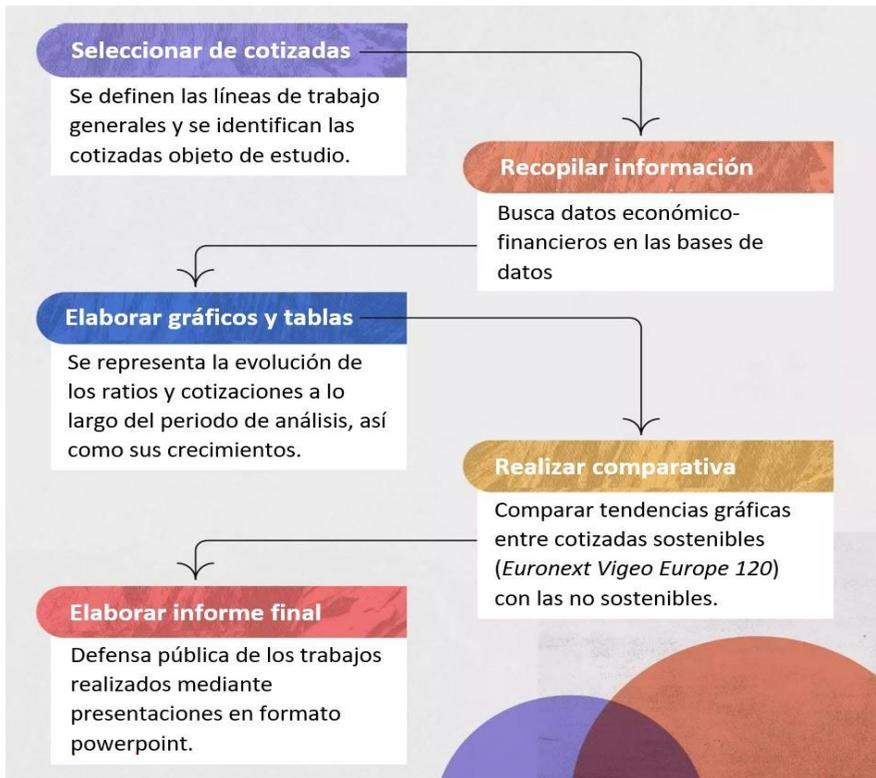
---

<sup>88</sup> Las siglas se corresponden: EBITDA (Beneficio antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones, en inglés: *Earning Bedore Interests, Taxes, Depreciations and Amortizations*), EBIT (Beneficio antes de intereses e impuestos, en inglés: *Earnings Before Interests and Taxes*), ROA (Rentabilidad económica o de la empresa, en inglés: *Return On Assets*) y ROE (Rentabilidad financiera o de los accionsitas, en inglés: *Return On Equity*). Los estudiantes tienen la libertad de incorporar más magnitudes si lo desean.

<sup>89</sup> Los datos más recientes disponibles son siempre los del año inmediatamente anterior respecto al momento actual, ya que, los estados financieros tardan un año más o menos en ser publicados desde que las empresas cierran el ejercicio económico.

- FASE III. Elaboración de gráficos y tablas. Tomando las series de los datos descargados en la fase anterior y para un periodo de diez ejercicios económicos, se procede a confeccionar las tablas con todos los datos organizados de manera ordenada y sus respectivos gráficos con Excel.
- Para identificar qué agrupación muestra una evolución más notable se incorpora la tendencia lo que permitirá visualmente identificar las empresas con mejor performance. A priori, y según los informes consultados, se espera que las cotizadas sostenibles incluidas en el índice *Euronext Vigeo Europe 120*, arrojen resultados más notables.
- FASE IV. Comparativa entre sostenibles vs. no sostenibles. En esta fase se enfrentan los gráficos de ambos grupos y tanto a nivel individual como a nivel grupal, en medias, se efectúa la correspondiente comparativa.
- Esta comparativa también va acompañada de la evolución gráfica de los rendimientos diarios de las seis cotizadas y junto con su tendencia, se espera que las sostenibles, en media, ostenten un crecimiento más acusado en su capitalización bursátil y, *por ende*, generarán mayor riqueza para los accionistas, respecto a las no sostenibles.

**FIGURA 2.** Fases del estudio comparado



Fuente: Elaboración propia

- FASE V. Elaboración del informe ejecutivo final. Esta es la fase final y con la que culmina el proceso. Aquí los estudiantes organizados en grupo exponen en sesión pública sus trabajos. Para ello, deberán organizarse y repartirse las distintas partes de la exposición, donde deberán presentar los resultados más destacados en powerpoint haciendo mucho hincapié en la comparativa a través de gráficas que sean lo más visuales posible.

A tal fin, en Aula Virtual se dispone para los estudiantes un tutorial sobre que proporciona pautas de cómo exponer de manera eficiente un trabajo académico.

## 5. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

A través de la elaboración del trabajo grupal cuyo principal output es un informe ejecutivo y varias hojas de cálculo Excel, defendido en sesión pública por parte de los discentes, se confirma que las compañías catalogadas como sostenibles presentan mejores resultados, tal y como era de esperar.

Tras realizar la comparativa al enfrentar cotizadas sostenibles con las que no lo son, siempre dentro de un mismo sector o subsector, y tras analizar las distintas variables económicas, así como las ratios económico-financieros expuestos en el apartado metodológico, se advierte que las empresas sostenibles, en media, siempre obtienen mejor performance.

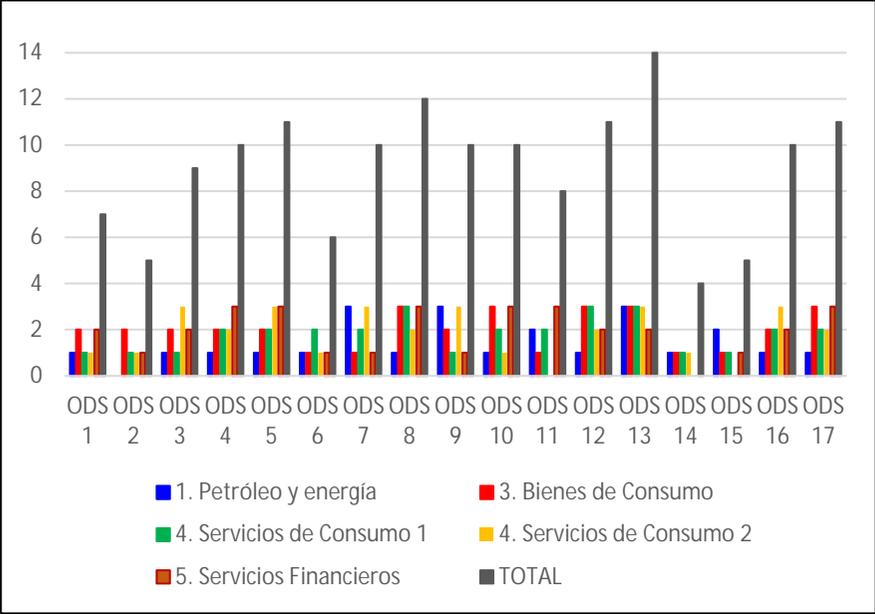
En consecuencia, y tal y como señala Cash (2018), además del esfuerzo empresarial que se realiza en materia de sostenibilidad, los resultados obtenidos también se pueden justificar gracias a la contribución de las distintas instituciones gubernamentales que diseñan políticas sociales, ambientales y financieras, con el fin de promover el desarrollo económico sostenible.

Esto se corrobora a su vez mediante la evolución en tendencia del valor de mercado (capitalización bursátil) ya que, las empresas sostenibles ostentan, en media, una tendencia con mayor pendiente y, por tanto, estos resultados se alinean con la filosofía expuesta por Fatemi y Fooladi (2013).

Esto supone que el crecimiento de la riqueza generada en el seno de estas empresas va a un ritmo más elevado respecto a las empresas no catalogadas como sostenibles por el citado índice.

En la Tabla 1 se aprecian los sectores implicados en los trabajos desarrollados por nuestros estudiantes, así como las cotizadas sostenibles y sus homólogos no sostenibles. Asimismo, se indica por sector el número de ODS promovidos.

**GRÁFICO 1. Resultados por ODS**



Nota: Elaboración propia a partir de la Tabla 1

En base a la muestra analizada representativa de la Bolsa Española, las cotizadas sostenibles integradas en el índice FTSE4Good IBEX®, en términos generales, arrojan el nivel de implicación más elevado a la hora de contribuir con los ODS integrados en la Agenda 2030.

Efectivamente, el 75% de las cotizadas sostenibles de esta selección se implican en más de 10 ODS como son: NATURGY, INDITEX, GRIFOLS, ATRESMEDIA, DIA DISTRIBUIDORA, CASH, PROSEGUR, BANCO SANTANDER y BBVA. Particularmente, INDITEX y ATRESMEDIA, arrojan un nivel de compromiso completo ya que abarcan los 17 ODS, lo que implica una representatividad del 16,6% (véase Tabla 1 y Gráfico 1).

Asimismo, y atendiendo a los resultados que aparecen en la Tabla 1, los ODS que más implementan las cotizadas sostenibles de la muestra abordada en los últimos tiempos, son los siguientes:

- **ODS 8: Promover el crecimiento económico inclusivo y sostenible, el empleo y el trabajo decente para todos.** Estas

empresas sostenibles están muy estimuladas en contribuir al crecimiento económico que sea inclusivo y que se sostenga a lo largo del tiempo. De esta forma, se está impulsando el progreso, generando puestos de trabajo decentes para todo ser humano y mejorar los estándares de vida.

- **ODS 13: *Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.*** El cambio climático está sometiendo a todos los países en todos los continentes a cambios extremos. Todas las economías mundiales se están viendo duramente afectadas lo cual influye en el bienestar de sus ciudadanos. Las empresas sometidas a análisis están tomando medidas de carácter urgente para abordar el problema pandémico, así como las necesidades urgentes relacionadas con el clima para salvar vidas y los medios de subsistencia.

En cambio, es triste reconocer que otros ODS no menos importantes acaparan poca atención como son: el ODS 2, el ODS 6, el ODS 14 y el ODS 15. Se puede decir entonces que, erradicar el hambre en el mundo, garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible, conservar sosteniblemente los recursos marinos, así como luchar contra la desertificación, detener la degradación de las tierras, o detener la pérdida de biodiversidad, no son aspectos perentorios al menos, para la muestra objeto de análisis. No obstante, hay que reconocer que realmente exigen una atención urgente, por tanto:

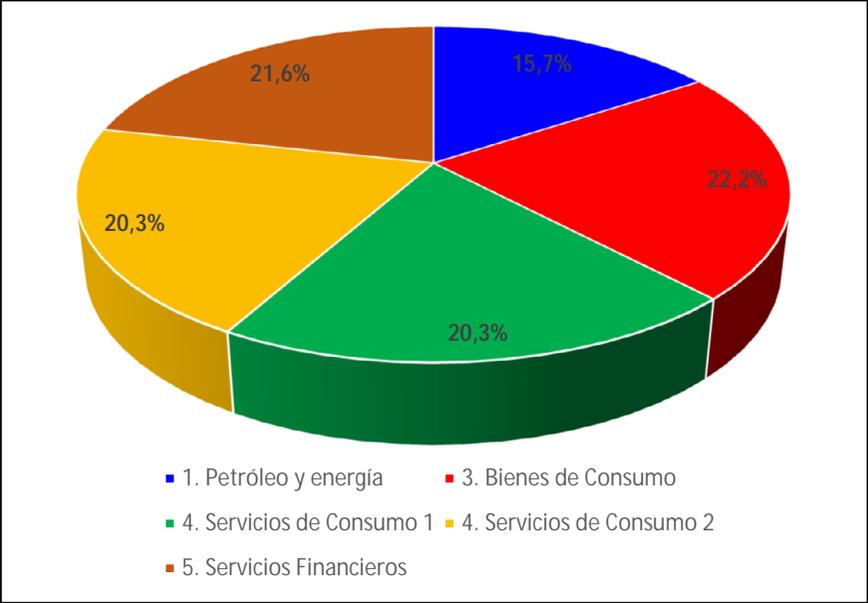
- **ODS 2: *Poner fin al hambre.*** La situación actual exige un cambio profundo y comprometido que afecta al sistema agroalimentario y por tanto, vincula en mayor grado a las empresas que desarrollan su actividad en el sector de la alimentación y las bebidas. Este cambio debe ir encaminado a poder proveer de alimento a más de 820 millones de personas que actualmente están pasando hambre. Una óptima producción alimentaria, así como un aumento en la productividad agrícola podrían ser muy importantes para ayudar a paliar los riesgos del hambre.

- **ODS 6: *Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos.*** Hay que reconocer que se han alcanzado elevadas cotas de bienestar vinculado al fácil acceso a agua potable y al saneamiento, pero aun así todavía existe un volumen elevado de población que aún adolecen de estos servicios considerados como básicos.
- **ODS 14: *Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos.*** Es crucial llevar a cabo una gestión adecuada y cuidadosa de este recurso que es considerado como clave para un futuro sostenible. Aun así, hoy por hoy se observa que existe un claro deterioro del agua debido principalmente a la contaminación y a la acidificación de los océanos. Esto está impactando muy negativamente en el ecosistema y la biodiversidad. Proteger el medio marino es vital y prioritario para garantizar una vida de calidad futura para todos.
- **ODS 15: *Gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras, detener la pérdida de biodiversidad.*** En los últimos tiempos se ha observado un aumento a nivel mundial de las epidemias zoonóticas, lo cual es motivo de gran preocupación por las consecuencias derivadas que conlleva. Efectivamente, el 75% de las enfermedades infecciosas novedosas en seres humanos están estrechamente ligadas con la salud de los ecosistemas.

A la luz de estos resultados, se puede confirmar que las dimensiones que menos se están atendiendo son la “medioambiental” y la “social”. Esto contrasta con las más populares y en auge como son las dimensiones “económicas”.

Si realizamos el estudio en vez de empresas por sectores (véase Gráfico 2), el sector “Bienes de Consumo” seguido muy de cerca por el sector “Servicios Financieros”, son los que presentan un mayor nivel de cumplimiento en materia de ODS con un peso relativo del 22,2% y 21.6%, respectivamente.

**GRÁFICO 2.** Resultados por sector



Nota: Elaboración propia a partir de la Tabla 1

Por otro lado, cabe destacar el buen ambiente de trabajo y la elevada motivación que se ha generado (Tran, 2019) con este estudio comparado, lo que finalmente, ha impactado muy favorablemente en el rendimiento académico (Pérez-Estébanez, 2016). Los estudiantes han manifestado haber aprendido mucho y, sobre todo, haber conocido y asumido la relevancia de incorporar procesos empresariales y culturales para contribuir activamente en la consecución de los ODS integrados en la Agenda 2030.

Reconocen que una vía para lograrlo en el entorno empresarial y con gran vinculación y compromiso desde la Dirección Financiera es profundizar en las Finanzas Sostenibles como medio para garantizar el desarrollo sostenible a la par que el económico.

El profesorado ha advertido que los estudiantes han adquirido conocimientos relacionados con la sostenibilidad en el contexto financiero, así como unas buenas habilidades a la hora de manipular las herramientas

financieras, tal y como señalan Fernández-Cruz y Fernández-Díaz (2016), Huertas-Montes y Pantoja-Vallejo (2016) y Larraz et al. (2017).

## 6. CONCLUSIONES

El objetivo de la presente propuesta educativa consiste en concienciar a los estudiantes matriculados en los distintos grados de la Facultat d'Economia (Universitat de València), de la relevancia que supone desarrollar y poner en práctica herramientas para potenciar proyectos de inversión productivos enmarcados en la sostenibilidad. Uno de los fines es impulsar el desarrollo económico que ponga en tela de juicio a los modelos económicos tradicionales. Esto se hará potenciando el bienestar económico gracias a la implementación de valores medioambientales, sociales y de buen gobierno (Principios ASG), en el seno de las empresas cotizadas.

Es por ello por lo que, el núcleo empresarial donde se toman decisiones financieras adquiere un papel relevante para alinearse con los ODS y contribuir al desarrollo sostenible promovido, entre otros, por la Agenda 2030.

Los estudiantes han llevado a cabo este análisis mediante la metodología de Aprendizaje Cooperativo y Transversal a través de equipos de trabajo donde confeccionaron y defendieron en sesión pública sus estudios comparados entre cotizadas sostenibles con las que no lo son.

De esta experiencia docente destaca la gran capacidad de trabajo de los estudiantes y lo muy implicados que se han manifestado en todo momento. Asimismo, los resultados que han presentado corroboran lo esperado y es que la performance de las cotizadas sostenibles es mucho mejor y, además, hay una gran implicación por parte de ellas en la implementación de los distintos ODS, tomando un papel principal los relacionados con la promoción del crecimiento económico inclusivo y sostenible, el empleo y el trabajo decente para todos (ODS 8), así como la adopción de medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos (ODS 13).

En consecuencia, por un lado, se puede concluir que la educación superior toma un papel fundamental a la hora de promover y despertar los

principios de sostenibilidad en sus estudiantes, así como la promoción de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas, a través de las guías académicas. Por otro lado, el entorno profesional futuro se perfila como un campo relevante para desarrollar estos principios.

## 7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Los autores agradecen el apoyo obtenido, en convocatoria pública, a través del proyecto de innovación docente (SFPIE\_PID-2074278) concedido por el Servei de Formació Permanent i Innovació Educativa del Vicerectorat d'Innovació i Transferència (Universitat de València) para el curso académico 2022/2023.

## 8. REFERENCIAS

- Cash, D. (2018). Sustainable finance ratings as the latest symptom of ‘rating addiction’. *Journal of Sustainable Finance & Investment*, 8(3), 242–258.
- Fatemi, A., y Fooladi, I. (2013). Sustainable finance: A new paradigm. *Global Finance Journal*, 24, 101–113.
- Fernández-Cruz, F. J., y Fernández-Díaz, M. J. (2016). Los docentes de la Generación Z y sus competencias digitales. *Comunicar: Revista Científica de Comunicación y Educación*, 24(46), 97–105.
- Foldnes, N. (2016). The flipped classroom and cooperative learning: Evidence from a randomised experiment. *Active Learning in Higher Education*, 17(1), 39–49.
- Hortigüela-Alacalá, D., Palacios-Picos, A., y López Pastor, V. (2019). The impact of formative and shared or co-assessment on the acquisition of transversal competences in higher education. *Assessment & Evaluation in Higher Education*, 44(6), 933-945.
- Huertas-Montes, A. H., y Pantoja-Vallejo, A. (2016). Efectos de un programa educativo basado en el uso de las TIC sobre el rendimiento académico y la motivación del alumnado en la asignatura de tecnología de educación secundaria. *Educación XXI*, 19(2), 229–250.
- Larraz, N., Vázquez, S., y Liesa, M. (2017). Transversal skills development through cooperative learning. Training teachers for the future. *On the Horizon*, 2(5), 85–95.
- Millis, B.J., y Cottell, P.G. (1998). *Cooperative Learning for Higher Education Faculty*. Oryx Press, Phoenix.

- Pérez-Estébanez, R. (2016). An approachment to cooperative learning in higher education: comparative study of teaching methods in engineering. *EURASIA Journal of Mathematics, Science and Technology Education*, 13(5), 1331–1340.
- Red Española de Pacto Mundial (2020). Contribución de las empresas españolas a la Estrategia de Desarrollo Sostenible 2030: una consulta integral. Ministerio de Asuntos Sociales y Agenda 2030. [file:///C:/Users/34615/Downloads/Informe\\_Consulta\\_empresarial\\_Estrategia\\_2030\\_\\_Pacto\\_Mundial%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/34615/Downloads/Informe_Consulta_empresarial_Estrategia_2030__Pacto_Mundial%20(1).pdf)
- Romero, R., Castejón-Oliva, F.J., López-Pastor, V. M., y Fraile-Aranda, A. (2017). Formative Assessment, Communicative Competencies and ICT in Teachers Training. *Comunicar*, 25(52), 73–82.
- Tran, V. D. (2019). Does Cooperative Learning Increase Students' Motivation in Learning? *International Journal of Higher Education*, 8(5), 12–20.
- Yus, R. (1998). *Temas transversales: hacia una nueva escuela*. Barcelona, España: Graó
- Ziolo, M., Fidanoski, F., Simeonovski, K., Filipovski, V., y Jovanovska, K. (2017). *Sustainable Finance Role in Creating Conditions for Sustainable Economic Growth and Development*. World Sustainability Series. New York.

## EFFECTO DE LAS DECISIONES DE INVERSIÓN PRODUCTIVA EN LA CREACIÓN DE VALOR SOSTENIBLE

---

ALFREDO JUAN GRAU GRAU

*Facultat d'Economia (Universitat de València)*

AMALIA RODRIGO GONZÁLEZ

*Facultat d'Economia (Universitat de València)*

INMACULADA BEL OMS

*Facultat d'Economia (Universitat de València)*

JANNY MAGDELINE NÚÑEZ ALMONTE

*Facultat d'Economia (Universitat de València)*

### 1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de recientes décadas muchos agentes económicos se muestran especialmente estimulados en cuantificar los efectos de las políticas sociales, ambientales, institucionales y financieras, como instrumento relevante para fomentar el desarrollo económico sostenible.

En este contexto, y particularmente en el entorno más tradicional de las Finanzas Corporativas, la creación de valor ha acaparado mucha atención. Es por ello por lo que, las decisiones financieras ligadas a la inversión productiva hoy por hoy se dirigen en gran medida a inversiones socialmente responsables, de manera que el valor que se genere será sostenible a la par que duradero.

En 2015 las Naciones Unidas presentan la Agenda 2030 donde los Estados Miembros aprueban un conjunto de objetivos cuyo fin es promover el desarrollo sostenible. A tal fin, se diseña un conjunto de 17 ODS (Objetivos de Desarrollo Sostenible) con la finalidad principal de contribuir a la preservación del medio natural, exterminar la pobreza y, por ende, mejorar el nivel de vida de las personas a nivel mundial. Estos

ODS adquieren un papel relevante a la hora de contribuir en la concienciación de las organizaciones para promover el desarrollo sostenible.

La Figura 1 ilustra el firme compromiso de la Agenda 2030 relacionado principalmente con las “personas” con el objetivo de poner fin a la pobreza y el hambre en todas sus manifestaciones y garantizar así, la igualdad y dignidad humana. Aboga por la “prosperidad” con el fin de asegurar el avance en la vida futura en armonía con el medio ambiente. Defiende fervientemente la “paz” como medio para promover la justicia y las sociedades inclusivas. Asimismo, respalda las “alianzas” para poder implementar esta agenda mediante acuerdos globalizadores. Apoya la salvaguarda del “planeta” y así proteger los recursos naturales y el clima para las generaciones del futuro.

**FIGURA 1.** La Agenda 2030 de Naciones Unidas y los ODS



Fuente: Adaptado de la Red internacional de promotores de los ODS. Banco de imágenes para el Desarrollo Sostenible

Lo dicho se hace extensible a todos los países, tanto ricos como en pleno desarrollo adaptándose a las distintas realidades particulares, adoptando así un carácter “universal”. Estos objetivos revisten un perfil “ambicioso” y de alto calado ya que pretende abarcar a toda la población mundial sin dejar a nadie fuera. Además, todo esto incorpora cuestiones prioritarias para el desarrollo sostenible lo que le confiere un valor “integral”.

Particularmente y dentro del área de las Finanzas, los ODS representan una herramienta crucial que dispensa a las empresas recursos valiosos para contribuir al desarrollo sostenible. Así, las organizaciones han puesto en marcha los principios ASG que fomentan la protección del medio ambiente, potencian el bienestar de la sociedad en su conjunto y alientan el buen gobierno de las empresas en sus estrategias de gobierno.

De esta forma, la actividad productiva de las empresas pasa a tomar un papel muy activo ya que todos los conocimientos adquiridos, como los recursos de que dispone y sobre todo su gran experiencia, pueden jugar un papel destacado. En 2022 la Red Española de Pacto Mundial emite un informe donde reconoce que actualmente el tejido empresarial en España está muy implicado en la implementación de los ODS y advierte de que ya alcanza a más del 85% de sus empresas.

El resto del capítulo se distribuye tal y como sigue: los objetivos se presentan en el segundo apartado, el marco teórico en el cuarto, la metodología en el quinto, los resultados y su discusión en el sexto y, para acabar las conclusiones se dispensan en el séptimo apartado.

## 2. OBJETIVOS

El objetivo de este trabajo consiste en promover en el estudiantado la importancia de poner en práctica instrumentos y recursos que fomenten acometer proyectos de inversión productiva que contribuyan a la sostenibilidad. Las asignaturas implicadas son: “Análisis de la inversión productiva de la empresa” y “Teoría de la inversión” del Grado en *Business Intelligence and Analytics* y doble Grado en ADE y Derecho, respectivamente, de la Facultat d’Economia (Universitat de València). Con ello se pretende promover el bienestar económico relacionado con los

valores medioambientales, sociales y de buena gobernanza corporativa (principios ASG).

Los objetivos específicos son los siguientes:

- *Objetivo Específico 1.* Promocionar en los discentes la iniciativa de las Naciones Unidas a través de su Agenda 2030.
- *Objetivo Específico 2.* Dar a conocer los cauces para implementar los principios ASG en las empresas, a la par que los principios de inversión responsable (PIR).
- *Objetivo Específico 3.* Fomentar la filosofía de la sostenibilidad mediante la valoración de proyectos de inversión productiva, a través de los distintos instrumentos financieros. Con ello se pretende que los discentes sepan cuantificar el valor de la sostenibilidad en términos económicos y financieros.
- *Objetivo Específico 4.* Identificar todos los ODS que se promueven con la realización de los distintos proyectos productivos conducentes a alcanzar los ODS integrados en la Agenda 2030.

### 3. MARCO TEÓRICO

#### 3.1. INVERSIÓN SOSTENIBLE Y FINANZAS SOSTENIBLES

La inversión sostenible y responsable (ISR) es una forma de entender que toda inversión ha de ir dirigida al largo plazo y tiene la característica de abordar los criterios ASG, además de cuantificar cuan rentable puede llegar a ser. Esta filosofía cada vez reviste de mayor relevancia en el campo de las Finanzas Sostenibles, con la finalidad de invertir en empresas muy implicadas con la sostenibilidad del planeta.

Tal y como revela la Figura 2, toda inversión sostenible a priori deberá cumplir con una serie de características, tales como:

- *Exclusión o Selección Negativa.* Se trata de excluir ciertas inversiones por el incumplimiento de normas y acuerdos internacionales, o bien por no cumplir con los criterios ASG.

- “Best in Class” o Selección Positiva. Seleccionar a aquellas empresas que presenten la mejor performance de entre sus homólogas del sector.
- *Diálogo activo y voto*. Generar canales de comunicación entre accionistas y directivos con el fin de mejorar las estrategias conducentes a alcanzar los criterios ASG para las empresas.
- *Integración de factores ASG*. Llevar a cabo análisis financieros que incorporen criterios ASG previo a tomar decisiones relevantes.
- *Inversiones temáticas en sostenibilidad*. Invertir en empresas con proyectos sostenibles en determinadas áreas: igualdad de género, cambio climático, protección del medio marino, etc.
- *Inversiones de impacto*. Se trata de inversiones cuyo objetivo es lograr un elevado impacto positivo en la sociedad, en el medio ambiente, en las empresas, etc.

**FIGURA 2.** Clasificación de la inversión sostenible y responsable



Fuente: Adaptado de Red Española de Pacto Mundial (2022)

Estas inversiones sostenibles y responsables deben estar plenamente alineadas con los Principios de Inversión Sostenible. Éstos deben centrarse en desarrollar y divulgar políticas activas enfocadas en la sostenibilidad, vigilar los derechos políticos de los accionistas, presentar informes del grado de cumplimiento con los principios ASG a largo plazo utilizando recursos como el estándar *Global Reporting Initiative (GRI)*<sup>90</sup>.

En esta línea, aproximadamente el 20% de las empresas españolas disponen de instrumentos de inversión relacionados con la sostenibilidad, en cambio sólo el 14% cuentan con una estrategia de finanzas o inversión sostenible (Red Española de Pacto Mundial, 2022).

### 3.2. EJES DE ACTUACIÓN EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL Y AGENDA 2030

Las Naciones Unidas proponen tres ámbitos relevantes sobre los cuales las empresas podrían avanzar en esta materia. Se trata de aumentar la movilización, mayor ambición y desarrollar soluciones innovadoras (Red Española de Pacto Mundial, 2020).

No cabe duda de que el impulso de este tipo de medidas será una importante contribución de las empresas para las estrategias de Desarrollo Sostenible indicados en la Agenda 2030.

Estos tres ámbitos se desenvuelven en los siguientes aspectos:

- *Movilización*. Se requiere de una mayor movilización del conjunto de empresa para acometer los ODS y ello abarca tanto a grandes compañías como a las más pequeñas. Sería muy conveniente que ese compromiso fuera extensible a los distintos *stakeholders*.
- *Aumento de la ambición*. Esta actitud podría favorecer el establecimiento de compromisos y acuerdos ambiciosos cuyo impacto se extendiera al mayor número de ODS y así, contribuya a la transformación de los actuales modelos de negocio hacia un carácter más sostenible.

---

<sup>90</sup> GRI es una institución que se encarga de impulsar la elaboración de memorias de sostenibilidad para todo tipo de organizaciones

- *Innovación*. Se deben impulsar proyectos empresariales productivos, soluciones, nuevas tecnologías innovadora con el fin de contribuir activamente a lograr los objetivos incluidos en la Agenda 2030.

## 4. METODOLOGÍA

### 4.1. APRENDIZAJE COOPERATIVO Y TRANSVERSAL

La metodología que se propone en esta experiencia de innovación docente es el Aprendizaje Cooperativo y Transversal. Tal y como señalan Fernández-Cruz y Fernández-Díaz (2016) y Huertas-Montes y Pantoja-Vallejo (2016), este método destaca por alentar al discente a implicarse en el proceso de adquisición del conocimiento, a la mejora en sus habilidades y actitudes cuando interactúa en un equipo constituido por sus compañeros de aula.

De esta forma, Foldness (2016) señala que el estudiantado trabajará conjuntamente y de manera activa en equipo con el fin de lograr los objetivos de aprendizaje previamente establecidos por el docente. Por otro lado, y tal como establece Larraz et al. (2017) es crucial la adquisición de habilidades tanto personales como instrumentales

Además, Hortigüela-Alcalá et al. (2019) indican que el objetivo fundamental de la enseñanza en la educación superior se basa en la transversalidad, ya que los docentes desarrollan su labor sobre pilares comunes en los cursos para que tengan transferencia directa a la sociedad y al mercado laboral.

Para llevar a cabo la actividad que se propone y que consistirá en valorar un proyecto de inversión sostenible en el ámbito real de una empresa, los estudiantes se agruparán en equipos de trabajo para diseñar, planificar y valorar dicho proyecto. Por un lado, el proyecto de inversión sostenible desarrollado por cada equipo de trabajo se lleva a cabo en un entorno virtual para simular el proceso de creación, planificación y evaluación en términos económicos y financieros del proyecto del equipo mediante el acceso libre de un software financiero. De esta forma, se pretende corroborar si la sostenibilidad es un factor que permite obtener

mejores resultados, mayor rentabilidad y revalorización de la capitalización bursátil como *proxie* al valor de mercado, entre otros.

## 4.2. DESCRIPCIÓN DE LA ACTIVIDAD DE INNOVACIÓN

### 4.2.1. Grados y materias implicadas

- Grado de Administración y Dirección de Empresas (ADE) y en el doble Grado en ADE y Derecho: Teoría de la Inversión (código 35805). Esta asignatura tiene una carga de 6 ECTS y se imparte en segundo y tercer curso, respectivamente, y es de carácter obligatorio y tiene como objetivo proporcionar al estudiantado los conocimientos y habilidades necesarias para valorar cualquier proyecto de inversión productiva en ambiente de riesgo.
- Grado de Inteligencia y Analítica de Negocios o *Business Intelligence Analytics* (BIA): Análisis de la Inversión Productiva de la Empresa (código 36512). Esta asignatura tiene una carga de 6 ECTS y es de segundo curso, y es de carácter obligatorio. Se centra en la valoración de proyectos productivos que le permitan a la empresa generar riqueza y, por ende, maximizar su valor en el mercado para sus propietarios, teniendo en cuenta todos los costes y beneficios tanto económicos, sociales como medioambientales, antes de acometerlos.

### 4.2.2. Fases del diseño y desarrollo del proyecto sostenible (véase Figura 3):

- FASE 1. Localizar oportunidades de inversión productiva en una compañía cotizada y organización del grupo. En primer lugar, los estudiantes se organizan en grupos de no más de 4 miembros en función de sus afinidades. En segundo lugar, se hace una ardua búsqueda de empresas cotizadas sobre las cuales diseñar la propuesta de proyecto sostenible. Existen dos opciones: (i) proponer un proyecto sostenible nuevo a ejecutar desde su fase inicial, o (ii) reconvertir un proyecto que esté en

curso en otro que sea sostenible o más sostenible de lo que lo era hasta el momento.

- FASE 2. Búsqueda de información. En esta segunda fase hace acopio de la información económico-financiera para elaborar los estados financieros previsionales para estimar los Flujos Netos de Caja (FNC) a través de la base de datos ORBIS de *Bureau van Dijk (Moody's Analytics)*. Estos FNC serán la base de cálculo para poder aplicar posteriormente las distintas herramientas financieras conducentes a proporcionar una buena medida de la rentabilidad para el proyecto productivo sostenible
- FASE 3. Identificar ítems relacionados con la Sostenibilidad. Se han de localizar elementos relacionados con la sostenibilidad dentro de la estrategia empresarial y que se puedan cuantificar desde el punto de vista económico. Algunos ejemplos de este tipo de ítems pueden ser: sustitución de un equipo industrial obsoleto por otro que afín con la protección del medio ambiente (reducción en costes variables debido al ahorro en el consumo energético, consumo en agua, etc.), sistemas productivos que permitan que el ambiente para los trabajadores sea más salubre (reducción de los costes fijos por ahorro en la prima del seguro de salud de los empleados), etc.
- FASE 4. Obtención de los Flujos Netos de Caja. Una vez se dispone de toda la información inherente a los ingresos y costes vinculados con la futura actividad productiva, se calculan los Free Cash Flow (FCF). Esta magnitud nace como el resultado al diferenciar los ingresos (realmente cobrados) con los gastos (realmente pagados) o lo que es lo mismo, la riqueza producida por las decisiones de inversión. A los FCF se le añaden los ahorros fiscales, representativos de la riqueza producida por las decisiones de financiación, y se obtienen finalmente los FNC sostenibles.
- FASE 5. Aplicación de las herramientas financieras. Se utilizarán herramientas financieras clásicas tanto en ambiente de

certeza como de incertidumbre. La finalidad es ofrecer una medida cuantitativa de la rentabilidad del proyecto sostenible. Las herramientas en un contexto de certidumbre son (Brealey, Myers y Allen, 2021):

1. Valor Actual Neto (VAN): Es una medida de la rentabilidad en términos absolutos, esto es, en unidades monetarias.
2. Tasa Interna de Rentabilidad (TIR): Es una medida de la rentabilidad en términos relativos, esto es, en porcentaje.
3. Índice de Rentabilidad (IR): Es una medida de la rentabilidad en términos de unidades monetarias obtenidas por unidad monetaria invertida.
4. *Pay-Back* (PB): Es una medida de la liquidez del proyecto. Cuanto menor sea el término de recuperación, más líquido será el proyecto.

En ambiente de riesgo las herramientas serán:

5. Análisis de sensibilidad (AS): Considera distintos escenarios posibles que se pueden dar en un futuro y cómo afectaría a la rentabilidad en cada uno de los casos.
  6. Simulación de Montecarlo (SMC): Introduce la modelización probabilística y simula infinidad de situaciones ofreciendo como resultado su valor medio y su varianza.
- FASE 6. Cuantificación del valor económico aportado por la sostenibilidad. La integración de criterios o políticas de sostenibilidad en las decisiones de negocio de la empresa, contribuyen a la creación de valor económico. En esta fase los discentes comparan el proyecto que incorpora la sostenibilidad respecto a si la sostenibilidad no se hubiera implementado. A tal fin, se aplican las herramientas financieras en ambos casos y se cuantifica el valor incremental, en términos de rentabilidad, del proyecto sostenible.
  - FASE 7. Elaboración del informe ejecutivo final y exposición de resultados. Con esta fase culmina el proceso y se trata de presentar un informe ejecutivo donde se explica todo el

proceso realizado hasta obtener los resultados sobre la rentabilidad que ofrece el proyecto sostenible vs. proyecto no sostenible. Además, y por grupos, los estudiantes exponen en sesión pública los logros alcanzados.

**FIGURA 3.** Fases de un proyecto sostenible



Fuente: Elaboración propia

## 5. RESULTADOS

Para empezar, hay que destacar que la formación de los grupos de trabajos ha impactado favorablemente en el ambiente de trabajo lo que se ha traducido en trabajos que presentan una muy buena calidad científica a la par que un elevado nivel de compromiso con la sostenibilidad corporativa.

Las empresas implicadas en los trabajos de campo, la descripción de los proyectos propuestos por los estudiantes, así como los ODS que se espera poder potenciar con la implementación de estos proyectos se muestra en la Tabla 1.

**TABLA 1.** *Proyectos sostenibles realizados y alcance de ODS*

<b>Empresa</b>	<b>Descripción del proyecto sostenible</b>	<b>ODS</b>
ACCIONA	Instalación de una Planta Fotovoltaica de Bolarque, Cuenca. La energía solar es un recurso renovable, reutilizable, no contaminante e inagotable. La energía solar no genera sustancias tóxicas ni contamina el agua. Tampoco aumenta la problemática del calentamiento global ya que no emite gases de efecto invernadero.	ODS 6 ODS 7 ODS 9 ODS 11 ODS 13
AENA	Adquisición de vehículos eléctricos o ecoturismos con el objetivo de lograr que el 100% de la flota de vehículos sean sostenibles en 2026.	ODS 7
BBVA	Implementar la tecnología blockchain mediante el mecanismo Proof of Stake (PoS), que ayudaría al medio ambiente. Se realizan transacciones más rápidas y seguras, aumentando la confianza de los clientes, contribuyendo así a la preservación del medio ambiente.	ODS 9
BBVA E IBERDROLA	Proyecto conjunto basado en la obtención de energía sostenible y renovable para ambas empresas. Se propone la instalación de un total de 150.000 placas solares en 8 terrenos. Con dicha inversión se pretende que esta empresa de distribución eléctrica pueda obtener energía renovable de forma gratuita.	ODS 1 ODS 7 ODS 13 ODS 17
COCA-COLA	Apertura de su mayor planta de producción de Europa en Sevilla.	ODS 5 ODS 7 ODS 12 ODS 14
FAURECIA	Creación de un Data Warehouse que consiste en un almacén electrónico para modernizar los sistemas para la información de la empresa a la vez que se reducen costes y se participa en el desarrollo sostenible social, reduciendo el consumo de papel y las emisiones que este genera.	ODS 3 ODS 13
IAG	Actuar para bajar las emisiones de carbono en la aviación a través del nuevo combustible SAF. Este combustible se produce a partir de materias primas sostenibles y es muy similar en su química al combustible fósil para aviones tradicionales.	ODS7 ODS13

MELIÀ HOTELS	Instalar dispositivos en las habitaciones de nuestros hoteles para ahorrar agua. Así mismo, con la implantación de esta tecnología podremos evitar que el agua salga por el grifo hasta que no esté a 35 °C.	ODS 9 ODS 12
-----------------	--	-----------------

**TABLA 1** (Continuación)

NH HOTELES	Proyecto de cinco años para introducir el consumo responsable en todos los establecimientos de la marca.	ODS 7 ODS 12
REPSOL	Fabricación de biocombustible a partir de aceite de cocina usado y de los residuos orgánicos (biomasa) generados en las explotaciones ganaderas e industrias agrícolas y forestales. Estimamos que la duración del proyecto será de 10 años.	ODS 7 ODS 9 ODS 11 ODS 12 ODS 13 ODS 17
SIEMENS	Garantizar la sostenibilidad energética a medio/largo plazo mediante el uso de la tecnología “hidrógeno verde”. Esta tecnología, conforma un sistema que abarca un electrolizador en un aerogenerador eólico marino, mediante un sistema único y sincronizado, para producir directamente hidrógeno verde offshore a escala industrial.	ODS 5 ODS 7 ODS 8 ODS 13 ODS 16

Fuente: Elaboración propia

En el diseño e implementación para las distintas propuestas de proyecto de inversión sostenible, los estudiantes han aplicado concienzudamente los Principios de Inversión Responsable a la par que se han orientado hacia criterios que contribuyen a preservar el medio natural, a proteger a los agentes más vulnerables de la sociedad y promover el buen gobierno corporativo.

Los sectores que tienen presencia activa y que vinculan a las distintas cotizadas con la que se ha trabajado se pueden consultar en la Tabla 2. Destaca el sector de “Servicios de consumo” que engloba cinco proyectos innovadores en el marco de la sostenibilidad de los once que se presentan. Le sigue muy de cerca el sector de “Petróleo y energía” con tres proyectos.

A su vez, gran parte de las empresas presentadas, concretamente ocho, están incluidas en algún índice sostenible. En este caso, los índices son FTSE4Good IBEX, representativo del mercado de capitales español y el DOW JONES Sustainable adscrito al mercado estadounidense.

Los trabajos referenciados en la Tabla 1 se han defendido en sesión pública. Los estudiantes han presentado/defendido delante del profesor de la materia sus propuestas y el resto de los compañeros/as a la vez que otros sujetos allí presentes han planteado sus dudas y propuestas de mejora.

**TABLA 2.** Distribución de las empresas por sectores y subsectores

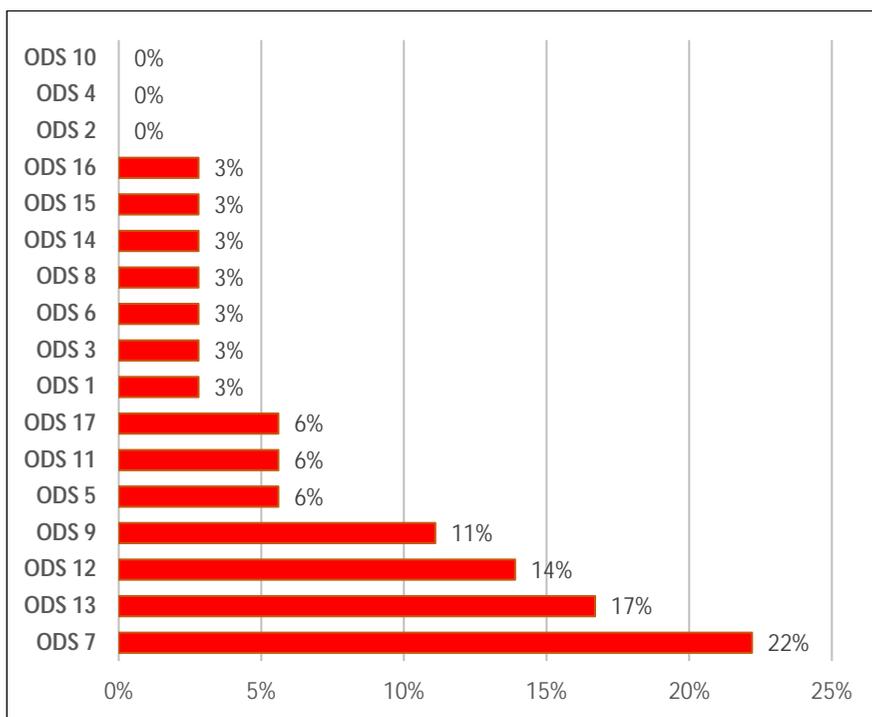
Sector y subsector	Cotizada	Índice sostenible
<b>PETRÓLEO Y ENERGÍA</b>		
Subsector Petróleo	REPSOL	FTSE4Good IBEX
Subsector Electricidad y Gas	IBERDROLA	FTSE4Good IBEX
Subsector Energías Renovables	ACCIONA ENERGÍAS RENOVABLES	
<b>MATERIALES, INDUSTRIA Y CONSTRUCCIÓN</b>		
Subsector: Fabric. y Montaje Bienes Equipo	FAURECIA	
	SIEMENS GAMESA RENEWABLE ENERGY	FTSE4Good IBEX
<b>SERVICIOS DE CONSUMO</b>		
Subsector: Ocio, Turismo y Hostelería	MELIA HOTELS INTERNATIONAL	FTSE4Good IBEX
	<b>NH HOTEL GROUP</b>	
Subsector: Comercio	COCA-COLA	DOW JONES Sustainable
Subsector: Transporte y Distribución	INTERNATIONAL CONSOLIDAT. AIRLINES GROUP	FTSE4Good IBEX
	AENA	FTSE4Good IBEX
<b>SERCICIOS FINANCIEROS</b>		
Subsector: 5.1 Bancos y Cajas de Ahorro	BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.	FTSE4Good IBEX

Fuente: Elaboración propia

Asimismo, y como resultado de corte más cuantitativo, en el Gráfico 1 se proporciona la relevancia de cada uno de los ODS analizados y el nivel de desarrollo y aplicación. Particularmente, se presentan para las empresas y sus proyectos analizados el grado de implementación los 17 ODS, siendo el ODS 7 el que más se aplica y los ODS 2, ODS 4 y ODS 12, los que no se han implementado.

En concreto y en primer lugar, se observa que las energías asequibles y no contaminantes revisten un papel relevante dentro de los esfuerzos que realizan las empresas en materia de sostenibilidad (alineadas con el ODS 7: 22%). En segundo lugar, también se muestran estas compañías estimuladas a proteger la climatología del planeta adoptando medidas activas de acción sobre el clima (alineadas con el ODS 13: 17%). En tercer lugar, fomentar la producción y el consumo responsable también es una cuestión de especial relevancia (alineadas con el ODS 12: 14%). Por último, y no menos importante, también es imprescindible acometer actividades de innovación, así como generar una red de infraestructuras sostenibles (alineadas con el ODS 9: 11%).

**GRÁFICO 1.** Nivel de implementación de los ODS



Fuente: Elaboración propia

Los ODS anteriormente indicados son los que presentan mayor peso relativo y, es por ello por lo que, aunque el resto de ODS tienen menor aplicación, no son menos relevantes.

Estos resultados secundarios y tomando los ODS con representación nula, ponen de manifiesto que, aspectos tales como: erradicar el hambre, proporcionar educación de calidad y reducir las desigualdades, no son perentorios para nuestros estudiantes o, posiblemente, en el orden de prelación encuentran otros ODS que consideran más prioritarios.

## 6. CONCLUSIONES

Con esta experiencia en innovación docente se ha pretendido despertar y estimular en los estudiantes una actitud proclive a adentrarse en la filosofía de la Sostenibilidad en general y, en las Finanzas Sostenibles, en particular. A su vez, se ha pretendido que los estudiantes se plantearan la necesidad de revisar los modelos económicos tradicionales con el fin de impulsar el desarrollo económico en el contexto de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas.

Esta actividad se ha implementado en los estudiantes de dos materias: “Análisis de la inversión productiva de la empresa” del Grado en Inteligencia y Analítica de Negocios y “Teoría de la inversión” del doble Grado en Administración y Dirección de Empresas y Derecho (ADE-Derecho), en la Facultat d’Economia (Universitat de València) para el curso académico 2021-2022.

Las directrices más relevantes sobre las cuales se ha construido la estructura de ejecución de los trabajos ha sido la aplicación de los Principios de Inversión Responsable (PIR) a la vez que los criterios medioambientales, sociales y de buen gobierno (ASG).

La metodología que se ha utilizado para darle cuerpo a este trabajo conjunto entre docentes y discentes es la de Aprendizaje Cooperativo y Transversal, a través de la creación de distintos grupos de trabajo.

Los resultados obtenidos con esta experiencia han sido muy satisfactorios a tenor de la elevada implicación por parte de los discentes, la destacada calidad del contenido de sus trabajos, a la vez que las excelentes

exposiciones que realizaron para presentar y defender sus propuestas de proyectos productivos sostenibles para las empresas cotizadas que habían seleccionado previamente. A pesar de que en esta experiencia únicamente se han expuesto los trabajos más destacados, en términos generales, el alumnado ha presentado elevada implicación en su trabajo y el trabajo en equipo.

En términos generales se puede concluir que, se ha fomentado en gran medida los ODS incluidos en la Agenda 2030, así como los PIR y los criterios ASG, que son la piedra angular para vertebrar adecuadamente la realización de proyectos empresariales sostenibles. Asimismo, los proyectos presentados y las empresas implicadas han mostrado un especial interés en todo lo relacionado con la energía asequible y no contaminante, la acción activa de protección por el clima y su vínculo con el sector industrial, la innovación y la utilización de infraestructuras sostenibles, eso es, el ODS 7, el ODS 13 y el ODS 12.

Estos resultados secundarios y tomando los ODS con representación nula, ponen de manifiesto que, aspectos tales como: erradicar el hambre, proporcionar educación de calidad y reducir las desigualdades, no son perentorios para nuestros estudiantes o, posiblemente, en el orden de prelación encuentran otros ODS que consideran más prioritarios.

Esta experiencia presenta una serie de limitaciones y futuras líneas de investigación. En primer lugar, los grupos de trabajo se han creado en función de las afinidades del alumnado, por lo que los resultados obtenidos podrían estar sesgados, ya que todos los integrantes del equipo pueden no estar contribuyendo a la realización del trabajo en la misma medida o puede que exista un integrante individualista que tiende a realizar el trabajo sin considerar la opinión del resto de integrantes. Así pues, sería conveniente que la creación de los grupos de trabajo se realizara mediante alguna estrategia como por ejemplo Test Rápido del Eneagrama de Riso y Hudson (1999) que permite identificar el eneatispo predominante de cada uno de los/alumnas alumnos/alumnas de un total de 9 eneatispos. Este test permitirá la inclusión de diferentes perfiles en un grupo dependiendo de los eneagramas, lo que sería más ventajoso para el equipo de trabajo. Por el contrario, se podría utilizar el Test de Belbin (1981) que permite identificar nueve estilos diferentes de

comportamiento ya que la creación de equipos utilizando este test de manera adecuada permite conseguir grandes éxitos al equipo de trabajo. En segundo lugar, la muestra utilizada en esta experiencia incluye un total de 80 alumnos divididos en grupos de 4 integrantes. Se han incluido los trabajos más relevantes en esta experiencia por lo que finalmente se han considerado un total de 11 trabajos. De este modo, los resultados obtenidos no deben extrapolarse a otra muestra. En tercer lugar, la experiencia la ha realizado el alumnado de segundo curso de la asignatura de “Análisis de la inversión productiva de la empresa” del grado de BIA y del tercer curso de “Teoría de la inversión” del doble grado ADE-derecho. Sería conveniente, realizar la misma experiencia en las asignaturas de finanzas que preceden a las asignaturas analizadas que serían “Rentabilidad y riesgo” de cuarto curso para el grado de BIA y “Teoría de la Financiación” de cuarto curso para el doble grado ADE-Derecho, para valorar si los resultados son similares o diferentes. Por último, es necesario destacar que el alumnado ha analizado 11 empresas de un total de 160 empresas que cotizan en la Bolsa de Madrid. Aunque esta muestra no es representativa de todo el mercado, sí ha servido para ver que se está haciendo en materia de sostenibilidad.

## 7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Los autores agradecen el apoyo obtenido, en convocatoria pública, a través del proyecto de innovación docente (SFPIE\_PID-2074278) concedido por el Servei de Formació Permanent i Innovació Educativa del Vicerectorat d'Innovació i Transferència (Universitat de València) para el curso académico 2022/2023.

## 8. REFERENCIAS

- Belbin, M. (1981). *Management teams. Why they succeed or fail*. New York, USA: John Wiley & Sons.
- Brealey, R., Myers, S. y Allen, F. (2021). *Principios de finanzas corporativas*. McGraw-Hill.
- Foldnes, N. (2016). The flipped classroom and cooperative learning: Evidence from a randomised experiment. *Active Learning in Higher Education*, 17(1), 39–49.
- Hortigüela-Alacalá, D., Palacios-Picos, A., y López Pastor, V. (2019). The impact of formative and shared or co-assessment on the acquisition of transversal competences in higher education. *Assessment & Evaluation in Higher Education*, 44(6), 933–945.
- Huertas-Montes, A. H., y Pantoja-Vallejo, A. (2016). Efectos de un programa educativo basado en el uso de las TIC sobre el rendimiento académico y la motivación del alumnado en la asignatura de tecnología de educación secundaria. *Educación XXI*, 19(2), 229–250.
- Larraz, N., Vázquez, S., y Liesa, M. (2017). Transversal skills development through cooperative learning. Training teachers for the future. *On the Horizon*, 2(5), 85–95.
- Red Española de Pacto Mundial (2020). *Contribución de las empresas españolas a la Estrategia de Desarrollo Sostenible 2030: una consulta integral*. Ministerio de Asuntos Sociales y Agenda 2030. [file:///C:/Users/34615/Downloads/Informe\\_Consulta\\_empresa\\_riaal\\_Estrategia\\_2030\\_\\_Pacto\\_Mundial%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/34615/Downloads/Informe_Consulta_empresa_riaal_Estrategia_2030__Pacto_Mundial%20(1).pdf)
- Red Española de Pacto Mundial (2022). *Finanzas sostenibles y Agenda 2030: invertir en la transformación del mundo*. White Paper N° 1.
- Riso, D. R. y Hudson, R. (1999). *The wisdom of the Enneagram: The complete guide to psychological and spiritual growth for the nine personality types*. New York: Bantam.
- Ziolo, M., Fidanoski, F., Simeonovski, K., Filipovski, V., y Jovanovska, K. (2017). *Sustainable Finance Role in Creating Conditions for Sustainable Economic Growth and Development*. World Sustainability Series. New York.

## LA PROHIBICIÓN DE LA SIEMBRA DE CULTIVOS TRANSGÉNICOS EN LA PENÍNSULA DE YUCATÁN: ACIERTOS Y CONTRADICCIONES.

---

CARLOS ERNESTO ARCUDIA HERNÁNDEZ  
*Universidad Autónoma de San Luis Potosí*

### 1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, analizaremos un par de resoluciones de la 2ª Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) de un juicio de amparo en revisión que derogó una autorización para sembrar organismos genéticamente modificados en la Península de Yucatán. Y una resolución de una de la SCJN a una controversia constitucional promovida por el Poder Ejecutivo Federal en contra del “Decreto 416/2016 por el que se declara al estado de Yucatán zona libre de cultivos agrícolas con organismos genéticamente modificados” (en adelante Decreto 416/2016).

Frente a argumentos similares, la SCJN resolvió de manera contradictoria, en el primer caso –el del amparo en revisión- aplicó un criterio expansivo; en el caso del Derecho 416/2016 aplicó un criterio estricto basándose en la rígida distribución competencial entre Federación y los estados.

El fondo de la controversia es la siembra de organismos genéticamente modificados (OGM) para fines comerciales. Un OGM “es una planta, animal o microorganismo al que se le ha cambiado su material genético (ADN) utilizando tecnología que generalmente implica la modificación específica del ADN, incluida la transferencia de ADN específico de un organismo a otro” (FDA, 2022).

En los casos que nos ocupan, en el Amparo en Revisión 241/2015 la parte quejosa impugnó una autorización a favor de Monsanto para la

liberación al ambiente en fase comercial de soya (*Glycine max L*) genéticamente modificada, solución Faena destinada a sembrarse en 253,500 hectáreas en cinco regiones que se ubican en la Península de Yucatán, Chiapas y la Planicie Huasteca.

En la acción de inconstitucionalidad, el gobierno federal recurrió el Decreto 416/2016 del gobierno de Yucatán que declaraba al Estado zona libre de cultivos transgénicos. La Federación estimaba que el gobierno estatal se había excedido en sus atribuciones por considerar la regulación de los OGM de carácter federal.

Pues bien, la SCJN analizó ambos asuntos a la luz del derecho procesal convencional. En el primero de los casos aplicó el derecho convencional para dar la razón a la parte quejosa. En el segundo, no fue así.

Toda esta discusión bascula en torno al principio pro persona y la interpretación conforme que son la base del paradigma actual en materia de derechos humanos. Frente a un criterio estructurado, el principio pro persona y la interpretación conforme ofrecen mayores posibilidades de interpretación expansiva de los derechos humanos.

## 2. OBJETIVOS

### 2.1. GENERAL

- Analizar las resoluciones de la SCJN en materia de liberación con fines comerciales de OGM en la península de Yucatán en México.

### 2.2. ESPECÍFICOS

- Analizar la resolución al AR 241/2015 que prohibió la siembra de transgénicos en Campeche
- Analizar la resolución a la AI 233/2016 en contra del Decreto 418/2016 del Gobierno de Yucatán que declara el Estado libre de transgénicos.

### 3. METODOLOGÍA

En el presente trabajo utilizaremos métodos de interpretación jurídica que ponen de relieve el nuevo paradigma en materia de derechos humanos. A saber: el principio pro persona y la interpretación conforme.

El principio de interpretación conforme a la Constitución, posee sus raíces en la jurisprudencia del tribunal supremo norteamericano, que exige la interpretación de sus leyes en *harmony with the Constitution* (Miranda y Navarro, 2014). El mismo tiene su fundamento en el artículo 29 inciso c) del Pacto de San José que dispone:

“Artículo 29.- Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a)... b)...; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.”

Actualmente, resulta evidente el avance que el derecho internacional ha tenido en materia de derechos humanos, lo que ha provocado que el objeto de estudio de la interpretación constitucional se expanda, y no solo esté al margen de lo previsto en el texto constitucional o en las leyes secundarias. Por esa razón, la eficacia de un precepto de derecho interno, como podría ser un artículo constitucional, en mucho depende del enfoque internacional que sobre su contenido se vierta. Así, los tratados internacionales sobre derechos humanos juegan un papel referente y obligatorio para la correcta estimación y protección de un derecho fundamental o humano (Miranda y Navarro, 2014).

Este principio se incluyó en el segundo párrafo del artículo 1º Constitucional producto de la reforma de 2011. Sobre la redacción, según Cabello (2011) hay que tener en cuenta dos observaciones importantes:

Tanto en los dictámenes precedentes como en la versión final se abre una vía paralela de órdenes normativos que intervienen como referentes de la interpretación de las normas sobre derechos humanos hacia la Constitución y los tratados: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia”. Como atinadamente señala el autor

en comento, nuestro legislador toma distancia de regímenes constitucionales como la Constitución Española de 1978 que en su artículo 10.2 establece que:

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España

Con lo cual nuestra Constitución, antepone la supremacía constitucional a los tratados internacionales.

Por otra parte, en punto al universo de tratados que constituyen el referente interpretativo de las normas sobre derechos humanos: "...tratados internacionales de la materia". En este sentido, es necesario hacer una distinción. Por un lado, el conjunto normativo que abarca el primer párrafo del artículo 1o. al señalar que se reconocen los derechos humanos presentes en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, lo cual implica que no se incluyen solamente los tratados sobre derechos humanos, sino las normas protectoras de las personas, presentes en cualquier tipo de instrumentos (Caballero, 2011). Y aquí si hay coincidencia con la Constitución Española que hace referencia a los tratados en materia de derechos humanos.

Ahora bien, sobre la formulación del principio pro persona, Quintero Mata señala que han de tenerse en cuenta tres elementos básicos que lo conforman: 1. Un elemento de temporalidad: que se configura "en todo tiempo"; 2. Un elemento personal: cuando se dirige "a las personas"; y, 3. Un elemento material: que se da en relación con "la protección más amplia".

Estas primeras consideraciones sobre sus componentes estructurales permiten acercarnos un poco más a la concreción de la "fórmula del mejor derecho" se debe preferir la disposición normativa o la interpretación jurídica que favorezca, durante el mayor tiempo posible y a un mayor rango de personas, las formas de protección más óptimas (Quintero, 2018).

La inclusión del principio pro persona que, es el criterio indispensable de actuación hermenéutica ante la cláusula de interpretación conforme, y cuyo sentido es precisamente señalar la preferencia de aplicación ante los reenvíos que se realizan desde las normas sobre derechos a la CPEUM y a los tratados internacionales. Cumple con dos objetivos: a) definir el estándar de integración normativa, es decir, construir el contenido constitucionalmente declarado de los derechos, y b) señalar la norma aplicable en caso de antinomias, y con independencia de su posición jerárquica;<sup>89</sup> respetando el contenido mínimo esencial del derecho que debe restringirse si se trata de dos normas constitucionales (Caballero, 2011).

#### 4. RESULTADOS

Pero, además queda sentado en el aludido párrafo el principio pro persona. Éste consiste en la obligación de todas las autoridades de resolver en todo tiempo favoreciendo a las personas con la protección amplia en los derechos humanos. Lo que significa una interpretación más estricta cuando se trate de restricción o limitaciones a derechos y libertades. En realidad, este principio goza de rango constitucional por lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 1º constitucional toda vez que se encuentra previsto en el artículo 29 del pacto de San José (Ferrer y Pelayo, 2021)

##### 4.1. AMPARO EN REVISIÓN 241/2015

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el 4 de noviembre de 2015 el Amparo en Revisión 241/2015. Este juicio se originó en los juicios de amparo promovidos por la comunidad maya de Pacchen No 753/2012 y Cancabchen (Sociedad de apicultores Miel y Cera de Campeche) No. 762/2012.

En su acto reclamado, los quejosos señalaron como autoridades responsables de la expedición del permiso a la Dirección General de Sanidad Vegetal, Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales; Subsecretaría de Gestión para la Protección Ambiental; Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, Servicio

Nacional de Sanidad Inocuidad y Calidad Alimentaria y Dirección General de Inocuidad Alimentaria, Acuícola y Pesquera.

Por razón de turno, de dicha demanda correspondió conocer al Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Campeche con residencia en la ciudad de San Francisco de Campeche, el cual mediante auto de veintiocho de junio de dos mil doce, tuvo por recibida la demanda y ordenó su admisión.

El juzgador decidió conceder el amparo y protección de la Justicia de la Unión respecto de los actos reclamados a la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación; Servicio Nacional de Sanidad, Inocuidad y Calidad Agroalimentaria; y Dirección General de Inocuidad Agroalimentaria, Acuícola y Pesquera, consistentes en la expedición del permiso de liberación al ambiente en fase COMERCIAL de soya genéticamente modificada tolerante al herbicida glifosfato a favor de la empresa Monsanto, por tiempo indefinido en municipios de Campeche.

Inconforme con la sentencia el Agente del Ministerio Público Adscrito al Juzgado Segundo de Distrito en Campeche promovió revisión de amparo que tocó conocer al Primer Tribunal Colegiado del Trigésimo Primer Circuito, con sede en San Francisco de Campeche. Lo remitió al Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región en Mérida, Yucatán; que a su vez lo remitió a la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia por estimar que había que hacer interpretación del artículo 2º fracción I de la Constitución.

En su ocurso, el Ministerio Público argumenta que con la resolución emitida se violenta el derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad, consagrado en el artículo 4º de la Constitución Federal, así como la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado para garantizar que dicho desarrollo sea integral y sustentable, lo cual implica impulsar a las empresas del sector social y privado de la economía, aspecto consagrado en el artículo 25 de la Constitución. Asimismo, alegó que las autoridades emitieron el acto reclamado en estricto apego a la normativa vigente, concretamente el artículo 33 de la Ley de

Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados y por tanto emitieron un acto debidamente fundado y motivado<sup>91</sup>.

Respecto a sus agravios, la Segunda Sala resuelve que de un análisis integral del recurso, es posible observar que el recurrente se limitó únicamente a transcribir los artículos constitucionales que consideró violados y exponer que el permiso impugnado había sido emitido conforme a la normatividad vigente, sin expresar razones o argumentos que explicaran por qué había llegado a dichas conclusiones.. En este sentido, no puede considerarse que el recurrente haya expresado agravio alguno respecto de las consideraciones vertidas por el juez de distrito en la sentencia recurrida.

· 1. Para desvirtuar el agravio del Ministerio Público, la Sala señaló que si bien es cierto, el derecho a la alimentación es reconocido tanto en el artículo 4º de la Constitución Federal, como en diversos tratados internacionales de los que México es parte, entre los que destaca el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, concretamente su artículo 11; en el que se reconoce este derecho desde su doble vertiente, que implica por un lado, el derecho a estar protegido contra el hambre y por otro el de garantizar una alimentación adecuada, también lo es que, con la sentencia impugnada en nada se perjudica al referido derecho. 2. Los señores Ministros argumentaron que, con base a la controversia constitucional 32/2012, resuelta por el Tribunal Pleno, se violó el derecho humano de los indígenas a ser consultados, mediante procedimientos culturalmente adecuados, informados y de buena fe a través de sus representantes, cada vez que se prevean medidas susceptibles de afectarles directamente. 3. No se vulneró el derecho a la alimentación, por el contrario, la referida consulta también podría incidir favorablemente en que se garantice que la alimentación sea de calidad, aunado a que, en el caso, también están en juego otros derechos humanos como la salud y un medio ambiente sano, razón por la cual tal agravio se declaró infundado. 4. El argumento de que la sentencia reclamada vulneraba la rectoría del desarrollo nacional del Estado, también fue infundado, toda vez que el Ministerio Público no expuso de qué manera se vinculaba el permiso otorgado a una empresa privada con la rectoría del Estado. Por el contrario, la Ley de Planeación contempla que las comunidades indígenas deben ser tomadas en cuenta, a través de sus representantes en la elaboración de dicho plan, obligando al Ejecutivo Federal a crear un apartado específico para todo lo concerniente a este sector de la población y especificando que cuando existan asuntos relacionados con el ámbito indígena, el Ejecutivo Federal deberá consultar, en forma previa, a

---

<sup>91</sup> Sentencia AR 241/2015 pp 37-38

las comunidades, para que éstas emitan su opinión correspondiente. 5. Por último, el agravio del Ministerio Público en el que aseguró que las autoridades responsables cumplieron a cabalidad con los lineamientos de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados al emitir el permiso de liberación al ambiente en fase comercial, fue inoperante, toda vez que corresponde a las autoridades y no al Ministerio Público defender la legalidad de su actuar (Zepeda, 2015)”.

Como se puede observar la Segunda Sala de la SCJN resolvió en una interpretación conforme porque coligó los tratados internacionales con el texto constitucional. Y en aplicación del principio propersona le dio la interpretación más favorable a las pretensiones de los pueblos originarios de Campeche.

#### 4.2 .-CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL 233/2016

El 26 de octubre de 2016 se publicó en el Diario Oficial del Gobierno del Estado de Yucatán el Decreto 418/2016 por el que se declara al estado de Yucatán zona libre de cultivos agrícolas con organismos genéticamente modificados. El contenido normativo del Decreto es muy sucinto contiene únicamente dos artículos y un transitorio sobre el inicio de vigencia. Transcribimos a continuación los dos artículos del decreto:

##### “Artículo 1. Declaratoria

Se declara al estado de Yucatán como zona libre de cultivos agrícolas con organismos genéticamente modificados, así como de productos contaminados, para fines agropecuarios o para la producción de insumos de uso humano y agropecuario, a fin de preservar la biodiversidad, la agrobiodiversidad y la calidad de los productos de las comunidades rurales y costeras.

##### Artículo 2. Promoción de los cultivos orgánicos

La Secretaría de Desarrollo Urbano y Medio Ambiente, en coordinación con la Secretaria de Desarrollo Rural, será la dependencia encargada de la promoción de los cultivos orgánicos, para lo cual realizará las siguientes acciones:

- I. Fomentar la inclusión de los productores agrícolas en el cultivo orgánico.
- II. Promover la entrega de semillas libres de organismos genéticamente modificados.

III. Capacitar a los productores agrícolas sobre los cuidados de los cultivos.

IV. Supervisar los cultivos para su correcto funcionamiento.

V. Implementar esquemas de acción para la comercialización de los productos orgánicos”.

Ahora bien, lo realmente interesante del decreto en cuestión son las consideraciones, bastante amplias, sobre las razones que llevaron al Ejecutivo del Estado a tomar esa decisión.

En primer lugar, el Gobernador del Estado invoca preceptos constitucionales. Señala el artículo 1º, primer párrafo que señala “que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la constitución y en los tratados internacionales”. Y, señala también el párrafo tercero que “todas las autoridades en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”. El otro precepto invocado es el artículo 4º constitucional párrafo sexto que señala que “toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar, y que el estado garantizará el respeto a este derecho y que el daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de los dispuesto en la ley” [Diario Oficial del Estado de Yucatán (DOE), 2016].

Posteriormente señala las normas de derecho convencional que considera son de aplicación. En primer lugar, el Convenio de la Diversidad Biológica (CDB), que señala en su artículo 1, que sus objetivos son “conservar la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos”. También señala el Gobernador del Estado el artículo 6 del CDB que dispone que “cada parte contratante, con arreglo a sus condiciones y capacidades particulares elaborará estrategias, planes o programas nacionales para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica o adaptará para ese fin las estrategias, planes o programas existentes que habrán de reflejar, entre otras cosas, las medidas establecidas en este convenio que sean pertinentes para la parte contratante interesada; e integrarán, en la

medida de lo posible y según proceda, la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica en los planes, programas y políticas sectoriales o intersectoriales” (DOE, 2016).

De capital importancia, para la protección de los derechos y cultura indígenas es el artículo 8j del CDB que señala que:

“los estados parte, en la medida de lo posible y según proceda, con arreglo a la legislación nacional, deberán respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica y promover su aplicación más amplia” (DOE, 2016).

Por último, y no más importante, en punto al derecho convencional señala la Declaración de Río, el Principio 15 que establece el principio de precaución.

En lo relativo a la legislación interna de Yucatán, el Gobernador señala el artículo 1º de la Constitución de Yucarán que reproduce el texto del artículo 1º Constitucional. Pero también, señala los artículo 7 Bis fracción III que establece que una de las prerrogativas que reconocen el derecho a la libre determinación del pueblo maya, bajo un marco autonómico en armonía con la unidad estatal, es acceder al uso, disfrute y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales, flora y fauna silvestre de los lugares y sitios que habiten o en los que se encuentren ubicadas las comunidades (DOE, 2016).

Que establece, en su artículo 86, párrafo cuarto, que el estado, por medio de sus poderes públicos, “garantizará el respeto al derecho de humano de toda persona a gozar de un ambiente ecológicamente equilibrado y la protección de los ecosistemas que conforman el patrimonio natural de Yucatán” (DOE, 2016).

Cita también la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente (de carácter federal) que dispone, en su artículo 7, fracción XIX, que corresponde a los estados, de conformidad con lo establecido en esa ley y en las leyes locales en la materia, emitir recomendaciones a

las autoridades competentes, con el propósito de promover el cumplimiento de la legislación en materia ambiental.

Por otra parte cita diversas disposiciones de la Ley de Protección al Medio Ambiente del Estado de Yucatán, donde se faculta a las autoridades estatales para intervenir en materia ambiental. Sobre todo establecer políticas públicas que protejan el medio ambiente.

Sobre los considerandos de hecho, el Gobierno de Yucatán hace consideraciones similares al caso comentado en el apartado anterior. En primer lugar, pone de manifiesto la gran biodiversidad de flora y fauna de Yucatán, sus paisajes kársticos representados principalmente por cavernas y cenotes, su riqueza arqueológica y su cultura maya. Que el aprovechamiento integral y diversificado de los recursos naturales del Estado de Yucatán se realiza en un ambiente vulnerable a fenómenos meteorológicos que arrasan los cultivos, en consecuencia, los plaguicidas, constituyen una fuente de contaminación hídrica.

Pone de manifiesto, que la población que habita el Estado tiene como base para su subsistencia la biodiversidad y la agro diversidad, que es manejada y cuidada a través de prácticas tradicionales como la milpa que se caracteriza por la siembra de diversas especies de cultivos los cuales benefician a las familias, así como por otras actividades complementarias como la producción de miel, que es altamente cotizada en el extranjero, la ganadería de traspatio y la silvicultura. En concreto, más de 45,000 familias trabajan y dependen económicamente de este sistema agroforestal que distribuye ingresos familiares por más de 130 millones de pesos anuales.

El Gobierno del Estado pone de manifiesto también que en los últimos años se ha incrementado el cultivo de oleaginosas (la soya) para la producción de aceites, pero también para forraje de animales. Según el decreto en comento entre las soluciones que se han propuesto para enfrentar la demanda de oleaginosas se encuentra el cultivo de organismos genéticamente modificados, particularmente el uso de la soya transgénica, la cual es resistente al herbicida glifosato<sup>1</sup>, con el fin de obtener altos rendimientos mediante el control de las malezas. No obstante, entre las

especies consideradas como malezas se incluyen algunas especies neotapoliníferas importantes para los apicultores

El Decreto expone en sus considerandos las autorizaciones controvertidas en el caso estudiado en el apartado anterior. Pero que a pesar del mismo, se siguen sembrando transgénicos en los polígonos autorizados. El polígono A abarca varios municipios del sur del Estado de Yucatán por un total de 751,298 hectáreas; y, el polígono B comprende varios municipios del oriente de Yucatán por un total de 305,663 hectáreas.

También se trae a colación la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) emitió una resolución a través de la cual obligó a considerar el polen presente en la miel como un ingrediente y no como un componente de esta como se había considerado hasta ese momento y, en consecuencia, determinó que la miel detectada con trazas de polen genéticamente modificado debería recibir la aprobación regulatoria antes de ser comercializada en Europa. Por lo que, independientemente de que este criterio sustentado por el TJUE continúe, en los contratos de compraventa de miel para exportación se especifica la condición de ser libre de organismos genéticamente modificados debido a las exigencias impuestas por los consumidores europeos. Como consecuencia de esa sentencia se incrementó la exigencia en la calidad de los productos exportados y la preocupación de los productores de miel con motivo de la presencia de soya transgénica en el territorio del estado de Yucatán. Finalmente, en abril de 2012, el laboratorio alemán *Eurofins Genescan* detectó la presencia de transgénicos en la miel exportada de Yucatán, en una muestra proveniente del municipio de Tekax.

Por otra parte Que el 17 de octubre de 2012 la Secretaría de Desarrollo Urbano y Medio Ambiente del Gobierno del Estado de Yucatán recibió documentación por parte de los municipios del polígono A para acompañar la opinión favorable del Gobierno del estado de Yucatán a la solicitud de la declaratoria de zona libre de transgénicos sin que hasta la presente fecha la autoridad competente haya dado respuesta a las solicitudes.

El Gobierno del Estado estableció la estrategia para apoyar la producción de soya huasteca desarrollada por el Instituto Nacional de

Investigaciones Forestales, Agrícolas y Pecuarias, otorgando recursos económicos para que los productores involucrados continuaran con su actividad. De igual manera, los presidentes municipales involucrados promovieron reuniones con los productores y difundieron la información. También se realizó una amplia difusión en las comunidades de los municipios involucrados por parte del equipo de representación legal de los apicultores. De esta forma las autoridades estatales y municipales llevaron a cabo la valoración y conciliación de intereses, previo a dar su aval a la solicitud de la comunidad.

El Gobierno de Yucatán atendiendo al principio de precaución, determinado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, el cual considera que "cuando las actividades humanas pueden conducir a un daño moralmente inaceptable, que es científicamente plausible pero incierto, se adoptarán medidas para evitar o disminuir ese daño. El daño moralmente inaceptable consiste en el infligido a seres humanos o el medio ambiente que: 1) Es una amenaza para la vida o la salud; 2) Es grave y efectivamente irreversible; 3) Es injusto para las generaciones presentes o futuras; 4) Es impuesta sin una consideración adecuada de los derechos humanos de las personas afectadas".

Por ende, se estima necesario aplicar el principio de precaución ante el daño moralmente inaceptable de amenaza para la salud por la presencia de soya transgénica y el uso extensivo de agroquímicos; por el daño grave e irreversible a la actividad apícola, porque es injusto para las futuras generaciones; y porque atenta contra los derechos humanos de los productores mayas milperos o apicultores, la consulta previa, libre e informada, el derecho al trabajo, a la alimentación, a la comercialización e industrialización y a la propiedad social, así como el derecho humano a un ambiente sano.

Que la producción de miel en Yucatán es de gran relevancia para la economía y la biodiversidad estatal y nacional por lo que las afectaciones que ha sufrido este sector productivo y el ambiente, a partir de la autorización del cultivo de soya transgénica en diversas poligonales del estado, representan no solo un peligro para la comercialización orgánica de la miel sino también para el ecosistema de la península, al coincidir geográficamente las áreas de cultivos transgénicos con las zonas

apícolas y ser una zona susceptible al impacto no controlado de fenómenos hidrometeorológicos como son las depresiones tropicales y los huracanes, así como a la contaminación del manto acuífero con agrotóxicos, por lo que he tenido a bien expedir el Decreto 418/2016.

El Poder Ejecutivo Federal promovió la Controversia Constitucional 233/2016 alegando como conceptos de invalidez que el Poder Ejecutivo del Estado de Yucatán carece de facultades para declarar la entidad federativa como zona libre de cultivos agrícolas con organismos genéticamente modificados e invade la esfera de atribuciones del Ejecutivo Federal en materia de El decreto combatido transgrede también lo dispuesto en el artículo 117 fracción V de la Constitución Federal, pues prohíbe indirectamente la entrada de mercancía al Estado de Yucatán.

El gobierno de Yucatán defendió la validez del decreto y expuso que no hay violación a las competencias porque en materia ambiental las facultades son concurrentes.

La SCJN resolvió la invalidez del Decreto 418/2016 sosteniendo la competencia de la Federación en materia de bioseguridad. Aplicando un criterio rígido de distribución de competencias entre la Federación y las entidades federativas proveniente del artículo 124 constitucional. Pero exhorta, en su resolutivo tercero al Poder Ejecutivo Federal a pronunciarse sobre la declaratoria en el ámbito de sus competencias.

## 5. DISCUSIÓN

La interpretación conforme y el principio propersona son criterios novedosos de integración normativa inaugurados a partir de la reforma de 2011 en materia de derechos humanos. La interpretación conforme en nuestro país fue recibida supeditándola a la supremacía constitucional, a diferencia de la Constitución Española que supedita a los tratados internacionales la interpretación conforme. El principio propersona trata de dar la interpretación más amplia y favorable en todo momento a favor del gobernado.

En el Amparo en Revisión 241/2015 la Segunda Sala de SCJN confirmó sendos amparos concedidos a comunidades indígenas de Campeche

contra una autorización de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación que autorizaba la liberación comercial de organismos genéticamente modificados resistentes al glifosfato. La Segunda Sala considera que los derechos de los pueblos indígenas, en este caso apicultores del pueblo maya, están por encima de los intereses de Monsanto, y por lo tanto se confirmaron los amparos que habían concedido los tribunales federales de Campeche.

Caso contrario fue la resolución de la Controversia Constitucional 233/2016, en la cual la SCJN invalidó el Decreto 418/2016 por el que se declara al estado de Yucatán zona libre de cultivos agrícolas con organismos genéticamente modificados. La Suprema Corte, valiéndose de un criterio rígido de distribución de competencias en materia ambiental, determinó que el Gobierno de Yucatán carece de facultades para esa declaratoria. Y recomendó, más no obligó, al Gobierno Federal a pronunciarse sobre la solicitud de declaratoria del estado como zona libre de transgénicos. Haciendo una interpretación restrictiva alejada del principio *propersona*.

## 6. CONCLUSIONES

La interpretación conforme y el principio *pro persona* son criterios hermenéuticos que permiten realizar interpretaciones amplias y expansivas en aras de la protección de los derechos humanos. En los casos analizados, en el Amparo en Revisión 241/2015 la SCJN aplicó un criterio amplio y derogó la autorización de la SEMARNAT para sembrar transgénicos en la península de Yucatán y en la planicie costera del golfo de México.

Es de hacer mención que, desde nuestro punto de vista, la SCJN pudo haber aplicado un criterio más amplio para resolver la Controversia Constitucional 233/2016 porque el gobierno de Yucatán utilizó los argumentos que empleó la SCJN en la resolución del amparo en revisión arriba referido. Pero, la SCJN determinó que el gobierno yucateco carece de facultades. No entró en el fondo del asunto, se conformó con un criterio formalista que, desde nuestro punto de vista, es contrario a la interpretación conforme y el principio *pro persona*.

## 7. REFERENCIAS

- Caballero, J.L. (2011). La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (Artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución. *Jurídica, Anuario de del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* (41) 165-188
- Decreto 418/2016 por el que se declara al estado de Yucatán zona libre de cultivos agrícolas con organismos genéticamente modificados (2016), Diario Oficial del Estado de Yucatán, 26 de octubre, pp 17-26
- Ferrer, E. y Pelayo, C.M. (2021). La obligación de respetar los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia. *Revista Estudios Constitucionales*. 10 (2), pp 141-192
- Miranda, A.J. y Navarro, P. (2014). El principio de interpretación conforme en el derecho constitucional mexicano. *Opinión Jurídica*, Medellín, 13 (26), pp 69-80.
- Quintero, G. (2018). El principio pro persona, la fórmula del mejor derecho. *Cuestiones Constitucionales*, (39), pp 201-228
- Zepeda, I (2015), Amparo en revisión 241/2015, *Crónicas del Pleno y las Salas*, México, pp 1-4

DERECHO INTERNACIONAL  
DEL CAMBIO CLIMÁTICO:  
RETOS PARA LA MITIGACIÓN DE  
LA ACIDIFICACIÓN DE LOS OCÉANOS

---

ADRIANA FILLOL MAZO  
*Universidad de Sevilla*

## 1. INTRODUCCIÓN\*

Los océanos absorben aproximadamente el 30% de las emisiones globales de CO<sub>2</sub>, ya que actúan como sumideros de carbono junto a los bosques. Ahora bien, el actuar como sumideros de carbono tiene sus consecuencias, ya que los océanos se están volviendo cada vez más ácidos debido a una interacción química entre las moléculas de agua (H<sub>2</sub>O) y el dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) que produce ácido carbónico (H<sub>2</sub>CO<sub>3</sub>). El ácido carbónico reduce la cantidad de iones carbonato en el agua, lo que genera una serie de efectos negativos en la cadena trófica marina que afectan a muchos organismos marinos y por ende también a los recursos vivos del mar de los que obtenemos alimentos.

Por tanto, la acidificación de los océanos puede ser definida como el fenómeno en virtud del cual, tras una serie de procesos químicos impulsados por el aumento de la cantidad de absorción de CO<sub>2</sub> por el océano, las aguas marinas se vuelven cada vez menos alcalinas, alterándose el estado de su pH natural.

En la actualidad no hay ningún instrumento jurídico internacional que aborde específicamente la acidificación de los océanos o sus efectos sobre el medio marino. Este tema de la acidificación tiene implicaciones en

---

\*Todas las referencias y enlaces a páginas de internet han sido consultados el 4 de enero de 2023.

bastantes sectores jurídicos del derecho internacional, lo que hace compleja su articulación jurídica y por ello son escasos los trabajos que se han ocupado del impacto jurídico de la acidificación. Sin embargo, como la causa principal de la acidificación es el aumento de CO<sub>2</sub> en la atmósfera, resulta conveniente examinar el régimen jurídico internacional del cambio climático para observar si dicho régimen impone obligaciones a los Estados que permitan mitigar el fenómeno de la acidificación.

En este sentido, la acidificación de los océanos ha sido identificada como un tema de gran preocupación en las resoluciones de la Asamblea General adoptadas anualmente sobre los océanos y el derecho del mar desde 2007.

Por otro lado, el Informe del Secretario General de 2017, sobre los océanos y el derecho del mar, se dedicó a las amenazas que el cambio climático y la acidificación plantean a los océanos, haciendo hincapié en la necesidad de crear sinergias entre los instrumentos jurídicos con mandatos relacionados con el cambio climático, los océanos, el desarrollo sostenible y en la utilidad de conectarlos deliberadamente<sup>93</sup>.

Asimismo, la decimoctava reunión del Proceso abierto de consultas oficiales de las Naciones Unidas sobre los océanos y el derecho del mar, celebrada en mayo de 2017, se centró en los efectos del cambio climático en los océanos<sup>94</sup> y reconoció que la acidificación de los océanos es una de las muchas amenazas acumulativas para el medio ambiente oceánico<sup>95</sup>. De hecho, la acidificación de los océanos no es el único factor estresante que sufre el ecosistema marino. El calentamiento de los océanos, la sobrepesca, la contaminación marina y la desoxigenación

---

<sup>93</sup> “Para seguir avanzando en el desarrollo de enfoques integrados y concordantes destinados a hacer frente a los efectos en los océanos del cambio climático y la acidificación, es imprescindible mejorar la cooperación y la coordinación a todos los niveles al aplicar los marcos jurídicos, normativos y de gestión relativos al cambio climático y a los océanos”. Secretary General, Report of the Secretary General “Oceans and the Law of the Sea”, UN Doc. A/72/70, Seventy-second sesión, 6 March 2017, para. 50.

<sup>94</sup> UN Doc. A/72/95, Report on the Work of the United Nations Open-ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea at its Eighteenth Meeting, 16 June 2017.

<sup>95</sup> *Ibidem*, para. 21.

actuarán sinérgicamente con la acidificación, agravando los efectos perjudiciales para dicho ecosistema<sup>96</sup>.

Por su parte, el Informe especial del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, titulado “El océano y la criosfera en un clima cambiante”, de 2019, insta a llevar a cabo una reducción urgente de las emisiones de gases efecto invernadero para limitar la magnitud de los cambios en los océanos y preservar los ecosistemas marinos y las regiones (incluidos los pequeños Estados insulares) que dependen de medios de subsistencia derivados del mar<sup>97</sup>.

## 2. OBJETIVOS

El objetivo general de este trabajo es analizar los principales instrumentos jurídicos que integran el régimen internacional del cambio climático, en aras de examinar si sus disposiciones incluyen obligaciones efectivas que puedan aplicarse a la mitigación de la acidificación.

Los objetivos específicos son detectar la naturaleza de dichas obligaciones jurídicas y su relación con la reducción de la acidificación de los océanos.

## 3. METODOLOGÍA

Para desarrollar este trabajo se ha empleado el método jurídico-sociológico, en la medida en que es el que consideramos más apropiado para el enfoque multidisciplinar, siempre desde el punto de vista jurídico, en torno a la comprensión de las normas, la inexistencia de ellas, su eficacia, su fundamentación, etc. Este método parte de la idea de que el derecho no puede estudiarse como un dominio aislado sino que debe analizarse en relación con la realidad social y como una parte de esta. Para

---

<sup>96</sup> EKARDT, F., ZORN, A., “Ozeanversauerung, Meeresumweltrecht, Klimavölkerrecht und die Menschenrechte”, *JbUTR 2018, i.E.*, 2018, disponible en: <http://www.sustainability-justice-climate.eu/files/texts/Bioacid-JbUTR.pdf>

<sup>97</sup> IPCC, Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate, Chapter 5: Changing Ocean, Marine Ecosystems, and Dependent Communities, Summary for Policymakers, en IPCC Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate, 2019, p. 542.

la elaboración de este trabajo también se ha requerido el empleo de técnicas metodológicas muy variadas, como el análisis social y jurídico, la deducción e inducción jurídica, la descripción y la interdisciplinariedad.

#### 4. RESULTADOS

El régimen jurídico internacional del cambio climático se estructura mediante la conjunción de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) de 1992, como tratado fundacional y general, el Protocolo de Kyoto (1997)<sup>98</sup> y el Acuerdo de París (2015), como instrumentos de desarrollo. Estos tres tratados se constituyen como las normas primarias del régimen y fijan un complejo sistema institucional del que emana un amplio entramado de normas secundarias<sup>99</sup>. Estos instrumentos no se ocupan específicamente del fenómeno de la acidificación de los océanos, sin embargo, en la medida en que el marco jurídico establecido por esos instrumentos regula las emisiones de CO<sub>2</sub> como gas de efecto invernadero, también puede ser pertinente su examen para hacer frente a la mitigación de la acidificación de los océanos.

---

<sup>98</sup> Este Protocolo ya no está en vigor, a diferencias de los otros dos instrumentos, salvo para aquellos Estados Partes que decidieron prorrogan sus efectos, pero eso no significa que esté en vigor. Así pues, el 2 de octubre de 2020, 144 Estados Partes habían presentado los necesarios instrumentos de aceptación para la entrada en vigor de la denominada Enmienda de Doha para un segundo período de cumplimiento de compromisos (2013-2020) del Protocolo de Kyoto. Esta enmienda se había elaborado y aprobado en la COP de Doha, Qatar, en diciembre de 2012, y tardó ocho años en ser ratificada.

<sup>99</sup> Según Giles Carnero, la implementación de estas normas primarias y secundarias genera una compleja gobernanza climática y al mismo tiempo con limitaciones para lograr compromisos con la urgencia y ambición que requiere un cambio climático ya en marcha. Además, se ha optado por un sistema flexible, con un organigrama institucional reducido y de marcado carácter técnico, descartándose un tipo de institucionalización como la derivada del establecimiento de una organización internacional al respecto. En este sentido, el desarrollo jurídico del régimen del cambio climático se ha estructurado conforme al modelo de convenio marco y protocolos de desarrollo, con las ventajas e inconvenientes que puede suponer para la implementación de obligaciones climáticas efectivas. GILES CARNERO, R., *El régimen jurídico internacional en materia de cambio climático. Dinámica de avances y limitaciones*, Thomson Reuters: Aranzadi, Navarra, 2021, p. 21.

#### 4.1. LA ACIDIFICACIÓN DE LOS OCÉANOS Y LA CONVENCIÓN MARCO DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO (CMNUCC)

Como es sabido, el objetivo de la CMNUCC es “la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático” (artículo 2). Por “sistema climático” se entiende la totalidad de la atmósfera, la hidrosfera, la biosfera y la geosfera, y sus interacciones (artículo 1.3), por tanto, en el sistema climático se incluyen sin duda a los océanos. La CMNUCC parte de reconocer que el equilibrio atmosférico resulta de una compleja interacción en la que participan las emisiones de gases de efecto invernadero, pero también la capacidad de los depósitos para almacenar estos gases, y de los sumideros como procesos o actividades para absorber los gases de efecto invernadero.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede afirmar que no es el nivel de emisión de gases de efecto invernadero lo que se pretende controlar con la acción internacional, sino su nivel de inmisión, esto es, el nivel de permanencia en la atmósfera teniendo en cuenta los complejos sistemas naturales de depósito y absorción<sup>100</sup>. Ello supone un objetivo fijado a escala planetaria y desde una perspectiva ecosistémica (donde se incluyen a los océanos). Ahora bien, en la CMNUCC no se especificó lo que debía considerarse como interferencias antropógenas peligrosas (según el artículo 2) y entre las definiciones incluidas en su artículo 1, lo más aproximado que puede encontrarse para determinar su contenido es la definición de efectos adversos del cambio climático, que se señalan como “los cambios en el medio ambiente físico o en la biota resultantes del cambio climático que tienen efectos nocivos significativos en la composición, la capacidad de recuperación o la productividad de los ecosistemas naturales o sujetos a ordenación, o en el funcionamiento de los sistemas socioeconómicos, o en la salud o el bienestar humano”. De la lectura de esta última definición, se deduce que para valorar la peligrosidad de la interferencia antropógena se va a tener en cuenta tanto los efectos dañinos sobre el ecosistema natural como el impacto sobre la sociedad humana, pero no se fija una precisión respecto al umbral de

---

<sup>100</sup> *Ibidem*, pp. 31-32.

interferencia que podría considerarse seguro. Esta cuestión no se precisó al no existir por aquel entonces un consenso científico sobre el nivel de seguridad para la presencia de gases de efecto invernadero en la atmósfera<sup>101</sup>.

Posteriormente, los sucesivos informes del IPCC que se encargaron de analizar qué debía de considerarse “interferencia antropógena peligrosa”, señalaron que el umbral de seguridad debía fijarse en mantener el aumento de la temperatura media mundial con respecto a los niveles preindustriales por debajo de 2°C, por lo que debían reducirse las emisiones de gases de efecto invernadero para permitir esto, a lo que se añadió que, para mayor seguridad, convendría que el aumento de la temperatura media mundial se limitase a los 1,5°C<sup>102</sup>. A partir de la publicación de estos datos, en las sucesivas Conferencias de las Partes (COP por sus siglas en inglés) se precisó que el objetivo de la CMNUCC debía entenderse en el sentido de asegurar la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera, a un nivel que impida un aumento de la temperatura media global por encima de los 2°C con respecto a los niveles preindustriales, y avanzar hacia la consideración de que ese límite pudiera reducirse a 1,5°C.

Este objetivo no parece ser idóneo para frenar la acidificación, ya que el cambio químico del pH de las aguas marinas no es resultado del aumento de las temperaturas globales y los esfuerzos para cumplir ese objetivo podrían dar lugar previsiblemente a vías de emisión que limiten el aumento de la temperatura sin evitar los peligrosos impactos de la

---

<sup>101</sup> El propio preámbulo de la Convención determina que las medidas necesarias para entender el cambio climático y hacerle frente alcanzarán su máxima eficacia en los planos ambiental, social y económico si se basan en las consideraciones pertinentes de orden científico, técnico y económico y se reevalúan continuamente a la luz de los nuevos descubrimientos en la materia.

<sup>102</sup> IPCC, *Climate Change 2007: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, IPCC, Geneva, Switzerland, 2008, pp.18-21. En la COP15 de 2009, se manifestó la voluntad política de actuar frente al cambio climático, “para alcanzar el objetivo último de la Convención de estabilizar la concentración de gases de efecto invernadero en la atmósfera en un nivel que evite una interferencia antropógena peligrosa en el sistema climático, teniendo en cuenta la opinión científica de que el aumento de la temperatura mundial debería permanecer por debajo de 2 °C”. Decision 2/CP.15, Copenhagen Accord, FCCC/CP/2009/11/Add.1, paras. 1 y 2.

acidificación<sup>103</sup>. Además, aunque se ha defendido que la CMNUCC refleja un enfoque holístico desde la perspectiva ecosistémica (lo que incluye a los océanos como parte del sistema climático), dicha Convención tiene una orientación principalmente atmosférica, que no se relaciona necesariamente con la adopción de medidas concretas para mitigar el fenómeno de la acidificación.

En este sentido, dado que las emisiones excesivas de CO<sub>2</sub> de origen antropogénico son la causa de la acidificación de los océanos, los expertos se preguntan si la mitigación de la acidificación encajaría eficientemente en el objetivo de la CMNUCC<sup>104</sup>. Algunos autores entienden que es posible que el objetivo del régimen de la CMNUCC, tal como se adoptó en su artículo 2, no sea adecuado para responder a la acidificación de los océanos y por ello sería necesario establecer un objetivo separado, como el desarrollo de un objetivo de equilibrio de pH específico para la acidificación de los océanos<sup>105</sup>. De hecho, el pH ácido de los océanos, consecuencia del proceso de acidificación, sí que puede considerarse como efecto adverso del cambio climático, según lo estipulado en el artículo 1 de la CMNUCC, ya que condiciona la dinámica y el desarrollo natural del ecosistema marino y tiene efectos nocivos para la productividad derivada de dicho ecosistema, por lo que repercute en la sociedad humana.

Por tanto, aunque los océanos son parte del sistema climático, la cuestión clave que se plantea es si la acidificación de los océanos se incluiría en la medición de las interferencias antropogénicas peligrosas en el sistema climático<sup>106</sup>, vista la perspectiva térmica y atmosférica que se ha tomado para delimitar el umbral de ese concepto.

---

<sup>103</sup> SCOTT, K. N., "Ocean acidification and sustainable development goal 14: Goal but No target?", en NORDQUIST, M.H., MOORE, J.N., LONG, R. (Eds.), *The marine environment and United Nations Sustainable Development Goal 14*, Brill Nijhoff, Leiden, 2018, pp. 323-341.

<sup>104</sup> BAIRD, R., SIMONS M., STEPHENS T., "Ocean Acidification: A Litmus Test for International Law", *Carbon & Climate Law Review*, Volume 3, Issue 4, 2009, p.463.

<sup>105</sup> ORAL N., "Ocean Acidification: Falling Between the Legal Cracks of UNCLOS and the UNFCCC?", *Ecology Law Quarterly*, Vol. 45, 2018, p. 15.

<sup>106</sup> DOWNING, Y., "Ocean Acidification and Protection under International Law from Negative Effects: A Burning Issue amongst a Sea of Regimes", *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 2(2), 2013, p. 251.

Según el sistema actual de la CMNUCC, el papel principal de los océanos es el de vía de mitigación del cambio climático<sup>107</sup>. Así, mientras se entiende que el artículo 2 abarcaría la acidificación de los océanos, la mayoría de las disposiciones sustantivas de la Convención no lo hacen. Esto parece crear una ambigüedad en la CMNUCC con respecto a la acidificación de los océanos, por lo que no está claro en qué medida se deben considerar los cambios químicos del océano en su implementación. Además, como se ha establecido anteriormente, aunque la mitigación de las emisiones de CO<sub>2</sub> es fundamental para reducir el cambio climático antropogénico, así como la acidificación de los océanos, en el marco de este régimen, el umbral térmico también podría lograrse mediante la reducción de otros gases efecto invernadero distintos del CO<sub>2</sub><sup>108</sup>. A lo que hay que añadir también que en la CMNUCC no se incluyeron obligaciones específicas y cuantificadas de limitación y reducción de gases de efecto invernadero. Por lo tanto, algunos autores sostienen que la posible opción de reducir el cambio climático mediante la mitigación de otros gases de efecto invernadero distintos del CO<sub>2</sub>, además de la inexistencia de obligaciones cuantificadas de reducción, plantea dudas en cuanto a la capacidad de la CMNUCC como marco para proporcionar la base jurídica necesaria para abordar la acidificación de los océanos<sup>109</sup>.

#### 4.2. LA ACIDIFICACIÓN DE LOS OCÉANOS Y EL PROTOCOLO DE KYOTO

Con el objetivo de dar mayor efectividad y concreción a las obligaciones de la CMNUCC se adoptaron dos tratados, el Protocolo de Kyoto (1997) y el Acuerdo de París (2015). Vamos a examinar a continuación si estos

---

<sup>107</sup> De hecho, la única referencia que la Convención hace a la protección de los océanos es relativa a su función como sumideros de CO<sub>2</sub>.

<sup>108</sup> HARROULD-KOLIEB, E. R., "Ocean acidification and the UNFCCC: Finding legal clarity in the twilight Zone", *op.cit.*, pp. 627-628. El metano, por ejemplo, tiene un potencial de calentamiento global que es 72 veces superior al de la cantidad equivalente de CO<sub>2</sub>. Sin embargo, la reducción de metano por sí sola no reduciría la acidificación de los océanos resultante de la absorción de las emisiones de CO<sub>2</sub>. Véase: IPCC, Climate Change 2007. The Physical Science Basis, Contribution of Working Group I to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Cambridge University Press, 2007, p. 212.

<sup>109</sup> BAIRD, R., SIMONS M., STEPHENS T., "Ocean Acidification: A Litmus Test for International Law", *op.cit.*, p. 464.

dos tratados contienen disposiciones que se podrían aplicar para reducir la acidificación de los océanos o presentan limitaciones al respecto.

Como se estableció anteriormente, la CMNUCC no incluyó obligaciones específicas y cuantificadas de limitación y reducción de gases de efecto invernadero. Con la adopción del Protocolo de Kyoto se avanzó en un modelo de regulación basado en obligaciones cuantificadas, fijadas en el marco internacional, cuyos destinatarios eran únicamente las Partes que eran Estados desarrollados. Conforme a este tratado internacional, sólo las Partes desarrolladas, incluidas en el Anexo I de la CMNUCC, asumirían compromisos de reducción de emisiones, medida que, a su vez, era el único tipo de acción previsto en el Protocolo para la mitigación del cambio climático. Así, pues, las Partes en vías de desarrollo quedaron fuera del sistema de obligaciones para la mitigación en el marco del tratado, de forma que no asumían compromisos cuantificados de limitación o reducción de emisiones de gases de efecto invernadero. En este sentido, el Protocolo asumió un enfoque determinado del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, en el que sólo se daba cabida a la dicotomía entre Partes desarrolladas y en vías de desarrollo<sup>110</sup>. A pesar de ello, por aquel entonces entre los Estados en vías de desarrollo se situaban emisores relevantes de gases de efecto invernadero, que pudieron incrementar sus emisiones durante el primer periodo de cumplimiento del Protocolo de Kioto (de 2008 a 2012), al no preverse limitación alguna que les fuera aplicable (como fue el caso de China).

Hay que destacar, además, que en el Protocolo de Kyoto no se exigía directamente la reducción de las emisiones de CO<sub>2</sub> a las Partes, como tampoco lo hace la CMNUCC. Los Estados desarrollados enumerados en el Anexo I tenían objetivos generales de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero basados en la equivalencia de CO<sub>2</sub>, por

---

<sup>110</sup> Por ejemplo, Estados Unidos, principal emisor de gases de efecto invernadero en el momento de la adopción del Protocolo de Kyoto, no llegó a prestar su consentimiento al tratado, y esto pese a que había sido uno de sus principales impulsores. Al quedar las emisiones estadounidenses fuera del ámbito del tratado, y no preverse reducción alguna de las emisiones de gases de efecto invernadero de los Estados en vías de desarrollo, incluyendo las economías emergentes, la capacidad de impacto ambiental del Protocolo de Kyoto quedó muy limitada desde su inicio.

lo que dichos Estados podían optar por no dar prioridad a la reducción de las emisiones de CO<sub>2</sub> en favor de la reducción de las emisiones de uno o más de los otros cinco gases de efecto invernadero enumerados: gas metano (CH<sub>4</sub>), óxido nitroso (N<sub>2</sub>O), hidrofluorocarburos (HFC), perfluorocarbonos (PFC) y hexafluoruro de azufre (SF<sub>6</sub>). Esto es, en virtud del Protocolo de Kyoto, las Partes del Anexo I podían elegir entre una cesta de seis gases efecto invernadero para cumplir sus compromisos de emisión. De hecho, esos Estados podían incluso aumentar las emisiones de CO<sub>2</sub> siempre y cuando hubiese una reducción correspondiente de otros gases de efecto invernadero.

Este enfoque puede tener sentido para reducir el calentamiento global. Sin embargo, como se ha visto anteriormente, el CO<sub>2</sub> es el principal responsable de la acidificación de los océanos. En consecuencia, la manera principal de abordar la acidificación es reduciendo las emisiones de CO<sub>2</sub>.

Asimismo, el Protocolo de Kyoto se diseñó como un instrumento que se desarrollaría en fases sucesivas a través de la aprobación de periodos de cumplimiento<sup>111</sup>. El primer periodo comprendía del año 2008 al 2012, y con antelación a su finalización, tendría que negociarse en el seno de la COP (en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto) un nuevo periodo de 2013 a 2020, con suficiente antelación para que no se produjera ningún vacío entre ambos periodos. El Protocolo fue enmendado y prorrogado tras prolongadas negociaciones en 2012 en la reunión de las Partes celebrada en Doha<sup>112</sup>. Para el segundo periodo de cumplimiento, la Enmienda de Doha fijó un porcentaje de reducción en un 18%, sin embargo este objetivo de reducción fue limitado en la medida en que el número de Partes del Anexo I había disminuido respecto de las del primer periodo, al no haber prestado su consentimiento al nuevo

---

<sup>111</sup> Según el artículo 3.1 del Protocolo, este tratado tenía una vigencia limitada de cuatro años, que terminaba el 31 de diciembre de 2012. Fue enmendado y prorrogado por un segundo periodo, de 2013 a 2020, tras prolongadas negociaciones en 2012 en la Reunión de las Partes celebrada en Doha.

<sup>112</sup> Véase: UN Framework Convention on Climate Change, Report of the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Kyoto Protocol on its eighth session, held in Doha from 26 November to 8 December 2012, FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1, 28 February 2013.

conjunto de obligaciones de reducción. De hecho fue en 2020, habiendo terminado el segundo período de cumplimiento, cuando se alcanzaron las ratificaciones necesarias para que en la Enmienda entrase en vigor (en concreto se exigía 144 ratificaciones). Las dificultades para aprobar el segundo periodo de cumplimiento mostraron el riesgo de diseñar un instrumento con fechas concretas de renovación.

### 4.3. LA ACIDIFICACIÓN DE LOS OCÉANOS Y EL ACUERDO DE PARÍS

El Acuerdo de París reconoce el nexo entre el océano y el clima en su preámbulo, en el que los Estados señalan la importancia de garantizar la integridad de todos los ecosistemas, incluidos los océanos, al adoptar medidas para hacer frente al cambio climático. Esta puntualización reconoce formalmente el impacto del cambio climático en el océano así como también la necesidad de tener en cuenta la protección del ecosistema marino en las acciones que se adopten para hacer frente al mismo. En este sentido, el preámbulo de los tratados permite esclarecer la voluntad de las Partes a la hora de interpretar el sentido de sus disposiciones. Ello supone una evolución en el tratamiento del océano en el régimen del cambio climático puesto que en la CMNUCC el océano sólo es referenciado en su papel de sumidero de CO<sub>2</sub> para mitigar el cambio climático pero no se hace mención explícita a su afectación por el cambio climático<sup>113</sup>.

Según el artículo 2.1 a), el Acuerdo de París tiene por objetivo reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático mediante, entre

---

<sup>113</sup> Este reconocimiento formal de los océanos dentro del Acuerdo de París fue acompañado por la firma de la declaración “Because the Ocean” en la COP de París 2015, para abordar la incorporación de los vínculos entre las políticas oceánicas y climáticas. Posteriormente, en la decisión de la COP26, en Glasgow, se invitó a los programas de trabajo pertinentes y a los órganos constituidos en el marco de la CMNUCC a “considerar cómo integrar y fortalecer la acción basada en los océanos en sus mandatos y planes de trabajo existentes”. También en el Pacto de Glasgow se invitó al Presidente del Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico y Tecnológico a celebrar un diálogo anual para fortalecer la acción basada en los océanos y preparar un informe al respecto y ponerlo a disposición de la COP. Ello le sigue al informe del “Diálogo sobre los océanos y el clima para considerar cómo fortalecer la adaptación y la acción de mitigación”, ordenado por la anterior COP25. En este sentido, es alentador ver que el océano se reconoce como una parte más holística e integrada en los procesos de la CMNUCC. Véase: Glasgow Climate Pact, Decision -/CP.26, paras. 60 y 61, disponible en: [https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cop26\\_auv\\_2f\\_cover\\_decision.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cop26_auv_2f_cover_decision.pdf).

otras medidas, el mantenimiento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales, debiéndose realizar esfuerzos por las Partes para limitar dicho aumento de la temperatura a 1,5°C con respecto a los niveles preindustriales, pues ello reduciría considerablemente los riesgos y los efectos del cambio climático. Como se expuso anteriormente, no queda claro qué impacto tendrá este objetivo de temperatura en la mitigación de la acidificación del océano. La consecución del objetivo térmico no incluye necesariamente tener en cuenta la acidificación de los océanos o los niveles de pH como medida para reducir el impacto del cambio climático en el océano, una cuestión que ya fue planteada por los expertos en el informe del Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico y Tecnológico<sup>114</sup> sobre la revisión 2013-2015. Según el informe, los expertos consideraron que un límite sólo de temperatura no abordaría todos los cambios en el sistema climático resultantes de las emisiones de gases efecto invernadero, como la acidificación de los océanos<sup>115</sup>. Asimismo, se señaló que en un mundo 2°C más cálido que en la época preindustrial, los riesgos del calentamiento de las aguas marinas y la acidificación de los océanos combinados llegarían a ser elevados<sup>116</sup>.

En este sentido, debido al hecho de que las emisiones de CO<sub>2</sub> son la causa fundamental de la acidificación de los océanos, a menos que este

---

<sup>114</sup> En el Artículo 9 de la Convención Marco se estableció el Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico y Tecnológico con la misión de servir de apoyo a la Conferencia de las Partes, proporcionándole información y asesoramiento en las cuestiones científicas y tecnológicas relacionadas con este tratado. Se trata de un órgano subsidiario de la COP, siendo esta el órgano plenario que le proporciona las directrices de actuación, además de aprobar su reglamento de funcionamiento y financiación en virtud de los artículos 7.2.j)K) y 7.3 de la CMNUCC. También se dota a la COP de la capacidad de ampliar las funciones y el mandato del órgano respecto a lo recogido en la Convención. El carácter intergubernamental a la vez que técnico de la composición del Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico y Tecnológico permite que sea un espacio de debate en el que la información científica y tecnológica se sopesa e integra con el análisis de aspectos políticos. Por ejemplo, a través de este órgano se aporta al debate en la COP la información generada por entidades de carácter técnico como el IPCC, asegurándose de que se dispone del conocimiento científico suficiente que sirva de base para el desarrollo de los debates y la toma de decisión en el órgano plenario.

<sup>115</sup> Subsidiary Body for Scientific and Technological Advice, Report on the structured expert dialogue on the 2013–2015 review, FCCC/SB/2015/INF.1, 4 May 2015, para. 20.

<sup>116</sup> *Ibidem*, para. 42.

objetivo de temperatura esté vinculado directamente a reducción de las concentraciones antropogénicas de CO<sub>2</sub> en la atmósfera, es cuestionable que la consecución del objetivo térmico se traduzca necesariamente en la disminución de la acidificación. En el régimen jurídico actual del cambio climático no se cuenta con normas primarias o secundarias que establezcan obligaciones para vincular los objetivos de temperatura y la reducción de las concentraciones de CO<sub>2</sub> en la atmósfera con el nivel de pH en los océanos. Esta es una cuestión crítica que requiere de la elaboración estudios científicos adicionales, especialmente teniendo en cuenta que los datos demuestran que incluso si los niveles de CO<sub>2</sub> en la atmósfera no superan las 450 partes por millón, la acidificación de los océanos tendrá profundos impactos en los ecosistemas marinos a menos que las emisiones de CO<sub>2</sub> se reduzcan en un 50%<sup>117</sup>.

No obstante, hay que señalar que en el Acuerdo de París, las Partes no asumieron compromisos de mitigación cuantificados sino que se optó por las contribuciones determinadas a nivel nacional (NDC por sus siglas en inglés). En la configuración de cada NDC, el compromiso climático se define en el ámbito nacional y se comunica al régimen jurídico internacional para integrarse en un conjunto de esfuerzos agregados con los que enfrentar la necesidad de mitigación y adaptación al cambio climático. En este sentido, el artículo 4.2 del Acuerdo de París establece que cada Parte “deberá preparar, comunicar y mantener las sucesivas contribuciones determinadas a nivel nacional que tenga previsto efectuar. Las Partes procurarán adoptar medidas de mitigación internas, con el fin de alcanzar los objetivos de esas contribuciones”. Se configura así una obligación general de diseñar y comunicar las sucesivas NDC, que concreta la obligación internacional de mitigación del cambio climático que cada una de las Partes asume conforme al tratado. Puede observarse que no se especifica ningún tipo de actividad de mitigación, de forma que en el contenido de las NDC tienen cabida las diferentes acciones

---

<sup>117</sup> HOFMANN, M., MATHESIUS, S., KRIEGLER, E. et al., “Strong time dependence of ocean acidification mitigation by atmospheric carbon dioxide removal”, *Nat Commun* 10, 5592, 2019; IAP Statement on Ocean Acidification, *Journal of International Wildlife Law & Policy*, 2009, pp.210-215.

que pudieran adoptarse en relación con emisiones, sumideros, o depósitos, valorándose su efecto positivo ambiental.

El artículo 4 concede, por tanto, un amplio margen de discrecionalidad para establecer el contenido de la NDC, de forma que sí que se puede apreciar una obligación de comportamiento, pero sin que se precise, en el tratado, el resultado en cuanto a su contenido<sup>118</sup>. Sin embargo, el tratado explícitamente fija la obligación de progresividad en virtud del artículo 4.3. Según esta disposición, la presentación de las NDC debe realizarse con carácter periódico, en un plazo de cinco años, y en cada nueva actualización es necesario incluir una mejora en las medidas ambientales previstas<sup>119</sup>.

Al hilo de esta cuestión hay que destacar que las medidas para frenar la acidificación están prácticamente ausentes en las NDC. De las 161 NDC examinadas por Gallo, Víctor y Levin, solo 14 (8%) mencionaron siquiera la acidificación de los océanos y ninguna incluía actividades u objetivos explícitos para abordarla<sup>120</sup>. Por otro lado, atendiendo a los datos del estudio de Harrould-Kolieb, si bien 9 de los 17 planes nacionales de adaptación presentados por los Estados en desarrollo desde 2015 mencionan la acidificación de los océanos, de estos, solo la presentación de Brasil establece directrices y acciones para la aplicación de estrategias de adaptación a la acidificación de los océanos<sup>121</sup>. En este

---

<sup>118</sup> BODANSKY, D., "The Paris Climate Change Agreement: A New Hope?", *The American Journal of International Law*, Vol. 110, No. 2, 2016, pp. 288-319.

<sup>119</sup> Esta forma de articular las obligaciones para las Partes en el Acuerdo de París ha suscitado debates doctrinales sobre la naturaleza jurídica de dicho Acuerdo. Ahora bien, la configuración de las NDC, cuyo contenido debe precisarse a nivel nacional, no es óbice para no afirmar la naturaleza de tratado internacional del Acuerdo de París, tanto por el procedimiento de adopción como por los compromisos y previsiones institucionales que prevé. Sin embargo, podemos situarnos más bien en un tratado internacional marco cuya concreción del contenido de sus previsiones se remite a la COP en calidad de reunión de las Partes en el Acuerdo de París. El Acuerdo de París presenta, en este sentido, un alto contenido de obligaciones para las Partes cuya naturaleza es de comportamiento *hortatory* o *aspirational*. De modo que la eficacia del Acuerdo de París depende del fortalecimiento de las sucesivas NDC.

<sup>120</sup> GALLO, N., VICTOR, D. G., LEVIN, L. A., "Ocean commitments under the Paris Agreement", *Nature Climate Change*, 7, Issue 11, 2017, pp.833-837.

<sup>121</sup> HARROULD-KOLIEB, E.R., "Implications of the Paris Agreement for action on ocean acidification within the UNFCCC", en VANDERZWAAG, D.L., ORAL, N., STEPHENS, T. (Eds.),

sentido, se puede afirmar que el tema de la acidificación, hasta ahora, no ha recibido suficiente consideración en el establecimiento de los objetivos de mitigación y adaptación establecidos en el marco nacional de las NDC.

## 5. DISCUSIÓN

La inserción del sistema climático como objeto de protección en la Convención hace considerar el océano y la atmósfera como partes indivisibles de un único sistema climático, impulsado por mecanismos de retroalimentación, por lo que el tratamiento de uno debe ser considerado al tratar con el otro. Esto sugiere que si la acidificación de los océanos hubiera sido reconocida como un problema grave en el momento de la negociación de la Convención probablemente se habría incorporado a sus disposiciones.

No obstante, el propio texto de este tratado explícitamente manifiesta en su preámbulo que el conocimiento científico y la comprensión del cambio climático y sus impactos se desarrollarán con el tiempo y además, en virtud de su artículo 7.2 a), esto debe ser tenido en cuenta al examinarse periódicamente las obligaciones de las Partes y los arreglos institucionales en virtud de la Convención. Así, pues, los negociadores de la Convención no pretendían que el tratado se congelara en el tiempo, sino que fuera un instrumento jurídico dinámico que pudiera adaptarse y responder a la creciente comprensión del cambio climático y sus impactos adversos.

Ello también es acorde con el principio de precaución, reconocido en el ámbito del derecho internacional ambiental y concretado en el artículo 3.3 de la CMNUCC, en virtud del cual: “las Partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas,

---

*Research Handbook on Ocean Acidification Law and Policy*, Edward Elgar Publishing, Massachusetts, 2021, p. 28.

tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible”.

Por lo tanto, conforme se avanza en el conocimiento científico de la acidificación, como efecto adverso del cambio climático, su combate, prevención y minimización deben ser tenidos en cuenta en las obligaciones de las Partes, de acuerdo a la CMNUCC, y en el establecimiento de arreglos institucionales para concretar acciones concretas y específicas al respecto.

En virtud de su naturaleza de Convención Marco, las Partes han seguido debatiendo qué medidas son necesarias para cumplir sus compromisos y han adoptado una serie de medidas adicionales para desarrollar sus obligaciones jurídicas internacionales en el ámbito de la Convención.

A este respecto, la Convención establece una institución internacional, la Conferencia de las Partes (COP), que proporciona un foro para debatir y revisar el marco jurídico a la luz de la evolución de los conocimientos científicos y tecnológicos. De hecho, las COP de la CMNUCC pueden crear obligaciones para los Estados Parte de la Convención y adoptar resoluciones que interpreten las disposiciones de la Convención. Precisamente, en el marco de estas COP se han tenido en consideración los efectos de la acidificación de los océanos por las emisiones de CO<sub>2</sub> en la atmósfera.

Así por ejemplo, en la COP de la CMNUCC de 2016 (COP22), el océano fue designado como uno de los nueve Eventos de Acción Climática Global, y se estableció la *Global Ocean Acidification Observing Network*, una red de colaboración de instituciones y expertos que realizan investigaciones sobre los procesos de acidificación del océano con el fin de informar el desarrollo de políticas. Los Estados Partes de la CMNUCC también adoptaron la *Strategic Action Roadmap on Oceans and Climate: 2016-2021*<sup>122</sup>, en la que se establecen seis

---

<sup>122</sup> Esta Hoja de Ruta de la acción estratégica sobre los océanos y el clima aborda seis áreas temáticas sobre el papel central de los océanos en la regulación del clima, presentando los fundamentos científicos al respecto y un conjunto de recomendaciones políticas relevantes. Los borradores de las recomendaciones políticas se debatieron por primera vez en el día de

recomendaciones políticas relacionadas con el papel de los océanos en el clima. En 2017, en la COP 23, se puso en marcha the *Oceans Pathway Partnership*, que respaldó una estrategia para aumentar la consideración de los océanos en los procesos de la CMNUCC y aumentar la acción política en las áreas prioritarias<sup>123</sup>. El propio IPCC ha elaborado, en 2019, un informe dedicado a la atención de los océanos y los efectos de la acidificación en el sistema climático<sup>124</sup>. Por tanto, la acidificación de los océanos está siendo reconocida como una cuestión emergente de importancia para la CMNUCC y una necesidad prioritaria de investigación en el marco de la Convención.

Así, pues, se puede concluir que la mitigación de la acidificación debe ser un criterio a incluir en aras de medir el éxito de los esfuerzos para combatir el cambio climático. El propósito con el que se adoptó la CMNUCC debiera garantizar la incorporación de la acidificación de los océanos en su mandato e impedir su exclusión. Además, la inclusión de la acidificación de los océanos en la estructura de trabajo del régimen del cambio climático contribuirá a garantizar que el legado de la

---

los océanos en la COP21 de la CMNUCC en París. La Hoja de Ruta fue preparada por el Grupo de Trabajo de Expertos Internacionales sobre los Océanos y el Clima. Para cada uno de los temas principales de la Hoja de Ruta, los miembros del Grupo de Trabajo presentaron: 1) la situación científica del fenómeno de la acidificación; 2) la situación actual de la cuestión en el seno de la CMNUCC; 3) las oportunidades y vías que pueden existir en el marco de la CMNUCC para hacer frente a este efecto adverso del cambio climático; 4) las oportunidades y vías que pueden existir al margen de la aplicación de la CMNUCC para avanzar en la lucha contra la acidificación; 5) las consideraciones financieras. Tras la elaboración de este informe, la Iniciativa de Acción Estratégica Global sobre los Océanos y el Clima (con la participación de las Partes, las ONG, las instituciones académicas, los grupos del sector privado y las autoridades locales) se puso en marcha en la COP 22 en Marrakech, el 15 de noviembre de 2016, para iniciar la aplicación de las recomendaciones contenidas en la Hoja de Ruta. La Iniciativa, entre otras cosas, se encargará de: seguir poniendo en práctica el desarrollo de objetivos, indicadores y calendarios específicos; movilizar recursos; poner en práctica acciones específicas en cada una de las principales áreas sobre los océanos y el clima conjuntamente con los líderes a nivel nacional y local y otros socios; desarrollar un mecanismo de presentación de informes para informar a la COP anualmente.

<sup>123</sup> SCOTT KAREN, N., "Ocean Acidification", en JOHANSEN, E., BUSCH, S., JAKOBSEN, I. (Eds.), *The Law of the Sea and Climate Change: Solutions and Constraints*, Cambridge University Press, 2020, p. 116.

<sup>124</sup> IPCC, "El océano y la criosfera en un clima cambiante, Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático", Suiza, 2019, disponible en: <https://www.ipcc.ch/srocc/>.

CMNUCC sea eficaz en la “protección del sistema climático para para las generaciones presentes y futuras”.

Describir el cambio climático como algo que abarca los impactos térmicos en el sistema climático y enmarcar los impactos químicos como un problema separado ha dado como resultado que la reducción de la acidificación de los océanos sea considerada como una cuestión al margen de los objetivos del régimen jurídico internacional del cambio climático. Nosotros mantenemos una posición crítica a este respecto por los motivos que exponemos a continuación.

Entendemos en primer lugar que, conforme a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la CMNUCC, así como en los informes del IPCC al respecto<sup>125</sup>, se producen interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático cuando el nivel de concentración de los gases efecto invernadero en la atmósfera rompe el equilibrio natural de dicho sistema climático, viéndose amenazada la producción de alimentos derivados de la naturaleza y no posibilitándose un desarrollo económico de forma sostenible. Estos hechos se pueden apreciar ya con el nivel de interferencia negativa que el CO<sub>2</sub> absorbido por los océanos está provocando en el ecosistema marino. Por tanto, aunque el umbral de seguridad se haya fijado en la limitación térmica, ello no es óbice para no concebir la acidificación de los océanos como un efecto adverso del cambio climático y como una interferencia antropógena peligrosa en el sistema climático.

En segundo lugar, en este sentido, a la luz de la interpretación proporcionada por el IPCC en torno a qué debe entenderse por cambio climático (que explicaremos en los siguientes párrafos), entendemos que no sólo debiera tenerse en cuenta los impactos térmicos en la variabilidad del clima sino también las interferencias químicas en las interacciones naturales del sistema climático de acuerdo con el objeto y fin de la CMNUCC (impedir interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático).

---

<sup>125</sup> Véase: IPCC, “El océano y la criosfera en un clima cambiante, Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático”, Resumen para responsables de políticas, Suiza, 2019, pp. 7, 10, 11, 16, 22, 25.

El sistema climático se define en la Convención como “la totalidad de la atmósfera, la hidrosfera, la biosfera y la geosfera y sus interacciones”. La acidificación de los océanos se produce como resultado de las interacciones entre la atmósfera y la hidrosfera (océano), afecta tanto a la hidrosfera como a la biosfera (plantas y animales) y altera las interacciones entre la atmósfera, la hidrosfera y la biosfera a través de mecanismos de retroalimentación. La reducción de la acidificación debe ser incluida dentro de las obligaciones generales establecidas por los artículos 2 y 3.1 de la CMNUCC para proteger el sistema climático<sup>126</sup>, por lo que las Partes tienen el deber de considerar la acidificación de los océanos en su implementación de la Convención.

A este respecto, conviene clarificar qué se entiende por cambio climático, dado que la mayoría de las disposiciones sustantivas de la Convención, incluidos los compromisos básicos establecidos en su artículo 4, así como algunos de los principios del artículo 3, se refieren a “combatir, prevenir y minimizar el cambio climático”. En este sentido, la literalidad del artículo 1.3 de la CMNUCC establece que por “cambio climático” se entiende “un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables”. Según el IPCC, el cambio climático se refiere a un cambio en el estado del clima que puede identificarse (por ejemplo, mediante el uso de pruebas estadísticas) por los cambios en la variabilidad de sus propiedades y que persiste durante un período prolongado, normalmente décadas<sup>127</sup>. Aquí en esta definición la palabra clave es clima (por la alusión a “cambio en el estado del clima”).

---

<sup>126</sup> Véanse: HARROULD-KOLIEB, E. R., “Ocean acidification and the UNFCCC: Finding legal clarity in the twilight zone”, *Washington Journal of Environmental Law and Policy*, Vol. 6, Issue 2, 2016, pp. 612-632; HARROULD-KOLIEB, E. R., “(Re)Framing ocean acidification in the context of the United Nations Framework Convention on climate change (UNFCCC) and Paris Agreement”, *Climate Policy*, Vol. 19, Issue 10, 2019, pp. 1225-1238.

<sup>127</sup> IPCC, 2018, Annex I, Glossary, en MATTHEWS, J.B.R., et al. (Eds.), *Global Warming of 1.5°C*, Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2018, disponible en: <https://www.ipcc.ch/sr15/chapter/glossary/>.

Siguiendo de nuevo el glosario de términos elaborados por el IPCC, “el clima, en sentido estricto, suele definirse como la descripción estadística, en términos de media y variabilidad, de magnitudes relevantes a lo largo de un periodo de tiempo. Las mediciones suelen centrarse en la variabilidad de la temperatura”<sup>128</sup>. En un sentido más amplio, “el clima es el estado, incluida una descripción estadística, del sistema climático”<sup>129</sup>.

A la luz de ello, se puede entender que hay dos formas científicamente defendibles de interpretar el concepto de clima y, por lo tanto, del cambio climático en el marco de la CMNUCC: la primera sugiere que el cambio climático es un cambio en el clima promedio y abarcaría sobre todo los impactos térmicos de las emisiones de gases de efecto invernadero en el sistema climático, y la segunda, más amplia, defiende que el cambio climático es un cambio en el estado del sistema climático, más allá de los impactos térmicos. La segunda interpretación más amplia del cambio climático incluiría los cambios en la química del océano que resultan de una composición alterada de la atmósfera por la actividad humana. Dado que la acidificación de los océanos es el resultado de la absorción de CO<sub>2</sub> antropogénico por el océano desde la atmósfera, puede entenderse justificadamente como un efecto adverso del cambio climático en virtud de la Convención.

En este sentido, conviene recordar que en situaciones donde existen múltiples significados de los conceptos utilizados dentro de un tratado, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 (CVDT) establece una serie de criterios interpretativos que pueden ayudar a determinar qué significado debe aplicarse a esos términos. Uno de ellos consiste en evaluar cuál sería el significado que se ajusta mejor al objeto y fin del tratado (artículo 31 CVDT). El objetivo de la CMNUCC se centra en la protección del sistema climático. Así lo demuestra su objetivo final, que exige la “estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas el sistema climático”. Esto se refleja

---

<sup>128</sup> *Ibidem*.

<sup>129</sup> *Ibidem*.

tanto en su preámbulo como en la obligación establecida por el artículo 3 (que enuncia principios), según la cual “las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras”.

Dado que el objetivo de la Convención se centra en proteger el sistema climático, consideramos que interpretar el concepto de clima como el estado del sistema climático es más consistente con el objeto de dicha Convención. Proteger el océano y el papel que juega como almacenamiento de CO<sub>2</sub> es una condición necesaria para proteger el sistema climático. El océano forma parte del sistema climático global y en escalas de tiempo determina la concentración de CO<sub>2</sub> en la atmósfera<sup>130</sup>. La acidificación de los océanos puede alterar, por tanto, la concentración atmosférica de CO<sub>2</sub> a través de mecanismos directos (intercambio aire-mar) e indirectos (procesos biogeoquímicos)<sup>131</sup>. Significativamente, el aumento de la acidez puede causar una disminución drástica en la capacidad del océano para absorber y almacenar CO<sub>2</sub>, lo que resulta en una mayor acumulación de este gas en la atmósfera y en el aumento de las temperaturas globales. En este sentido, la acidificación de los océanos amenaza con desestabilizar aún más el sistema climático, por lo tanto, es más probable que una lectura de la CMNUCC que incluya la química oceánica cambiante cumpla mejor el objetivo de la Convención que una que la excluya de su consideración.

## 6. CONCLUSIONES

La acidificación de los océanos se refiere a la disminución del pH de sus aguas como consecuencia de los cambios en la química de estas debido al aumento de los niveles de CO<sub>2</sub> que es absorbido por los océanos desde la atmósfera. El reciente consenso científico indica que la acidificación está teniendo efectos perjudiciales en los ecosistemas marinos y

---

<sup>130</sup> FALKOWSKI, P., SCHOLLES, R. J., BOYLE, E., CANADELL, J., et. al., “The Global Carbon Cycle: A Test of Our Knowledge of Earth as a System”, *Science*, Vol 290, Issue 5490, 2000, pp. 291-296.

<sup>131</sup> GEHLEN, M., GRUBER, N., GANGSTO, R., BOPP, L., OSCHLIES, A., “Biogeochemical consequences of ocean acidification and feedbacks to the earth system”, en GATTUSO J.P., HANSSON, L. (Eds.), *Ocean acidification*, Oxford University Press, 2011, pp. 230-248.

causando perjuicios para la economía azul, lo que también repercute indiscutiblemente en la alimentación humana derivada del mar.

Se puede deducir a *priori* que, a nivel universal, hay dos regímenes jurídicos internacionales que están directamente implicados en ofrecer respuestas regulatorias a este problema: el régimen internacional del cambio climático ( que ofrece la base jurídica para regular las emisiones de gases efecto invernadero a la atmosfera con el objetivo de reducir y controlar los efectos adversos del cambio climático) y el derecho del mar (cuya Convención Marco establece obligaciones para reducir y controlar la contaminación en el medio marino, teniendo en cuenta que la acidificación puede calificarse como una fuente de contaminación). Nosotros nos hemos ocupado de analizar en este trabajo el primer régimen jurídico, relativo al cambio climático.

En este sentido, estudiar y analizar los instrumentos de dicho régimen jurídico se hace necesario para deducir si actualmente existen respuestas jurídicas eficaces para mitigar el fenómeno de la acidificación.

Así, pues, hemos observado que la consecución del objetivo térmico, en el régimen internacional del cambio climático, no incluye necesariamente tener en cuenta la acidificación de los océanos o los cambios en los niveles de pH como medida para reducir el impacto del cambio climático en el océano. A ello hay que añadir que ni la CMNUCC, ni el Acuerdo de París, han fijado obligaciones específicas y cuantificadas (de resultado) de reducción de las emisiones de gases efecto invernadero a la atmósfera. Debido a ello, tampoco se visualizan obligaciones de resultado para reducir las emisiones del CO<sub>2</sub> (causante principal de la acidificación) en este marco jurídico.

Sin embargo, tras el análisis de dichos instrumentos, se deduce que los Estados Partes tienen la obligación de hacer frente a la acidificación de los océanos en virtud del objeto y fin de la CMNUCC (proteger el sistema climático de interferencias antropógenas peligrosas).

Entendemos que la acidificación de los océanos y el cambio climático no son dos fenómenos separados sino que la acidificación es un efecto adverso del mismo y contribuye a crear una mayor desestabilización del sistema climático. Por ello, la acidificación de los océanos debe ser

considerada como indicador de interferencia antropógena peligrosa en el sistema climático, a la luz de los actuales conocimientos científicos y de los informes del IPCC. Si los Estados quieren cumplir con sus obligaciones para combatir y mitigar el cambio climático, entendido como un cambio en el sistema climático que incluye las variaciones no sólo térmicas sino también químicas, tienen que abordar necesariamente la acidificación de los océanos en las medidas (obligación de comportamiento) que vayan a implementar.

## 7. AGRADECIMIENTOS

Este trabajo se ha elaborado en el marco de la “Borse di studio MIUR post lauream riservate a stranieri”, Referencia: A.A. 2019/2020-fondi MIUR post lauream- Dottorati di Ricerca XXXV ciclo, Entidad concesionaria: Università degli Studi di Cagliari.

## 8. REFERENCIAS

- BAIRD, R., SIMONS M., STEPHENS T., “Ocean Acidification: A Litmus Test for International Law”, *Carbon & Climate Law Review*, Volume 3, Issue 4, 2009, p.463.
- BODANSKY, D., “The Paris Climate Change Agreement: A New Hope?”, *The American Journal of International Law*, Vol. 110, No. 2, 2016, pp. 288-319.
- DOWNING, Y., “Ocean Acidification and Protection under International Law from Negative Effects: A Burning Issue amongst a Sea of Regimes”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 2(2), 2013, p. 251.
- EKARDT, F., ZORN, A., “Ozeanversauerung, Meeresumweltrecht, Klimavölkerrecht und die Menschenrechte”, *JbUTR* 2018, i.E, 2018, disponible en: <http://www.sustainability-justice-climate.eu/files/texts/Bioacid-JbUTR.pdf>
- FALKOWSKI, P., SCHOLES, R. J., BOYLE, E., CANADELL, J., et. al., “The Global Carbon Cycle: A Test of Our Knowledge of Earth as a System”, *Science*, Vol 290, Issue 5490, 2000, pp. 291-296.
- GALLO, N., VICTOR, D. G., LEVIN, L. A., “Ocean commitments under the Paris Agreement”, *Nature Climate Change*, 7, Issue 11, 2017, pp.833–837.

- GEHLEN, M., GRUBER, N., GANGSTO, R., BOPP, L., OSCHLIES, A.,  
 “Biogeochemical consequences of ocean acidification and feedbacks to  
 the earth system”, en GATTUSO J.P., HANSSON, L. (Eds.), *Ocean  
 acidification*, Oxford University Press, 2011, pp. 230–248.
- GILES CARNERO, R., *El régimen jurídico internacional en materia de cambio  
 climático. Dinámica de avances y limitaciones*, Thomson Reuters:  
 Aranzadi, Navarra, 2021, p. 21.
- Glasgow Climate Pact, Decision -/CP.26, paras. 60 y 61, disponible en:  
[https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cop26\\_auv\\_2f\\_cover\\_decisi  
 on.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cop26_auv_2f_cover_decision.pdf).
- HARROULD-KOLIEB, E. R., “(Re)Framing Ocean acidification in the context  
 of the United Nations Framework Convention on climate change  
 (UNFCCC) and Paris Agreement”, *Climate Policy*, Vol. 19, Issue 10,  
 2019, pp. 1225-1238.
- HARROULD-KOLIEB, E. R., “Ocean acidification and the UNFCCC: Finding  
 legal clarity in the twilight Zone”, *Washington Journal of Environmental  
 Law and Policy*, Vol. 6, Issue 2, 2016, pp. 612-632; HARROULD-  
 KOLIEB, E.R., “Implications of the Paris Agreement for action on ocean  
 acidification within the UNFCCC”, en VANDERZWAAG, D.L.,  
 ORAL, N., STEPHENS, T. (Eds.), *Research Handbook on Ocean  
 Acidification Law and Policy*, Edward Elgar Publishing, Massachusetts,  
 2021, p. 28.
- HOFMANN, M., MATHESIUS, S., KRIEGLER, E. et al., “Strong time  
 dependence of ocean acidification mitigation by atmospheric carbon  
 dioxide removal”, *Nat Commun* 10, 5592, 2019; IAP Statement on Ocean  
 Acidification, *Journal of International Wildlife Law & Policy*, 2009,  
 pp.210-215.
- IPCC, “El océano y la criosfera en un clima cambiante, Grupo  
 Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático”, Suiza,  
 2019, disponible en: <https://www.ipcc.ch/srocc/>.
- IPCC, “El océano y la criosfera en un clima cambiante, Grupo  
 Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático”, Resumen  
 para responsables de políticas, Suiza, 2019, pp. 7, 10, 11, 16, 22, 25.
- IPCC, 2018, Annex I, Glossary, en MATTHEWS, J.B.R., et al. (Eds.), *Global  
 Warming of 1.5°C, Special Report on the impacts of global warming of  
 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas  
 emission pathways, in the context of strengthening the global response to  
 the threat of climate change, sustainable development, and efforts to  
 eradicate poverty*, Cambridge University Press, Cambridge, New York,  
 2018, disponible en: <https://www.ipcc.ch/sr15/chapter/glossary/>.

- IPCC, *Climate Change 2007. The Physical Science Basis, Contribution of Working Group I to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge University Press, 2007, p. 212.
- IPCC, *Climate Change 2007: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, IPCC, Geneva, Switzerland, 2008, pp.18-21.
- IPCC, *Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate, Chapter 5: Changing Ocean, Marine Ecosystems, and Dependent Communities, Summary for Policymakers*, en *IPCC Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate*, 2019, p. 542.
- ORAL N., “Ocean Acidification: Falling Between the Legal Cracks of UNCLOS and the UNFCCC?”, *Ecology Law Quarterly*, Vol. 45, 2018, p. 15.
- SCOTT KAREN, N., “Ocean Acidification”, en JOHANSEN, E., BUSCH, S., JAKOBSEN, I. (Eds.), *The Law of the Sea and Climate Change: Solutions and Constraints*, Cambridge University Press, 2020, p. 116.
- SCOTT, K. N., “Ocean acidification and sustainable development goal 14: Goal but No target?”, en NORDQUIST, M.H., MOORE, J.N., LONG, R. (Eds.), *The marine environment and United Nations Sustainable Development Goal 14*, Brill Nijhoff, Leiden, 2018, pp. 323-341.
- Secretary General, *Report of the Secretary General “Oceans and the Law of the Sea”*, UN Doc. A/72/70, Seventy-second sesión, 6 March 2017, para. 50.
- Subsidiary Body for Scientific and Technological Advice, *Report on the structured expert dialogue on the 2013–2015 review*, FCCC/SB/2015/INF.1, 4 May 2015, para. 20.
- UN Doc. A72/95, *Report on the Work of the United Nations Open-ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea at its Eighteenth Meeting*, 16 June 2017.
- UN Framework Convention on Climate Change, *Report of the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Kyoto Protocol on its eighth session, held in Doha from 26 November to 8 December 2012*, FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1, 28 February 2013.

LA DELIMITACIÓN DEL ESPACIO  
ULTRATERRESTRE DESDE UNA PERSPECTIVA  
JURÍDICO INTERNACIONAL:  
EVALUACIÓN DE LA SITUACIÓN ACTUAL

---

CHRISTIAN DOMÍNGUEZ EXPÓSITO\*  
*Universidad de Sevilla*

## 1. INTRODUCCIÓN

La definición y delimitación del espacio ultraterrestre ha provocado intensos debates en la doctrina desde los comienzos del desarrollo del derecho espacial entre los años 50 y 60 del pasado siglo. En este sentido, se propusieron argumentos basados tanto en la astrofísica como en la ciencia jurídica, con objeto de proporcionar parámetros que permitieran establecer una delimitación consensuada entre el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre. Sin embargo, aún hoy día, este debate continúa.<sup>132</sup>

Las diferencias existentes entre los regímenes jurídicos aplicables al espacio aéreo y al espacio ultraterrestre son notables, de ahí la necesidad de llegar a un acuerdo al respecto.

Todo Estado “tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio”, en el cual se encuentran incluidos tanto las áreas terrestres, como las aguas territoriales e interiores y mar territorial adyacentes a ellas que se encuentren bajo la soberanía, dominio, protección o mandato de dicho Estado, conforme a lo establecido los artículos

---

\* Contratado Predoctoral Formación Profesorado Universitario (FPU). Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Sevilla (cdomin-guez2@us.es).

Todos los enlaces han sido consultados por última vez el 30/12/2022.

<sup>132</sup> Bittencourt Neto, O. de O. (2015). *Defining the Limits of Outer Space for Regulatory Purposes*. Springer, p. 32.

1 y 2 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional de 1944, comúnmente conocido como el Convenio de Chicago. Esto significa que, ninguna aeronave, ya sea comercial o pertenezca a un tercer Estado, podrá volar sobre el territorio de otro Estado o aterrizar en el mismo sin el correspondiente permiso del Estado soberano (expresamente indicado en los artículos 3 y 6 del Convenio de Chicago).<sup>133</sup>

En cambio, en el espacio ultraterrestre nos encontramos con una situación completamente distinta, puesto que, conforme a lo establecido en los artículos 1 y 2 del Tratado del Espacio de 1967, en este espacio rige la libertad de exploración y utilización con fines pacíficos por todos los Estados, sin que el mismo pueda ser objeto de apropiación nacional, lo cual implica que los Estados no tengan soberanía alguna en el mismo.

La importancia de determinar con claridad cuando termina el espacio aéreo de los Estados, sujeto a su exclusiva soberanía, y cuando comienza el espacio ultraterrestre, como espacio *res communis omnium*, ajeno a la soberanía de los Estados es obvia. Sin embargo, existe un gran problema de base, y es que una vez analizados los principales tratados en la materia, observamos que en ningún momento los términos “espacio aéreo” y “espacio ultraterrestre” son definidos. Este vacío genera una gran incertidumbre y conlleva el peligro de un potencial conflicto entre estos dos regímenes jurídicos tan diferentes.

Se han vertido verdaderos ríos de tinta sobre esta cuestión, tratando de dar una solución que permita establecer con claridad cuándo nos encontramos ante uno u otro espacio, para determinar su régimen jurídico. Sin embargo, aún a día de hoy, no está claro cuándo estamos ante espacio aéreo y cuándo ante espacio ultraterrestre.

Este largo período de discusión consolidó las distintas posiciones en torno a dos enfoques teóricos: por una parte los “funcionalistas”, que afirman que tratar de establecer una frontera entre ambos espacios es un

---

<sup>133</sup> En la alta mar, no sometida a la soberanía de ningún Estado, conforme al artículo 89 de la CONVEMAR, todos los Estados tienen libertad de sobrevuelo, de acuerdo con el artículo 87.1.b) CONVEMAR, y las reglas aplicables a dicho espacio son las establecidas por la Organización de Aviación Civil Internacional de acuerdo con el Convenio de Chicago, tal y como establece su propio artículo 12.

esfuerzo inútil e incluso imposible de realizar; y, por otra parte, los “espacialistas”, quienes defienden la necesidad de establecer una línea fronteriza que determine el final del espacio aéreo y el comienzo del espacio ultraterrestre.<sup>134</sup>

## 2. OBJETIVOS

El objetivo general de la investigación se centrará en mostrar cuál es la situación actual de la delimitación jurídico internacional del espacio ultraterrestre. De esta forma, se mostrarán las distintas posiciones existentes, examinando el comportamiento de los Estados, principalmente a través de las declaraciones vertidas en la materia en el seno de la Comisión de Naciones Unidas para el uso pacífico del Espacio Ultraterrestre (COPUOS por sus siglas en inglés), donde existe un Grupo de Trabajo específico en el que los Estados muestran su postura con respecto a la definición y delimitación del espacio ultraterrestre.

El objetivo específico será el de mostrar la importancia de colmar un vacío que lleva arrastrándose décadas, siendo cada vez más necesario aportar una solución al respecto ante el exponencial crecimiento de las actividades espaciales, ya que, de lo contrario, puede acabar desencadenando grandes conflictos. Para ello, se examinarán las propuestas que han surgido a lo largo de los años, ofreciendo a tal efecto nuestra humilde opinión.

## 3. METODOLOGÍA

Para desarrollar este trabajo se ha empleado el método sincrético o, lo que es lo mismo, la aplicación de una multiplicidad de métodos cognoscitivos, próximos y compatibles, que se utilizan de manera conjunta para alcanzar conclusiones armónicas de acuerdo a los objetivos de investigación planteados.

En este sentido, se ha empleado el método analítico, con el propósito de detectar los elementos primordiales de análisis, así como de recopilar la

---

<sup>134</sup> Bittencourt Neto, O. de O. (2015). *Defining the Limits...*, *op.cit.*, pp. 32-33.

información necesaria para poder contrastar y validar el estado actual de la situación; así como el método sociológico jurídico, puesto que se hace necesario tener en cuenta los elementos sociales, económicos y políticos que inciden en el tema.

## 4. PLANTEAMIENTO LÓGICO FORMAL

### 4.1. EL ENFOQUE FUNCIONALISTA

Para definir el ámbito de aplicación del derecho del espacio ultraterrestre, el enfoque funcionalista se centra en los tipos de actividades que pueden ser calificadas como “actividades espaciales”, sin prestar atención al lugar en el que dichas actividades tienen lugar. De esta forma, siguiendo la lógica del enfoque funcionalista, el derecho espacial se aplicaría a un cohete orbital aun cuando este se encontrare dentro de la atmósfera o incluso a ras de suelo.<sup>135</sup>

Este enfoque comenzó a ganar adeptos a mediados de la década de 1950, una época en la que el conocimiento físico de la atmósfera superior y el espacio cercano a la Tierra era escaso y poco conocido entre los juristas. De acuerdo con este enfoque, el derecho aeronáutico regularía las actividades aeronáuticas y el régimen de las aeronaves, mientras que el derecho espacial regularía las actividades “astronáuticas” y el régimen de los objetos espaciales.<sup>136</sup>

Hay que destacar que los términos “actividad aeronáutica” y “actividad espacial”, esenciales para el enfoque funcionalista, no han sido definidos por ningún tratado.

En consecuencia, si el enfoque funcionalista se impusiera, lo único que cambiaría sería el objeto del debate, y en lugar de discutir sobre la delimitación del espacio aéreo y el espacio ultraterrestre, se discutiría sobre qué se entiende por actividades aeronáuticas y qué se entiende por actividades espaciales. Además, si se tienen en cuenta los vehículos

---

<sup>135</sup> McDowell, J.C. (2018). The edge of space: Revisiting the Karman Line. *Acta Astronautica*, 151, p. 668.

<sup>136</sup> Gangale, P. (2018). How High the Sky? The Definition and Delimitation of Outer Space and Territorial Airspace in International Law. Brill, p. 209.

aeroespaciales, el problema alcanzaría un nivel de complejidad aún mayor, debido a su naturaleza híbrida.<sup>137</sup>

En opinión de CHENG, la cual compartimos, la inseguridad jurídica que ocasionaría la adopción del enfoque funcionalista debería ser evitada a toda costa.<sup>138</sup>

#### 4.2. EL ENFOQUE ESPACIALISTA

Por su parte, el enfoque espacialista parte de la premisa de que el establecimiento de una frontera entre el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre no solo es posible, sino necesaria. En este sentido, existen diversas propuestas que pretenden dar respuesta a la vieja incógnita: ¿dónde se encuentra el límite vertical de la soberanía estatal?<sup>139</sup>

Entre las múltiples propuestas existentes, destacamos las siguientes:

- Línea de Kármán: De acuerdo con la línea de Kármán, el límite entre el espacio ultraterrestre y el espacio aéreo se encuentra a 100 km sobre el nivel del mar. Dicha teoría, que surgió en el debate de una conferencia que nunca fue publicada formalmente, fue desarrollada en publicaciones posteriores, especialmente en el influyente trabajo de Haley (1963).<sup>140</sup> El argumento que utilizó von Kármán para establecer la frontera entre ambos espacios en 100 km fue que el límite espacial debía establecerse en aquel momento en el que las fuerzas debidas a la dinámica orbital superen las fuerzas aerodinámicas. En este sentido, aunque en un principio von Kármán estableció el punto de los 100 kms como referencia, no fijó realmente el límite a dicha altura, sino que conforme a su criterio la altitud de la línea fronteriza varía en función de los cambios en la

---

<sup>137</sup> Bittencourt Neto, O. de O. (2015). *Defining the Limits...*, op.cit, p. 40.

<sup>138</sup> Cheng, B. (1997). *Studies in International Space Law*. Clarendon Press Oxford, pp. 442-445.

<sup>139</sup> Bittencourt Neto, O. de O. (2015). *Defining the Limits...*, op.cit, p. 41.

<sup>140</sup> Haley, A. G. (1963). *Space law and government*. Appleton-Century-Crofts.

densidad atmosférica como consecuencia de la actividad solar.<sup>141</sup> La línea de Kármán ha sido adoptada oficialmente por la FAI<sup>142</sup> como el límite entre el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre.

- Delimitación arbitraria o convencional: De acuerdo con esta propuesta, la altitud a partir de la cual comenzaría el espacio ultraterrestre debería ser adoptada convencionalmente sin tener en cuenta las actividades que se estén llevando a cabo. A lo largo de los años que precedieron y que siguieron al lanzamiento del Sputnik I en 1957 se presentaron varias propuestas para delimitar arbitrariamente el límite vertical a partir del cual comenzaría el espacio ultraterrestre, siendo recopiladas por Gyúla Gál en 1969. Dichas propuestas variaban entre los 12 km (Beresford) y 1.500.000 km (Rinck).<sup>143</sup>
- Control efectivo: Conforme a esta propuesta, el parámetro que debe utilizarse para establecer el límite vertical hasta el que se extiende la soberanía estatal es el del control efectivo, puesto que la esfera de jurisdicción de un Estado no puede extenderse más allá de su efectivo poder. Esta propuesta surge de la aplicación de la famosa tesis de Cornelius Von Bynkershoek sobre los límites del mar territorial (*dominium terrae finitur ubi finitur armorum vis*) al derecho aéreo y del espacio.<sup>144</sup>
- Elevación aerodinámica: Conforme a esta teoría, la delimitación entre el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre debe basarse en la altitud máxima que pueden alcanzar los aviones, siendo aplicable el derecho aéreo hasta dicha altura, y el derecho espacial a partir de dicho punto. Al principio se denominó a este punto “límite práctico aerodinámico”, y la OACI la situó

---

<sup>141</sup> McDowell, J.C. (2018). The edge of space: Revisiting the Karman Line. *Acta Astronautica*, 151, pp. 668-677.

<sup>142</sup> Véase: <https://bit.ly/3WpJ5rE>

<sup>143</sup> Bittencourt Neto, O. de O. (2015). *Defining the Limits...*, op.cit, p. 56.

<sup>144</sup> *Ibidem*, pp. 54-55.

en 35 kilómetros (21,71 millas, 146.800 pies). La línea de Kármán pasó a ser un término asociado a esta idea.<sup>145</sup>

- Límite gravitacional: Otros espacialistas defienden que el espacio ultraterrestre debería comenzar donde el campo gravitatorio de la Tierra deja de ser efectivo.<sup>146</sup>
- Física atmosférica: Esta teoría, igualmente relacionada con los fenómenos naturales como la anterior, propone que para el establecimiento de una frontera entre ambos espacios es necesario tener en cuenta las distintas capas de la atmósfera terrestre que los científicos han identificado.<sup>147</sup>
- Perigeo orbital más bajo: Esta teoría propone que la delimitación del espacio exterior se base en el perigeo más bajo alcanzable por los objetos espaciales, es decir, el punto de sus órbitas en el que están más cerca de la superficie de la Tierra ( 100-110 km).<sup>148</sup>

#### 4.3. SITUACIÓN ACTUAL DE LA CONTROVERSIDAD

En la actualidad sigue sin haber consenso en la materia, por lo que cada Estado tiene una determinada postura al respecto. En este sentido, EE. UU defiende el enfoque funcionalista, entendiendo que no es necesario definir o delimitar el espacio ultraterrestre puesto que no han surgido problemas jurídicos o prácticos por la ausencia de tal definición y/o delimitación. Por el contrario, defienden que los diferentes regímenes jurídicos aplicables al espacio aéreo y al espacio ultraterrestre han funcionado bien en sus respectivas esferas, y que la falta de una definición o delimitación del espacio ultraterrestre no ha impedido el desarrollo de actividades en ninguna de las dos esferas.<sup>149</sup>

---

<sup>145</sup> Gangale, P. (2018). *How High the... , op.cit*, p. 113.

<sup>146</sup> Bittencourt Neto, O. de O. (2015). *Defining the Limits... , op.cit*, pp. 50-51.

<sup>147</sup> Gangale, P. (2018). *How High the... , op.cit*, pp. 99-104.

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>149</sup> U.S. Statement, Definition and Delimitation of Outer Space And The Character And Utilization Of The Geostationary Orbit, Legal Subcommittee of the United Nations Committee on the

Sin embargo, es curioso el hecho de que las organizaciones gubernamentales estadounidenses reconozcan que los pilotos bajo su jurisdicción que sobrepasan las 50 millas (80,5 kilómetros) de altitud puedan optar a la mención de astronauta, puesto que esto implica que en las políticas americanas se encuentra implícito que el espacio exterior comienza a partir de los 80,5 km, y que, por tanto, la práctica estatal reflejaría un enfoque espacialista asociado con los cálculos iniciales de la línea de Kármán.<sup>150</sup>

En lo que respecta a la Federación de Rusia, podemos observar que es partidaria de un enfoque espacialista, puesto que hasta en tres ocasiones (1979, 1983 y 1987), la entonces URSS propuso el establecimiento, mediante un acuerdo jurídicamente vinculante, de un límite entre el espacio ultraterrestre y el espacio aéreo que cumpliera determinadas condiciones. Se propuso que el límite se estableciera a una altitud que no superara los 100 a 110 kilómetros por encima del nivel del mar, y que se preservara el derecho de paso pacífico (inocente) de un objeto espacial de cualquier Estado sobre el territorio de otros Estados a alturas inferiores con el propósito de llegar a su órbita o de regresar a la Tierra.<sup>151</sup>

Sin embargo, en la actualidad defienden que “las actuales tentativas de resolver la cuestión de la definición y delimitación del espacio ultraterrestre en el marco de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos, incluso definiendo el límite inferior del espacio ultraterrestre y el correspondiente límite superior del espacio aéreo, pueden complicar las actividades espaciales que está llevando a cabo la comunidad internacional y perturbar el equilibrio jurídico internacional existente. Por lo que, a más largo plazo se debería, para progresar en la definición y delimitación del espacio ultraterrestre, instaurar una cooperación entre la Organización de Aviación Civil Internacional y la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines

---

Peaceful Uses of Outer Space at its 40th Session in Vienna from April. Disponible en: <https://bit.ly/3WM1Kxx>

<sup>150</sup> Gangale, P. (2018). *How High the...*, *op.cit.*, pp. 311-312.

<sup>151</sup> A/AC.105/889/Add.10, p. 6. Disponible en: <https://bit.ly/313ib4A>

Pacíficos”.<sup>152</sup> En consecuencia, la posición actual de la Federación de Rusia es que los Estados deben seguir actuando sobre la base del sistema existente hasta que se den las condiciones necesarias para abordar en la práctica el problema de encontrar una solución jurídico internacional a la cuestión de la definición y/o delimitación del espacio ultraterrestre.<sup>153</sup>

Al igual que los dos gigantes espaciales, un gran número de Estados se posiciona apoyando uno u otro enfoque, normalmente en el seno de la COPUOS o a través del desarrollo de su normativa doméstica espacial. De esta forma, de las diferentes declaraciones vertidas por las delegaciones de los Estados en el Grupo de Trabajo sobre la Definición y Delimitación del Espacio Ultraterrestre de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos de la COPUOS, podemos observar que:

- Estados que se muestran partidarios del enfoque funcionalista: Austria (“las actividades aeronáuticas deben estar reguladas por el derecho aéreo, y las actividades espaciales, por el derecho del espacio. Las actividades espaciales, incluidos el lanzamiento desde la Tierra, el transporte por el espacio aéreo a la órbita objetivo situada en el espacio ultraterrestre, y la entrada, deben regirse por un único régimen jurídico, independientemente de la altitud a la cual se realicen”),<sup>154</sup> Bélgica (“Bélgica confirma el enfoque “funcional” de su definición del ámbito de aplicación de los tratados internacionales relativos al espacio ultraterrestre. No propugna ninguna delimitación jurídica entre espacio aéreo y espacio ultraterrestre”);<sup>155</sup> Francia (“Francia no considera apropiado, dada la situación actual de las actividades espaciales, definir y delimitar el espacio ultraterrestre. Mantiene un enfoque funcionalista de las actividades espaciales: todo objeto que tenga por objetivo llegar al espacio ultraterrestre es un objeto espacial, independientemente de que logre o no su propósito. Con respecto a la frontera entre las actividades

---

<sup>152</sup> A/AC.105/889/Add.10, pp. 6-8. Disponible en: <https://bit.ly/3l3ib4A>

<sup>153</sup> A/AC.105/C.2/2014/CRP.6, p. 3. Disponible en: <https://bit.ly/3VrxhDZ>

<sup>154</sup> A/AC.105/1112/Add.3, p.2. Disponible en: <https://bit.ly/3Wz24QD>

<sup>155</sup> A/AC.105/889/Add.11, p.3. Disponible en: <https://bit.ly/3C7TOii>

aeronáuticas y las actividades espaciales, como los proyectos de turismo suborbital, Francia considera que sería útil estudiar a su debido tiempo el alcance de esas actividades sobre la base de cada caso particular. Ese análisis debería permitir establecer un enfoque internacional común con miras a determinar si cada tipo de actividad debería por su propia naturaleza considerarse como una actividad espacial (en cuyo caso se aplicarían los instrumentos de las Naciones Unidas relativos al espacio), sin que sea necesario que se haya establecido una delimitación estricta del espacio ultraterrestre”);<sup>156</sup> Grecia (“sería preferible, en cambio, adoptar un enfoque funcional, teniendo en cuenta el desarrollo actual de la tecnología y su evolución prevista en el futuro. Según ese enfoque, se considera que el espacio es espacio ultraterrestre a cualquier distancia de la superficie de la Tierra, siempre que pueda ser utilizado por objetos espaciales, es decir, objetos capaces de realizar vuelos espaciales”);<sup>157</sup> y Hungría (“no creemos que se deba separar el espacio aéreo del espacio ultraterrestre, y que más bien se debe distinguir entre las actividades sujetas al derecho aéreo y las sujetas al derecho espacial”)<sup>158</sup> entre otros.

- Estados que se muestran partidarios del enfoque espacialista: Arabia Saudita (“la Arabia Saudita propone que el límite entre el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre se fije entre 100 y 120 km sobre el nivel del mar”);<sup>159</sup> Argelia (“el Gobierno de Argelia considera indispensable definir y delimitar el espacio ultraterrestre y, por consiguiente, también el espacio aéreo”);<sup>160</sup> Jordania (“deben aclararse las cuestiones concernientes a la soberanía nacional y el límite entre el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre a fin de reducir la posibilidad de que

---

<sup>156</sup> A/AC.105/889/Add.10, p.3. Disponible en: <https://bit.ly/3WD99Qo>

<sup>157</sup> A/AC.105/1112/Add.11, p. 5. Disponible en: <https://bit.ly/3GnfCJc>

<sup>158</sup> A/AC.105/1112/Add.10, p. 3. Disponible en: <https://bit.ly/3l3ib4A>

<sup>159</sup> A/AC.105/1112/Add.6, p. 2. Disponible en: <https://bit.ly/3l6MmaT>

<sup>160</sup> A/AC.105/889/Add.10, p.2. Disponible en: <https://bit.ly/3WD99Qo>

se planteen controversias entre los Estados”);<sup>161</sup> México (“el espacio ultraterrestre debería delimitarse por muchas y variadas razones”);<sup>162</sup> Qatar (“el Gobierno de Qatar considera necesario definir el espacio ultraterrestre y delimitar el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre, porque ello contribuiría a determinar la responsabilidad de los Estados y aclarar el concepto de soberanía nacional”);<sup>163</sup> y Ucrania (“es preciso establecer un límite que sea aceptado por la mayoría de los Estados, reglamentarlo en el plano jurídico internacional y hacerlo vinculante para todos los Estados del mundo mediante la aprobación de un instrumento jurídico apropiado. La adopción de un enfoque unificado para determinar el límite entre el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre a una altitud entre los 100 y los 110 kilómetros sobre el nivel del mar en el futuro daría una base más sólida a la cooperación entre los Estados libre de contradicciones y evitaría conflictos debidos a diferencias en los enfoques de los Estados sobre la delimitación del espacio aéreo y el espacio ultraterrestre. Ucrania, junto a otros Estados en la Subcomisión de Asuntos Jurídicos de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos (Argentina, Australia, Azerbaiyán, Kazajistán, México y Tailandia, entre otros), se inclina por un enfoque territorial de la delimitación del espacio ultraterrestre y el espacio aéreo sobre la base de la necesidad de determinar claramente el límite superior del espacio aéreo, que a su vez constituiría el límite inferior del espacio ultraterrestre”)<sup>164</sup> entre otros.

En consecuencia, tal y como se adelantó, no existe consenso dentro de la sociedad internacional institucionalizada sobre la cuestión de la delimitación del espacio aéreo y ultraterrestre, y las posturas de los Estados varían enormemente (dicho punto se sigue debatiendo en las reuniones

---

<sup>161</sup> A/AC.105/1112/Add.11, p. 5. Disponible en: <https://bit.ly/3GnfCJc>

<sup>162</sup> A/AC.105/1112/Add.5, p. 2. Disponible en: <https://bit.ly/3l6TgNr>

<sup>163</sup> A/AC.105/889/Add.16, p.2. Disponible en: <https://bit.ly/3GsjoRW>

<sup>164</sup> A/AC.105/1112/Add.11, p. 5. Disponible en: <https://bit.ly/3GnfCJc>

anuales de la Subcomisión Jurídica de la COPUOS). Esta situación constituye un grave riesgo para la paz y seguridad internacionales, puesto que, ante el exponencial incremento de actividades espaciales llevadas a cabo por los Estados y entes privados, el progreso científico y tecnológico, la comercialización del espacio ultraterrestre, la participación del sector privado y la utilización cada vez mayor del espacio ultraterrestre en general, es muy probable que en un futuro cercano empecemos a ser testigos de conflictos que surjan como consecuencia del desacuerdo entre dos o más Estados sobre qué se considera espacio aéreo o ultraterrestre (pudiendo suceder que un “Estado X” lleve a cabo actividades de uso o exploración en un espacio que es considerado por este como espacio ultraterrestre, pero que un “Estado Z” lo considere espacio aéreo bajo su exclusiva soberanía, lo cual podría acabar generando controversias e incluso desembocar en un conflicto armado).

En este sentido, sería beneficioso para la comunidad internacional en su conjunto alcanzar un acuerdo sobre una definición clara del límite entre el espacio ultraterrestre y el espacio aéreo, puesto que, además de evitar posibles conflictos entre los distintos Estados, permitiría a la Subcomisión de Asuntos Jurídicos de la COPUOS centrarse en preparar y mejorar instrumentos jurídicos aplicables a las actividades que no se limiten a un solo ámbito del espacio. Asimismo, esto permitiría determinar la responsabilidad de los Estados y aclarar el concepto de soberanía nacional permitiendo resolver cualquier ambigüedad existente en los distintos convenios internacionales, así como en las legislaciones nacionales.<sup>165</sup>

---

<sup>165</sup> Un modelo intermedio propuesto para resolver la eterna disputa entre funcionalistas y espacialistas es el presentado por la Universidad Internacional del Espacio a la COPUOS, reflejado en el documento *A/AC.105/1226/Add.1*, p. 3. Disponible en: <https://bit.ly/3Z4R8Mq>

Dicha propuesta dice así:

Los autores desean señalar a la atención del Grupo de Trabajo sobre la Definición y Delimitación del Espacio Ultraterrestre el caso de las estaciones en plataformas a gran altitud. En el artículo 1.66A del Reglamento de Radiocomunicaciones de la UIT se define una estación en plataforma a gran altitud como una “estación situada sobre un objeto a una altitud de 20 a 50 km y en un punto nominal, fijo y especificado con respecto a la Tierra”.

Debido a sus capacidades y características únicas, las estaciones en plataforma a gran altitud tienen el potencial salvar la brecha entre las redes terrestres y los satélites espaciales. La colocación de esas estaciones a una altitud relativamente alta en los espacios aéreos nacionales,

Recientemente, el Grupo de Trabajo sobre la Definición y Delimitación del Espacio Ultraterrestre de la Subcomisión Jurídica de la COPUOS dio un paso importante al respecto y propuso oficialmente la delimitación de la frontera entre el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre a 100 km sobre el nivel medio del mar.<sup>166</sup> Dicha aportación es casi idéntica a la práctica internacional, que entiende que el límite inferior del espacio ultraterrestre coincide con la altitud del perigeo orbital más bajo alcanzable por un satélite artificial de la Tierra (100-110 km), existiendo reservas por parte de todos los Estados en relación con el derecho a que sus objetos espaciales crucen el espacio aéreo de otros Estados para entrar en una órbita determinada o regresar a la Tierra.<sup>167</sup>

---

junto con la realización de lo que habitualmente se consideran actividades espaciales, exige un enfoque más flexible de la delimitación del espacio ultraterrestre.

El carácter híbrido de las estaciones en plataformas a gran altitud hace que la aplicación plena del derecho aeronáutico o el derecho del espacio no resulte idónea para reglamentar adecuadamente sus actividades, de manera similar a lo que ocurre en el caso de los vuelos suborbitales. Por ello, varios autores sostienen que esas actividades “límitrofes” sugieren el establecimiento de una zona intermedia entre el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre, llamada “espacio cercano”.

Esa zona se situaría a entre 20 y 99 kilómetros sobre el nivel del mar, y su régimen jurídico podría ser una mezcla del derecho aeronáutico y el derecho del espacio

<sup>166</sup> En el 56º período de sesiones de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos, celebrado en 2017, el Grupo de Trabajo sobre la Definición y Delimitación del Espacio Ultraterrestre de la Subcomisión tomó conocimiento de la propuesta de la Presidencia de comenzar a adoptar un enfoque flexible y pragmático de la definición y delimitación del espacio ultraterrestre; habida cuenta de que los Estados tenían diferentes opiniones respecto de la definición y delimitación del espacio ultraterrestre, era importante encontrar una visión común y tratar de llegar a una posición acordada en común, teniendo en cuenta todas las posiciones y opiniones (A/AC.105/1113, anexo II, párr. 5).

El Grupo de Trabajo acabó proponiendo que se considere la posibilidad de establecer (mediante un instrumento internacional en el que se prevea la reglamentación de los derechos de paso de los objetos espaciales durante el lanzamiento y las reentradas, siempre y cuando esas actividades espaciales tengan fines pacíficos, se realicen de conformidad con el derecho internacional y respeten los intereses soberanos del Estado o los Estados territoriales de que se trate) la frontera entre el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre a 100 km de altitud sobre el nivel medio del mar y establecer un régimen especial aplicable al lanzamiento y la reentrada de los objetos espaciales, teniendo especialmente en cuenta los objetos aeroespaciales y los vuelos suborbitales.

En este sentido, véase: A/AC.105/C.2/L.302. Disponible en: <https://bit.ly/3PVFRtw>

<sup>167</sup> A/AC.105/C.2/2014/CRP.6, p. 3. Disponible en: <https://bit.ly/3VrxhDZ>

## 5. CONCLUSIONES

El derecho espacial internacional arrastra un grave problema, no existe consenso a la hora de establecer dónde comienza a aplicarse. Tal y como se ha desarrollado, existen multitud de teorías y posturas a la hora de determinar dónde comienza el espacio ultraterrestre. En la actualidad, existe un crecimiento exponencial de actividades en el espacio aéreo y espacial por parte no solo de los Estados, sino de organizaciones internacionales y entes privados, lo cual provoca que existan más interacciones y, con ellas, fricciones y tensiones. Ante dicha situación es imprescindible que no existan dudas acerca del régimen jurídico aplicable, puesto que, como hemos visto, existen grandes diferencias entre ambos regímenes.

Por tanto, es absolutamente necesario que la comunidad internacional llegue a un acuerdo y se zanje definitivamente el asunto de la delimitación del espacio aéreo/ultraterrestre. En este sentido es el seno de la COPUOS donde consideramos que debe llegarse a ese acuerdo, puesto que es el foro multilateral por excelencia en el que se puede adoptar una decisión que realmente acabe con la discusión. Los Estados deben ser más pragmáticos y enfocar sus esfuerzos en otros asuntos más acuciantes, entendiendo que, en algún momento, deben llegar a un acuerdo si no quieren verse envueltos continuamente en conflictos, puesto que como se acaba de comentar, ante el paulatino incremento de actividades en dicho ámbito es inevitable que dos o más Estados con visiones diferentes sobre la delimitación espacial se enfrenten. En este sentido se propone que los Estados acepten la propuesta del Grupo de Trabajo sobre la Definición y Delimitación del Espacio Ultraterrestre de la Subcomisión Jurídica de la COPUOS, que como se comentó anteriormente, propuso que la delimitación de la frontera entre el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre se fije en 100 km sobre el nivel medio del mar.

Las razones para considerar esta propuesta como la adecuada son varias: por una parte, que haya sido una propuesta oficial realizada por dicho Grupo de Trabajo ya refleja que, al menos, ha existido consenso entre ciertos Estados; en segundo lugar, porque dicha propuesta fija un límite casi idéntico al de la práctica internacional, la cual recordemos entiende

que el límite inferior del espacio ultraterrestre coincide con la altitud del perigeo orbital más bajo alcanzable por un satélite artificial de la Tierra, es decir, 100-110 km; en tercer lugar, porque varias delegaciones ante la COPUOS han hecho referencia al punto de los 100 km sobre el nivel del mar para delimitar ambos espacios, como la antigua URSS en 1979, 1983 y 1987; y, en cuarto lugar, porque existen Estados (como Australia en su “Space (Launches and Returns) Act 2018”)<sup>168</sup>, y organizaciones (como la Federación Aeronáutica Internacional)<sup>169</sup> que sitúan la frontera entre ambos espacios en los 100 km sobre el nivel del mar.

## 6. REFERENCIAS

- Bittencourt Neto, O. de O. (2015). *Defining the Limits of Outer Space for Regulatory Purposes*. Springer.
- Cheng, B. (1997). *Studies in International Space Law*. Clarendon Press Oxford.
- Documento de la COPUOS sobre “Definición y delimitación del espacio ultraterrestre: opiniones de los Estados miembros y los observadores permanentes ante la Comisión” (2022), A/AC.105/1112/Add.11.
- Documento de la COPUOS sobre “Definición y delimitación del espacio ultraterrestre: opiniones de los Estados miembros y los observadores permanentes ante la Comisión” (2021), A/AC.105/1112/Add.10.
- Documento de la COPUOS sobre “Definición y delimitación del espacio ultraterrestre: opiniones de los Estados miembros y los observadores permanentes ante la Comisión” (2019), A/AC.105/1112/Add.6.
- Documento de la COPUOS sobre “Información relacionada con cualquier caso práctico que justificase la definición y delimitación del espacio ultraterrestre” (2021), A/AC.105/1226/Add.1.
- Documento de la COPUOS sobre “Informe de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos sobre su 55º período de sesiones, celebrado en Viena del 4 al 15 de abril de 2016” (2016), A/AC.105/1113.
- Documento de la COPUOS sobre “Leyes y prácticas relacionadas con la definición y la delimitación del espacio ultraterrestre” (2010), A/AC.105/865/Add.8.

---

<sup>168</sup> Véase: <https://bit.ly/3vj8kA7>

<sup>169</sup> Véase: <https://bit.ly/3WpJ5rE>

- Documento de la COPUOS sobre “Matters relating to the definition and delimitation of outer space replies of the Russian Federation” (2014), A/AC.105/C.2/2014/CRP.6.
- Documento de la COPUOS sobre “Preguntas relativas a la definición y delimitación del espacio ultraterrestre: respuestas recibidas de los Estados Miembros” (2015), A/AC.105/889/Add.16.
- Documento de la COPUOS sobre “Preguntas relativas a la definición y delimitación del espacio ultraterrestre: respuestas recibidas de los Estados Miembros” (2013), A/AC.105/889/Add.11.
- Documento de la COPUOS sobre “Preguntas relativas a la definición y delimitación del espacio ultraterrestre: respuestas recibidas de los Estados Miembros” (2012), A/AC.105/889/Add.10.
- Documento de la COPUOS sobre “Promover el debate sobre las cuestiones relativas a la definición y delimitación del espacio ultraterrestre con miras a elaborar una posición común de los Estados miembros de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos” (2017), A/AC.105/C.2/L.302.
- Fédération Aéronautique Internationale: Statement about The Karman Line.  
Disponible en: <https://bit.ly/3WpJ5rE>.
- Gangale, P. (2018). *How High the Sky? The Definition and Delimitation of Outer Space and Territorial Airspace in International Law*. Brill.
- Haley, A. G. (1963). *Space law and government*. Appleton-Century-Crofts.
- McDowell, J.C. (2018). The edge of space: Revisiting the Karman Line. *Acta Astronautica*, 151, 668-677.
- Space (Launches and Returns) Act 2018. Disponible en: <https://bit.ly/3vj8kA7>.
- U.S. Statement, Definition and Delimitation of Outer Space and The Character And Utilization Of The Geostationary Orbit, Legal Subcommittee of the United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space at its 40th Session in Vienna from April. Disponible en: <https://bit.ly/3WM1Kxx>.

SECCIÓN III

TRANSFORMACIONES DE LA ECONOMÍA  
Y DE LOS DERECHOS MERCANTILES  
EN UN MUNDO EN ACELERACIÓN

---

## ECONOMÍA CIRCULAR: ANÁLISIS BIBLIOMÉTRICO EN EL ÁREA DE LOS NEGOCIOS Y LA ECONOMÍA

---

INGRID DEL VALLE GARCÍA- CARREÑO  
*Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España*<sup>170</sup>

### 1. INTRODUCCIÓN

El concepto de economía circular (EC) es relevante y significativo a nivel mundial en el siglo XXI entre diferentes naciones, organizaciones, legisladores, instituciones académicas, académicos de investigación y empresas (Merli et al., 2018). La EC se considera como una solución a los desafíos ecológicos y socioeconómicos resultantes del consumo creciente de recursos no renovables, la generación de desechos (desechos sólidos y electrónicos), la contaminación (suelo, agua y aire) y la escasez de recursos (Lieder y Rashid, 2016).

Abordar sistémica y globalmente el cambio climático forma parte de la agenda internacional desde hace décadas. Factores como el aumento de la población mundial y el crecimiento de las ciudades, han aumentado el consumo de energía, el cual ha crecido incontrolablemente, impulsando el aumento desmedido de las emisiones de gases de efecto invernadero e impactando el clima global (Lipson et al., 2019).

Es preocupante como los patrones actuales de producción y consumo son una amenaza para el medio ambiente del planeta (Wackernagel & Beyers, 2019), sobrepasando la biocapacidad (Wackernagel & Beyers, 2019).

Recientemente, acuerdos como, los incluidos en la Agenda 2030 para un desarrollo sostenible, trata la EC y son más que nunca necesarios,

---

<sup>170</sup> Integrante del Grupo de Investigación en Acción Socioeducativa (GIAS) por la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España.

específicamente los objetivos 11 y 12, que tienen como finalidad crear ciudades sostenibles y saludables, entre sus metas incluyen una real necesidad de reducir el impacto ambiental negativo per cápita de las urbes, con una atención a la calidad del aire y la gestión de los desechos municipales y de otro tipo, estas y otras metas se vinculan con la EC, referentes al objetivo 12 sobre producción y consumo responsable, específicamente las metas 12.1 a 12.7 tal y como se recogen en la declaración de Naciones Unidas sobre la Agenda de Desarrollo Sostenible (ONU, 2015).

Muchos expertos coinciden en que para alcanzar los objetivos globales de desarrollo sostenible de la ONU (2015) y asegurar patrones de consumo y producción para que sean más sostenible, con la adopción e implementación de la EC, se plantea un factor clave en la búsqueda de la sostenibilidad a largo plazo y se trata de apoyarla a través del crecimiento del PIB, nuevos empleos y productividad de los recursos. Para Jaeger-Erben et al., (2021) lo más significativo es sumar la justicia social, equidad e inclusión junto con los cambios de consumo en los diversos estilos de vida, todos los actores de la sociedad deben trabajar juntos y estar comprometido.

### 1.1. APROXIMACIÓN A LA DEFINICIÓN DE LA ECONOMÍA CIRCULAR

La EC es un modelo económico, emergente, que reduce al mínimo los impactos irreversibles sobre el entorno, busca regularizar el ciclo físico de la economía con la capacidad de carga del planeta, de forma que la economía crezca en términos financieros sin estar apartado del agotamiento de los recursos o la regeneración. La EC tiene como objetivo desvincular la creación de valor de la generación de residuos y el uso de recursos mediante la sustitución de la noción de fin de vida por restauración y ciclos de vida de productos de circuito cerrado (Camacho-Otero et al., 2018).

Otro beneficio que se persigue a través de la gestión circular de recursos naturales y energéticos es al incorporarlos en el diseño de los procesos de producción, se fomenta la innovación, la formación y la inversión en la investigación de otros modelos productivos, que incluyan la reutilización y conservación de materias primas.

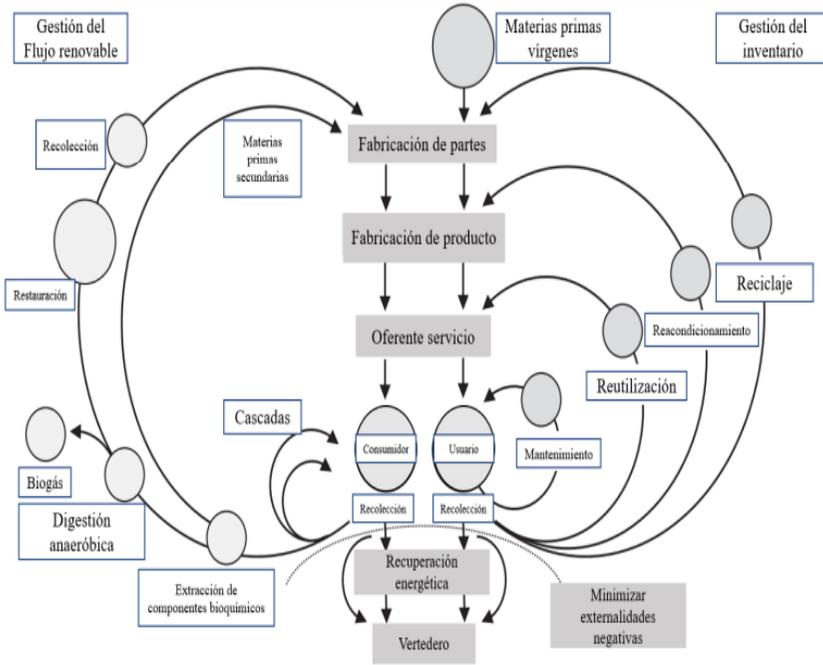
La EC funciona según el principio de reemplazar la configuración de circuito abierto, que comprende un patrón lineal de producción y consumo, por un sistema circular de circuito cerrado. En una configuración circular de circuito cerrado, el valor de los productos, materiales y servicios se mantiene en su uso activo el mayor tiempo posible a través del principio de reciclar, reducir y reutilizar (Goyal et al., 2016; Lieder y Rashid, 2016; Merli et al., 2018).

Las diferentes definiciones de EC se centran en la extensión del ciclo de vida del producto, la economía regenerativa, la economía colaborativa, la ecología industrial, el paradigma de reducción, reciclaje y reutilización y la sostenibilidad ambiental (Goyal et al., 2016; Merli et al., 2018).

Resalta la investigación de la Fundación Ellen MacArthur (2019), se plantea que la EC es: “una economía industrial que es restaurativa o regenerativa por intención y diseño” (p.14). Esta definición es utilizada en la mayoría de los artículos de investigación del tema, ya que incorpora aspectos ambientales y económicos bajo la noción de desempeño restaurador y regenerativo.

El modelo de la Fundación Ellen MacArthur (2019), destaca que las empresas pueden contar con una herramienta que facilita el proceso que, de adaptación a los procesos de la EC, focalizándose en las diferentes partes del proceso. Por ejemplo, aquellos sectores donde el proceso sea plenamente lineal y donde más residuos se generan por su actividad productiva, allí es donde existe una mayor necesidad de implantar procesos circulares basados en estos principios para promover un desarrollo económico más acorde con la certeza de que los recursos naturales no son ilimitados. Para ello plantea un modelo compuesto por dos ciclos (ciclo técnico y ciclo biológico), tal y como se observa en la Figura 1. El diagrama se conoce como el diagrama de la mariposa y constituye un marco teórico de uso muy extendido entre las empresas que quieren adoptar prácticas de EC, ya que alinea la idea del uso de los recursos para razones económicas en los procesos empresariales con la necesidad de desacoplar la creación de riqueza del consumo de los recursos finitos (Howard et al., 2019).

**FIGURA 1.** Diagrama de la mariposa que expone los ciclos y principios de la Economía Circular



Fuente: The Ellen MacArthur Foundation versión adaptada por Howard et al. (2019)

## 1.2. LA ECONOMÍA CIRCULAR Y EL ÁREA DE NEGOCIOS Y ECONOMÍA

La cantidad de publicaciones relacionadas con la EC, se incrementan, entre 2015-2019, lo que demuestra la creciente importancia de la EC en la investigación. Es esencial revisar, analizar y sintetizar las investigaciones existentes para comprender el contexto general, los hallazgos y las direcciones, así como el futuro de la investigación. Hasta el momento, la literatura sobre la EC, para muchos es conceptual y sigue estando en una caja negra (Bocken et al., 2019; Pieroni et al., 2020). En el área de economía y negocios, resaltan dos tipos de estudios de revisión de la EC:

- Los que tratan de la gestión de la cadena de suministro (Govindan & Hasanagic, 2018; Lahane et al., 2020; Lis et al., 2020; Liu et al., 2018).

- Los que se basan en los modelos de negocio (Ferasso et al., 2020; Ferreira Gregorio et al., 2018; Lahti et al., 2018; Lüdeke-Freund et al., 2019).

Si bien estos estudios varían en sus marcos teóricos y métodos de investigación, tienen en común que comparten la competencia por evaluar el estado actual de la práctica de adopción de la EC en las empresas (Colzolari et al., 2021).

Las empresas deben implementar las prácticas de EC para transformar la forma en que producen, todo esto depende de la participación de las partes interesadas (Brown et al., 2019). También se debe tener presente la escasez geológica de materias primas (Henckens et al., 2016; Massari & Ruberti, 2013). La gran cantidad de residuos y la escasez geológica de materias primas, fundamentalmente la acumulación de residuos plásticos mal gestionados por muchas décadas (Lebreton & Andrady, 2019), se relacionan con las modernas prácticas económicas que han motivado el interés en alinear los sistemas industriales globales con los equilibrios naturales (Borrello et al., 2020).

Las acciones para reinventar soluciones y visiones en acciones han sido propuestas por los expertos profesionales de la EC (Valenturf & Purnell, 2021), el enfoque requiere habilidades y liderazgo para organizar y gestionar el proceso (Zupic, & Čater, 2015; Meijerink & Bondarouk, 2018)

### 1.3. PROPÓSITO DEL ESTUDIO

El propósito de este estudio es mapear, a través de un estudio bibliométrico descriptivo, la literatura sobre investigación de la EC, específicamente en el área de los negocios y la economía, con un alcance de 326 artículos indexados en la base de datos *Web of Science* desde la primera aparición en 2009. Para tal fin, se construye un análisis bibliométrico sistemático de la investigación de EC en el área de los negocios y la economía. El propósito abarca la combinación de varias técnicas bibliométricas, proporcionando una visión general del campo de investigación seleccionado, lo que finalmente nos permite explorar hacia dónde va la investigación futura sobre la EC y de esta forma ayudar más eficientemente a las empresas. Se busca responder a la pregunta: ¿Cómo la

investigación se apoya en el área de negocios y economía en la transición más eficiente de la economía lineal a la EC?

## 2. OBJETIVOS

### 2.1. OBJETIVO CENTRAL

El objetivo central de este capítulo es, en primer lugar, profundizar en la investigación mediante la exploración de la tendencia de la EC específicamente en el área de negocios y economía y, en segundo lugar, se busca desarrollar un estudio bibliométrico a través de redes, con el fin de realizar una radiografía de la literatura científica en el área de negocios y economía.

### 2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

En este sentido y como objetivos específicos más concretos, se trata de profundizar, en relación con los objetivos específicos de investigación, la autora se basa en estudios cuyas investigaciones poseen una metodología similar, clásicas en este tipo de estudios (Arguimbau-Vivó et al., 2000; Nobre y Tavares, 2017; Cui & Zhang 2018; Türkeli et al., 2018; Ruiz-Real et al., 2018). Se busca específicamente:

- Evidenciar el crecimiento de las investigaciones analizadas.
- Autores y artículos más citados.
- Distribución por área estudiada.
- Colaboración de los distintos países en la producción de trabajos sobre el estudio de la EC.
- Instituciones con mayor investigación de la EC.
- Principales revistas.

- Principales términos de las palabras clave y el número de ocurrencias<sup>171</sup> y los enlaces con otros términos.
- Análisis bibliométrico de principales países.

### 3. METODOLOGÍA

La metodología utilizada para el desarrollo del presente estudio es descriptiva, analítica con enfoque cuantitativo y corte transversal. Se presenta un análisis bibliométrico de los artículos científicos sobre la EC específicamente en el área de negocios y economía.

Se emplea la técnica de análisis de términos y toma como unidades de análisis a datos bibliográficos textuales (título, resumen, título y palabras clave) de artículos y capítulos de libro, publicados en revistas indexadas en la *Web of Science*, por ser una de las bases de datos más reconocidas a nivel internacional. (Jiménez-Noblejas y Rodríguez, 2014). El período para el análisis seleccionado fue del 2009 al 2022.

La visualización de las redes se construyó utilizando el software de análisis bibliométrico VOSviewer (van Eck & Waltman, 2010)<sup>172</sup>, específicamente para el análisis visual y representación gráfica del agrupamiento de trabajo de co-ocurrencia de la literatura publicada por palabras clave y países. (definido anteriormente)<sup>173</sup>.

#### 3.1. PROCEDIMIENTOS Y CRITERIOS DE INCLUSIÓN

Para determinar los documentos utilizados en el análisis, se siguen los siguientes criterios de inclusión. Estos criterios evitan que puedan incluirse en el análisis resultado información que puedan distorsionar los

---

<sup>171</sup> Ocurrencias. Al trabajar con palabras clave, el atributo Ocurrencias indica la cantidad de documentos en los que aparece una palabra clave.

<sup>172</sup> VOSviewer puede usarse para construir redes de publicaciones científicas, revistas científicas, investigadores, organizaciones de investigación, países, palabras clave o términos. Los elementos en estas redes se pueden conectar por coautoría, co-ocurrencia, cita, acoplamiento bibliográfico o enlaces de citación conjunta. Para construir una red, se pueden usar datos de *Web of Science*, *Scopus*, *PubMed*, *RIS* o *Crossref JSON*.

<sup>173</sup> Se puede encontrar una explicación técnica detallada y una discusión del método en Eck y Waltman (2014).

resultados del análisis (Todeschini y Baccini, 2016). Las condiciones de búsqueda establecida son las siguientes (figura 2). Cualquier documento que no cumpla estos criterios o que, por algún motivo concreto no encajen con la metodología del estudio, es descartado para el corpus final de documentos.

**FIGURA 2.** Procedimiento y criterios de inclusión (protocolo PRISMA).



Fuente: Elaboración propia adaptado a la metodología PRISMA.

La unidad de trabajo y análisis la componen un total de 331 artículos y capítulos de libro. Se sigue el protocolo PRISMA o Preferred Reporting Items for Systematic reviews and Meta-analyses (Moher et al., 2009; Moher et al., 2015) se filtran los datos en torno a cuatro etapas:

- Identificación, donde tras los distintos análisis, se obtienen un total de 331 documentos (artículos y capítulos de libro).
- Visualización, donde se aplican los criterios de inclusión.
- Elegibilidad, último filtro donde se seleccionan aquellos documentos que formarán el corpus final de análisis.
- Inclusión.

Como palabras clave se utilizó: «**circular economy**», el término solo se usó en inglés, al ser un estándar en la búsqueda de revista científica. Al seleccionar las palabras clave, la autora, denota su intención de situar el trabajo dentro de una perspectiva específica. El operador booleano utilizado es «**or**», mejora ampliamente la indagación. La base de datos

seleccionada fue la *Web of Science*, cuenta con las revistas de mayor impacto en el ámbito científico, considerando el período que va desde 2009 a 2022<sup>174</sup> (ambos incluidos), el alcance abarca un margen amplio y actual. La búsqueda se limitó a los artículos científicos, utilizando como criterio las revistas del campo de negocios y economía.

Estos registros se importaron a la herramienta web de gestión de revisiones sistemáticas, Mendeley: “*es la fuente de datos altimétricos que incluye un mayor volumen de producción científica*” Borrego, 2014 (p. 353), debido a que la mayoría de los artículos de *Web of Science* que se integran en las cuentas de usuario de Mendeley. En la Figura 1 se muestra el proceso de búsqueda seguido.

## 4. RESULTADOS

En este capítulo se presentan los resultados, en primer lugar, los resultados del análisis estadístico descriptivo, arrojados por la base de datos *Web of Science* según la muestra seleccionada y, en segundo lugar, los análisis de redes asociados a las palabras clave y la investigación por países.

### 4.1. ANÁLISIS ESTADÍSTICO DESCRIPTIVO SOBRE LA BASE DE DATOS DE LA WEB OF SCIENCE

#### 4.1.1. Crecimiento de los artículos analizados

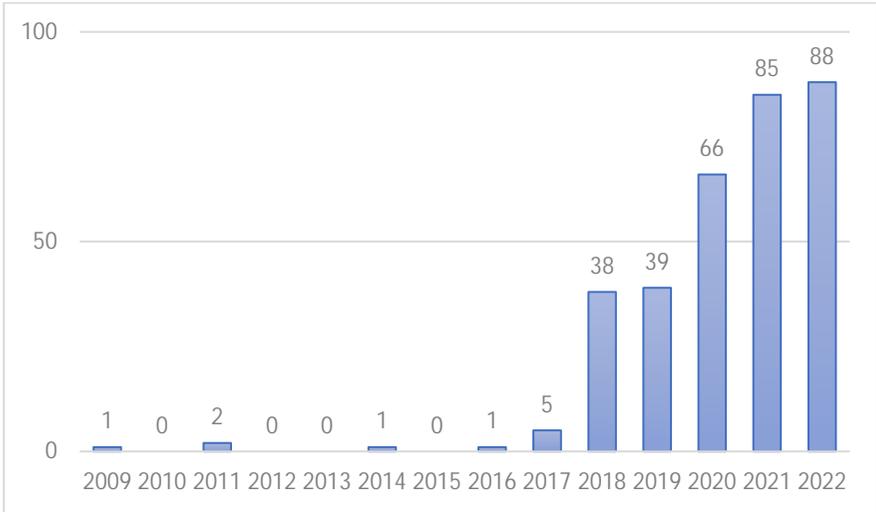
El primer resultado, da respuesta a la PQ1: ¿Cómo es el crecimiento de los artículos analizados? El gráfico 1 representa la distribución de la muestra seleccionada de 331 artículos y capítulos de libro del área de Negocios y Economía, lo que representa un 31,3% del total de 5.099 artículos de la EC en *Web of Science* por año. Se nota que la producción era escasa para los años (2009,2010,2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y

---

<sup>174</sup> Los académicos se refieren a publicaciones más antiguas para respaldar sus investigaciones, la suma total de citas es la medida más crucial de la importancia de una publicación para un campo de conocimiento (Small, 1978).

2016) y es a partir de los años (2017,2018,2019,2020, 2021 y 2022) que se incrementa período 2009-2022.

**GRÁFICO 1.** Distribución de los artículos en Web of Science



Nota: Adaptado de los resultados de la Web of Science, 2022.

El **primer artículo** publicado en el año 2009 se tituló *Material Flow (MF) and Circular Economy* por Chen, JZ. El autor consideró que la globalización económica requería un enfoque de sistemas para promover el desarrollo económico sostenible. Se presentó un análisis de la teoría del flujo de materiales, la cual contribuía positivamente a la globalización y estaba estrechamente relacionada con el concepto de EC, al ser un proceso de retroalimentación cerrado con fines circulatorios que consiste en el ciclo de recursos-producción-flujo de materiales-consumo-recursos reciclados. Se corresponde al patrón de desarrollo de la economía circular de recursos-productos-recursos reciclados. En vista del patrón de flujo de materiales y su relevancia para la EC, se concluye que la teoría de MF, contribuirá a la recirculación de los recursos naturales, la utilización óptima de los recursos, la mejora del entorno natural y, especialmente, el desarrollo económico global sostenible.

En el año 2111, se observan solo dos artículos. En primer lugar, *The Research on Maturity of County Economy Collaborative Development*

*Based on Circular Economy* por Xingmei and Shouliang, se hizo una investigación sobre la madurez del desarrollo colaborativo de la economía del condado o territorio, basada en la EC. El desarrollo colaborativo de la economía del condado bajo la guía de la teoría de la EC se refiere al desarrollo de la polimerización de la naturaleza intrínseca, holística e integral de la economía del condado, para lograr el objetivo final de que una etapa avanzada de desarrollo colaborativo de un alto grado de armonía dentro y fuera del condado. Bajo la guía de la teoría de la EC, se propuso el modelo de madurez del desarrollo económico colaborativo del condado. El documento describe el sistema de índices y los métodos de evaluación para el desarrollo económico colaborativo del condado y, dos dimensiones de tiempo y espacio. El estudio es propicio para apoyar el desarrollo de políticas del condado y para promover el desarrollo sólido de la economía del condado.

En segundo lugar, el artículo *China's move to a Circular Economy as a development strategy* por Mathews, JA; Tang, YM and Tan, H. Se presenta la problemática de una gran contaminación y desperdicio por las rápidas tasas de crecimiento de China. Se afirma que China ha adoptado como modelo de desarrollo, la (EC), basado en la ecología industrial y reducción, reutilización y reciclaje de recursos. Este artículo analiza y evalúa la supuesta capacidad de China para implementar estas estrategias. China enfrenta enormes obstáculos para implementar la idea de EC y comienza desde una base muy baja al hacerlo, sin embargo, tiene ciertas ventajas administrativas y de llegada tardía al poner su economía en una nueva base de ciclo cerrado, en comparación con China y otros países más avanzados con sistemas industriales establecidos.

#### 4.1.2. LOS ARTÍCULOS Y AUTORES MÁS CITADOS EN LA WEB OF SCIENCE

En respuesta a la PQ2 ¿Cuáles son los cinco autores más citados?, en la Tabla 1 se resumen los autores, título, referencia y el número de citas.

**TABLA 1.** Los cinco autores más citados.

Autores	Título	Referencia	Citas
Genovese, A; Acquaye, A; Figueroa, A ; Koh, S.	Sustainable supply chain management and the transition towards a circular economy: Evidence and some applications.	Omega-International Journal of Management Science, 2017, 66, 344-357. DOI: 10.1016/j.omega.2015.05.015	560
<b>Resumen</b>			
<p>En las últimas décadas, se desarrollan prácticas de gestión de la cadena de suministro verde y sostenible, tratando de transmitir el problema ambiental a las organizaciones, mediante la reducción de las consecuencias negativas no deseadas en el medio ambiente de los procesos de producción y consumo. La EC se extiende en la literatura y la práctica de la ecología industrial. La EC influye en las fronteras de la sostenibilidad ambiental al enfatizar la idea de transformar los productos de tal manera que existan relaciones viables entre los sistemas ecológicos y el crecimiento económico. Por lo tanto, la EC no solo se preocupa por la reducción del medio ambiente como desagüero de residuos, sino por la creación de sistemas de producción autosustentables en los que los materiales se reutilicen una y otra vez. A través de dos estudios de caso de diferentes industrias de procesos (química y alimentaria), se compara el desempeño de los sistemas de producción tradicionales y circulares a través de una variedad de indicadores. Se presentan las emisiones directas, indirectas y totales del ciclo de vida, los residuos recuperados, el uso de recursos vírgenes, así como mapas de carbono (que brindan una visibilidad holística de toda la cadena de suministro). La investigación afirma que una integración de los principios de la EC dentro de la gestión sostenible de la cadena de suministro puede proporcionar claras ventajas desde un punto de vista ambiental. También se destacan y analizan los desafíos emergentes de gestión de la cadena de suministro y la dinámica del mercado.</p>			
Autores	Título	Referencia	Citas
Nascimento, D.,Alencastro, V.,Quelhas, O.,Caiado, R.,Garza-Reyes, J.,Rochalona, L. and Tortorella, G.	Exploring Industry 4.0 technologies to enable circular economy practices in a manufacturing context A business model proposal	Journal of manufacturing technology management (2019), 30 (3), 607-627. <a href="https://doi.org/10.1108/JMTM-03-2018-0071">https://doi.org/10.1108/JMTM-03-2018-0071</a>	285
<b>Resumen</b>			
<p>El propósito de este documento es explorar cómo las tecnologías emergentes de Industry 4.0 se pueden integrar con las prácticas de EC, para establecer un modelo comercial que reutilice y recicle material de desecho, como chatarra o desechos electrónicos. El método de investigación cualitativa se implementó en tres etapas. La Etapa 1 fue una revisión de la literatura de conceptos, factores exitosos y barreras relacionadas con la transición hacia una EE junto con la gestión sostenible de la cadena de suministro, los sistemas de producción inteligente y la fabricación aditiva (FA). La Etapa 2 comprendió un marco conceptual para integrar y evaluar el potencial sinérgico entre estos conceptos. Finalmente, la etapa 3 validó el modelo propuesto mediante la recopilación de datos cualitativos enriquecidos basados en entrevistas semiestructuradas con gerentes, investigadores y profesores de gestión de operaciones para recopilar información perspicaz y relevante. El resultado del estudio es la recomendación de un modelo circular para reutilizar dispositivos electrónicos desechados, integrando tecnologías web, logística inversa y FA para apoyar las prácticas de EC. Los resultados sugieren una influencia positiva al mejorar la sostenibilidad empresarial mediante la reinserción de residuos en la cadena de suministro para fabricar productos bajo demanda. Implicaciones sociales El propósito de este estudio fue explorar cómo las tecnologías de Industria 4.0 se integran con las prácticas de CE. Esto permite proponer un modelo de negocio circular para el reciclaje de residuos y la entrega de nuevos productos, reduciendo significativamente el consumo de recursos y optimizando los recursos naturales. En una primera etapa, se puede utilizar el modelo de negocio circular para reciclar chatarra electrónica, con la propuesta de integración de tecnologías web, logística inversa y FA como plataforma tecnológica de apoyo al modelo. Estos tienen varias implicaciones ambientales, sociotécnicas y económicas para la sociedad. Originalidad/valor Los aspectos sociotécnicos están directamente impactados por el modelo de gestión del sistema de producción circular inteligente, ya que crea una nueva cultura de técnicas de reutilización y reciclaje de residuos urbanos utilizando tecnologías de impresión 3D, así como conceptos de Industria 4.0 para aumentar la producción en la demanda y automatizar los procesos de fabricación. La tendencia del modelo sistema de producción circular inteligente es contribuir al despliegue de EC en la fabricación de nuevos productos o piezas con enfoques AM, generando una nueva vía de oferta y demanda para la sociedad.</p>			

<b>Autores</b>	<b>Título</b>	<b>Referencia</b>	<b>Citas</b>
Hazen, B; Mollenkopf, D and Wang, Y	Remanufacturing for the Circular Economy: An Examination of Consumer Switching Behavior.	Business strategy and the environment (2017), 26 (4), pp.451-464 <a href="https://doi.org/10.1002/bse.1929">https://doi.org/10.1002/bse.1929</a>	173
<b>Resumen</b>			
<p>Para que la economía circular sea sostenible, los consumidores no solo deben devolver los productos después de su uso, sino también comprar productos reciclados. Sin embargo, la investigación encuentra que los consumidores tienen una mala opinión de este tipo de producto y, por lo general, no están preparados para consumirlos. Por lo tanto, el desarrollo de la EC depende de una comprensión más profunda de las actitudes y comportamientos de los consumidores. La investigación generalmente considera factores de nivel micro o de nivel macro al evaluar las percepciones de los consumidores sobre los productos reciclados. La investigación actual incorpora factores de precio a nivel macro, incentivos gubernamentales y beneficios ambientales con la influencia moderadora de las actitudes de los consumidores a nivel micro para examinar la intención de los consumidores de cambiar productos nuevos por productos remanufacturados. Los hallazgos sugieren que la actitud de un consumidor hacia los productos remanufacturados es un factor moderador importante que predice el comportamiento de cambio del consumidor a productos remanufacturados.</p>			
<b>Autores</b>	<b>Título</b>	<b>Referencia</b>	<b>Citas</b>
Ferasso, M, Beliaeva, T, Kraus, S, Clauss, T, Ribeiro-Soriano, D.	Circular economy business models: The state of research and avenues ahead.	Business strategy and the environment (2020), 29(8), 3006-3024 <a href="https://doi.org/10.1002/bse.2554">https://doi.org/10.1002/bse.2554</a>	135
<b>Resumen</b>			
<p>Este estudio investiga cómo se relacionan la EC y los modelos de negocio en la literatura empresarial y de gestión actual. Sobre la base de procedimientos analíticos bibliométricos, se seleccionaron 253 artículos de las bases de datos científicas Scopus, Web of Science y ScienceDirect. Los artículos se analizaron de acuerdo con los principios del análisis de redes y los términos clave se mapearon en redes, se usó VOSviewer para construir la red, explorar los términos más investigados y sus relaciones, e identificar los términos menos explorados y las brechas de investigación. Además, se llevó a cabo una revisión cualitativa de publicaciones seleccionadas para proporcionar una ilustración de los resultados cuantitativos y profundizar en los aspectos de investigación. Los principales hallazgos revelaron las redes de problemáticas actuales tal como aparecen en las publicaciones, como modelos comerciales, EC, modelos comerciales circulares, valor, cadena de suministro, transición, recursos, desechos y reutilización, y sus relaciones más predominantes. Los resultados también destacaron varios temas emergentes, como los relacionados con la gestión, el lado de la oferta, el lado de la demanda, las redes, el rendimiento y las consideraciones contextuales de los modelos comerciales circulares.</p>			
<b>Autores</b>	<b>Título</b>	<b>Referencia</b>	<b>Citas</b>
Genovese, A, Acquaye, A, Figueroa, A y Koh, S.	Drivers and barriers to circular economy implementation an explorative study in Pakistan's automobile industry	Management Decision, (2019). 57 (4), 971-994 DOI: 10.1108/MD-11-2018-1178	123
<b>Resumen</b>			

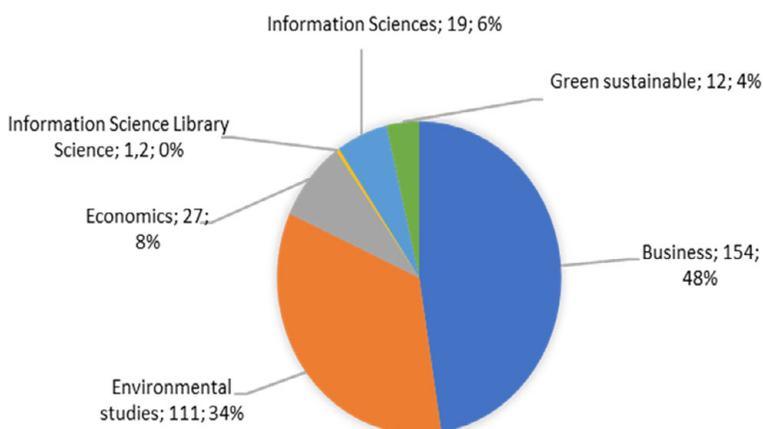
La economía circular (EC) ha ganado una atención considerable por parte de investigadores y profesionales en los últimos años debido a sus posibles beneficios sociales y ambientales. Sin embargo, se presta poca atención en la literatura para explorar los impulsores y las barreras en la implementación de EC en países emergentes y China. Por lo tanto, el propósito de este documento es identificar los impulsores y las barreras para implementar una EC en la industria de fabricación de automóviles de Pakistán. Este estudio adopta un enfoque exploratorio para comprender los impulsores y las barreras en la implementación de CE a nivel micro en la industria automotriz de Pakistán. El diseño de la investigación incluye métodos tanto cualitativos como cuantitativos utilizando un instrumento de encuesta y entrevistas para recopilar datos. El uso de las dos fuentes principales de datos brinda la oportunidad de triangulación de los datos para mejorar la validez de los hallazgos y permite mayores inferencias a partir de los resultados. Hallazgos Este estudio muestra que "rentabilidad/cuota de mercado/beneficio" (30 %), "reducción de costos" (22 %) y "principio comercial/preocupación por el medio ambiente/apreciación" (19 %) son los tres impulsores principales. De manera similar, el "desconocimiento" (22 %), la "restricción financiera y de costos" (20 %) y la "falta de experiencia" (17 %) son las tres principales barreras en la implementación de los principios de CE en la industria automotriz de Pakistán. En este estudio se considera solo la industria automotriz de Pakistán, y las implicaciones prácticas se limitan potencialmente a las economías asiáticas emergentes. Este estudio es el primero de su tipo que ha investigado los impulsores y las barreras de la EC a nivel organizacional en la industria automotriz de Pakistán. Por lo tanto, ayuda a avanzar en la comprensión del tema y permite la formulación de políticas y estrategias comerciales efectivas por parte de los profesionales para mejorar la EC y la sostenibilidad.

Fuente: elaboración propia adaptado de la *Web of Science*, 2022.

#### 4.1.3. Distribución por área estudiada

En respuesta a la PQ3 ¿Cuál es la distribución del área de Negocios y Economía?, en la gráfica 2 se presenta la distribución por área y número de artículos. Los 331 artículos y capítulos de libro seleccionados se distribuyen con un 48% en el área de *Business*, un 34 % en *Environmental studies*.

**GRÁFICO 2.** Distribución por área y número de artículos en *Web of Science*

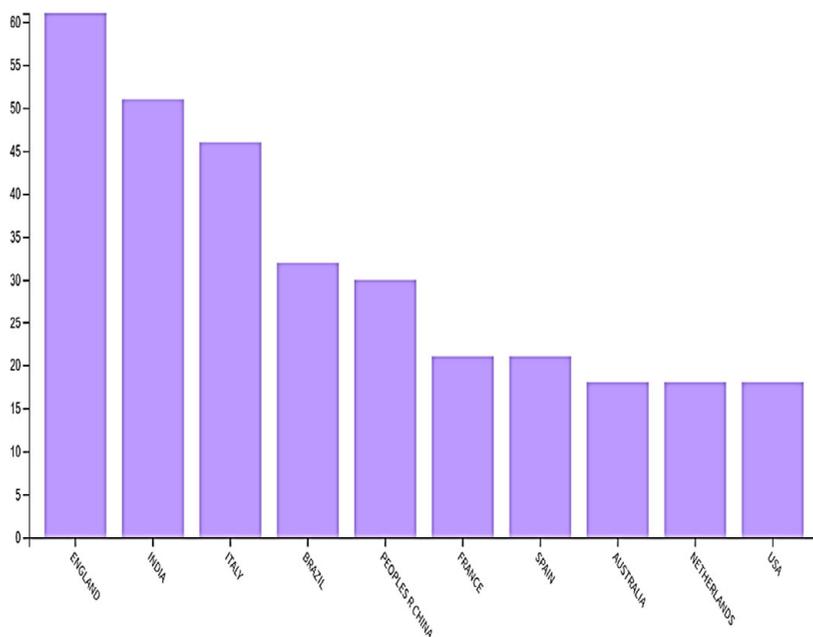


Nota: Adaptado de *Web of Science*, 2022.

#### 4.1.4. Los 10 Países dedicados a investigación de la EC en el área de negocios y economía

En respuesta a la PQ4 ¿Cuáles son los distintos países en la producción de trabajos sobre el estudio de la EC del área de Negocios y Economía más citados? La investigación de la EC en las áreas de negocios y economía se centra en Reino Unido (61 artículos para un 18, 43%); India (51 artículos con un 15, 41%); Italia (46 artículos con un 13,90 %); Brasil (32 artículos con un 9,70 %); China (30 artículos con un 9.0%); Francia (21 artículos con 6,34%); España (21 artículos con un 6.34%); Australia (18 artículos con un 5.44%; Netherlands (18 artículos con 5.44%) y USA (18 artículos con 5.44%).

**GRÁFICO 3.** Distribución por área y número de artículos en Web of Science

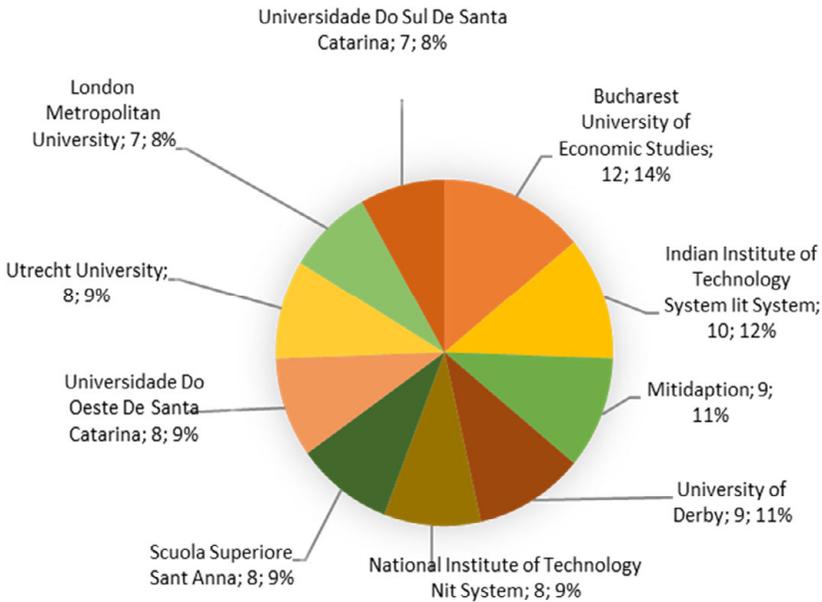


*Nota:* Adaptado de Web of Science, 2022.

#### 4.1.5. Las instituciones dedicadas a la investigación de la EC en el área de negocios y economía

En relación con la PQ5 ¿Cuáles son las 10 instituciones con mayor producción de trabajos sobre el estudio de la EC del área de Negocios y Economía? Las 10 instituciones más importantes en orden de productividad son: Bucharest University of Economic Studies; Indian Institute of Technology System Iit System; Mitidaption; University of Derby; National Institute of Technology Nit System; Scuola Superiore Sant Anna; Universidade Do Oeste De Santa Catarina; Utrecht University; London Metropolitan University y Universidade Do Sul De Santa Catarina (gráfico 4).

**GRÁFICO 4.** Instituciones en Web of Science



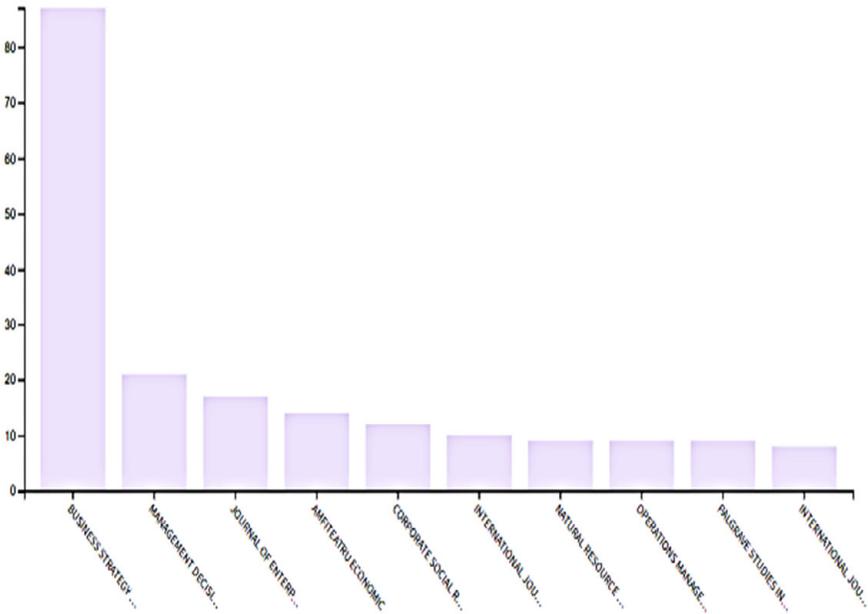
Nota: Adaptado de Web of Science, 2022.

#### 4.1.6. Principales revistas relacionadas con la investigación de la EC en el área de negocios y economía

En relación con la PQ6 ¿Cuáles son las principales revistas relacionadas con el estudio de la EC del área de Negocios y Economía?

Los 10 principales títulos de las revistas más importantes son: Business Strategy and the Environment agrupa un 26,212% de los artículos publicados; Management Decision con un 6.325%; Journal of Enterprise Information Management con un 5.120%; Amfiteatru Economic con un 4.217%; Corporate Social Responsibility and Environmental Management con un 3.614%; International Journal of Logistics Research and Applications con 3.012%; Natural Resource Management and The Circular Economy con un 2.711%; Operations Management Research con una 2.711% y Palgrave Studies In Natural Resource Management con un 2.711% gráfico 5.

**GRÁFICO 5.** Principales revistas de la Web of Science.



Nota: Adaptado de Web of Science, 2022.

## 4.2. ANÁLISIS BIBLIOMÉTRICO

En este apartado se analizan específicamente las palabras clave y los países más productivos en EC.

### 4.2.1. Análisis bibliométrico de las palabras clave

Al crear el mapa de las palabras clave se observan en la figura 1 y gráfica 5 los principales términos, número de ocurrencias<sup>175</sup> y los enlaces con otros términos. La red generó 11 clúster. En la figura 2 y red de la gráfica 5 se observa la palabra **circular economy** con 263 ocurrencias y 1.601 enlaces. El otro término o palabra clave es **sustentabilidad** con 118 ocurrencias y 877 enlaces. Luego están **performance** con 65 ocurrencias y 574 enlaces, **barriers** con 63 ocurrencias y 563 enlaces, **management** con 57 ocurrencias y 456 enlaces.

**FIGURA 2.** Selección de palabras clave en vosviewer<sup>176</sup>

Selected	Keyword	Occurrences	Total link strength
<input checked="" type="checkbox"/>	circular economy	263	1601
<input checked="" type="checkbox"/>	sustainability	118	877
<input checked="" type="checkbox"/>	performance	65	574
<input checked="" type="checkbox"/>	barriers	63	563
<input checked="" type="checkbox"/>	management	57	456
<input checked="" type="checkbox"/>	framework	50	422
<input checked="" type="checkbox"/>	sustainable development	49	322
<input checked="" type="checkbox"/>	innovation	47	365
<input checked="" type="checkbox"/>	supply chain management	43	398
<input checked="" type="checkbox"/>	china	40	304
<input checked="" type="checkbox"/>	challenges	37	342
<input checked="" type="checkbox"/>	drivers	35	331
<input checked="" type="checkbox"/>	implementation	33	312
<input checked="" type="checkbox"/>	model	27	207
<input checked="" type="checkbox"/>	business models	26	224
<input checked="" type="checkbox"/>	waste	26	174
<input checked="" type="checkbox"/>	supply chain	25	206
<input checked="" type="checkbox"/>	strategies	24	212
<input checked="" type="checkbox"/>	impact	23	199

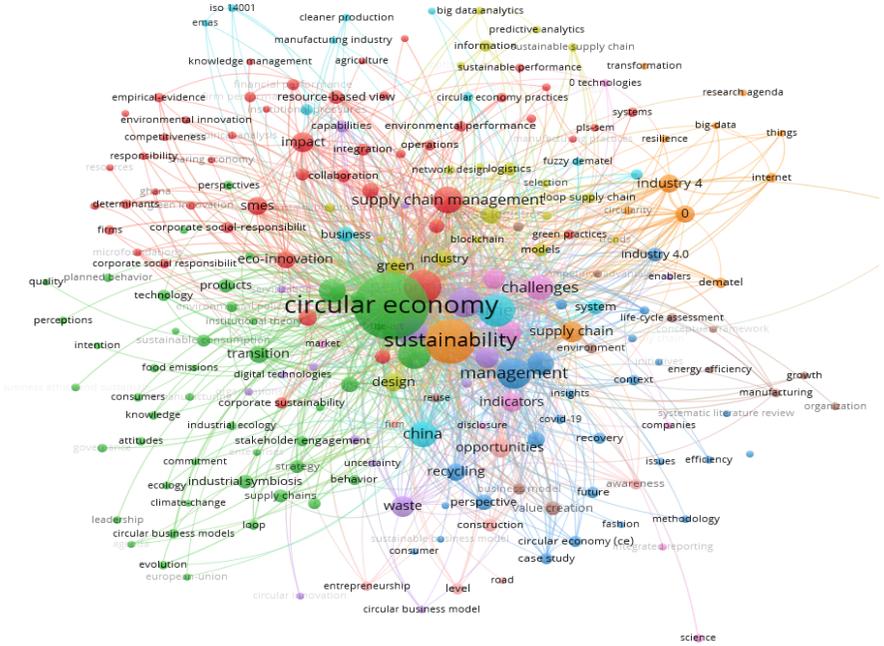
Nota: Elección de 211 ítems en 11 clúster, 2022.

<sup>175</sup> Ocurrencias. Al trabajar con palabras clave, el atributo Ocurrencias indica la cantidad de documentos en los que aparece una palabra clave.

<sup>176</sup> Para normalizar los valores de la red se aplicó el denominado índice de similaridad “Fuerza de Asociación” (FA), *Association Strength* (Van Eck; Walkman, 2010). El índice FA se basa en la normalización de los valores de asociación de las parejas de palabras clave, con su aplicación se obtiene el correspondiente peso (*weight*) de cada palabra clave.

Al analizar la red de palabras clave, se observa que los resultados más importantes se concentran en cuatro grupos, diferenciados por colores rojo, azul, verde y gráfico 6.

**GRÁFICO 6.** Las palabras clave más importantes en la investigación de la EC en los campos de los negocios y la economía <sup>177</sup>.



Nota: elaboración propia con vosviewer, 211 elementos y 10 clúster, 2023.

El grupo rojo (clúster 1<sup>178</sup>) es el más grande y contiene 48 ítem. Estas palabras clave se definen como: adopción, agricultura, big data

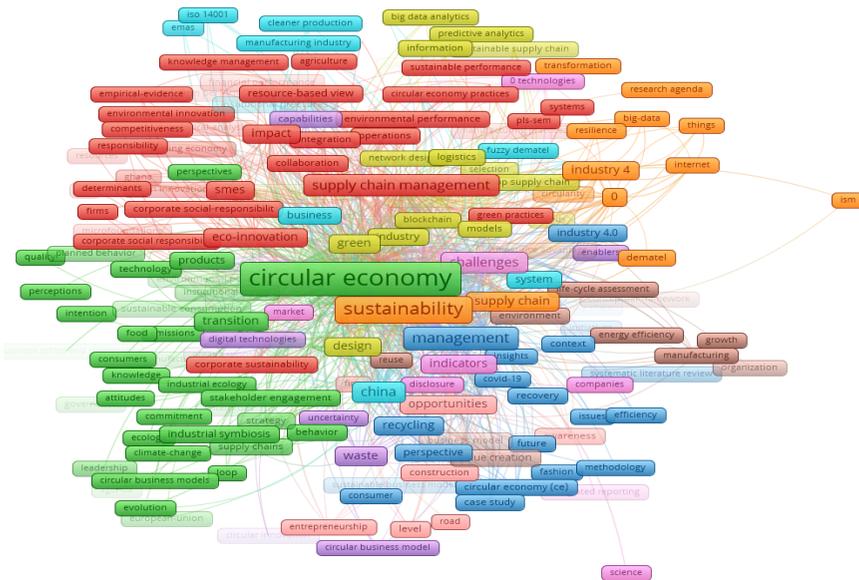
<sup>177</sup> La red de palabras clave obtenida se visualizó en un mapa utilizando el software VOSviewer, en el que los términos se posicionaron en un espacio bidimensional (según su índice de “similaridad FA”, calculado en la etapa anterior). En los mapas se mostraron sólo las palabras clave con mayor peso, a su vez, la posición de cada término en los mapas, se realizó mediante la aplicación de la denominada técnica de Visualización de Similaridades (*Visualization of Similarities*, VOS) (Van Eck; Walkman, 2014).

<sup>178</sup> Un clúster es un conjunto de elementos incluidos en un mapa. Los clústeres no se superponen en VOSviewer. En otras palabras, un artículo puede pertenecer a un solo grupo.

blockchain technology, business model innovation, circular economy practice, collaboration, competitiveness, entre otras gráfico 6.

Se observa que, en general, estas palabras clave giran en torno a cómo implementar las ideas e innovaciones teóricas de EC en la práctica. El grupo del color verde, clúster 2, es el segundo más grande, tiene 46 ítems, las palabras clave se refieren a la gestión de residuos, la evaluación del ciclo de vida del producto y las emisiones, así como la recuperación de energía y recursos. Estas palabras clave sugieren centrarse en la EC a un nivel tecnológico. Destacan: agenda, antecedents, attitudes, behaviour, business ethics, circular business models, circular economy, climate chance gráfico 7.

**GRÁFICO 7.** Palabras clave más resaltantes en los clúster



Nota: Elaboración propia con vosviewer, 2022.

El tercer clúster o grupo es el grupo azul, se observa que es un puente que conecta las palabras clave entre los clústeres el rojo y el verde, por ejemplo, palabras clave como políticas y metodología, por un lado, y reciclaje y análisis de flujo de materiales por otro lado. Business strategy, case study, CE, circular supply chain, consumer, efficiency, context, covid 19,

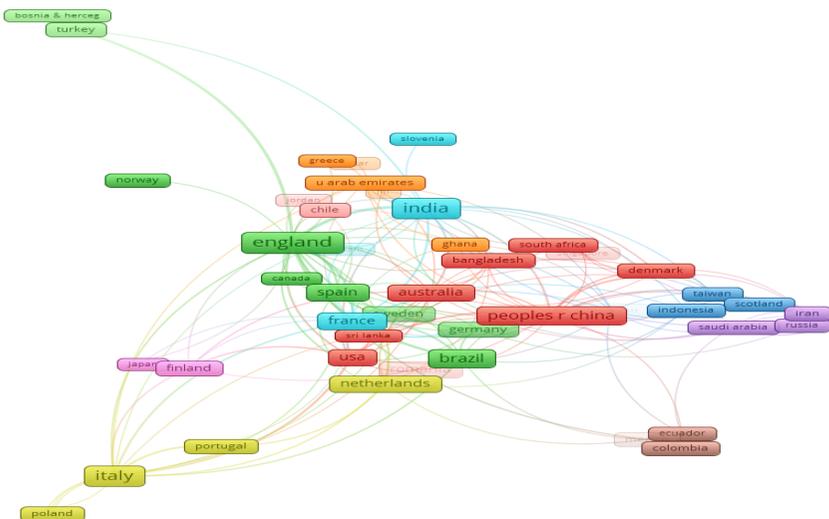
efficiency, fashion, future, grounded theory, implementation, industry 4.0, initiatives son algunas de las palabras clave de este cluster gráfico 7.

Finalmente, el clúster amarillo contiene 20 palabras clave, que se refieren principalmente a temas de EC estudiados en China, como la simbiosis industrial y la ecología industrial. Big date analytics, blockchain, close-loop supply chain, coproduction, design, green, industry, information son otras palabras clave gráfico 7.

#### 4.2.2. Análisis bibliométrico de principales países

En una muestra de 60 ítems, el 100% de la muestra estudiada de los países dedicados a la investigación de EC se evidenciaron 11 clúster o grupo de países gráfico 8.

**GRÁFICO 8.** Países destacados en la investigación de la EC



Nota: elaboración propia con vosviewer, 2022.

El clúster o grupo color rojo se compone de 10 ítems o países, Australia, Bangladesh, Denmark, China, Rumania, Singapur, South Africa, South Korea, Sri Lanka y USA. Le sigue el clúster color verde, el cual se compone de 9 ítems, Austria, Brasil, Canadá, England, Germany, Norway,

Spain, Sweden y Wales. Por último, el clúster 3 con 7 ítems, Indonesia, Malasia, Oman, Pakistán, Philippines, Schotland y Taiwán.

El campo de la investigación de la EC, también se ha globalizado sustancialmente. El gráfico 8 muestra los países que publican investigaciones de EC en los campos de los negocios y la economía y los países más productivos. Están surgiendo nuevos artículos en todo el mundo, Europa es el claro líder en el campo de la investigación. Los países con mayor publicados es Reino Unido (655 artículos), seguido de Italia (628 artículos), China (474 artículos) y España (436 artículos).

Se evidenció que los estudios de casos juegan un papel notable en cada uno de los grupos, porque permiten una visión completa de ciertas prácticas de EC, resalta China, con el uso extensivo de estudios de caso. Dichos estudios de casos pueden clasificarse en dos grupos, el primero analiza Parques Eco-industriales (PEI) particulares en el país, un elemento central, para ayudar a apoyar simultáneamente el crecimiento industrial mientras se reduce el impacto en el medio ambiente (Geng et al., 2010; Shi et al., 2010). Otros investigadores profundizan en determinados sectores o empresas que tengan éxito con la filosofía EC, en sus flujos de materiales energéticos, como parte de un avance hacia el desarrollo sostenible (Yang y Feng, 2008).

La investigación cualitativa de estudio de caso relacionada con la EC en las áreas de economía y negocios, apuestan a China, las ideas encontradas en los estudios de caso se transfieren a los académicos de todo el mundo. Estas contribuciones se refieren a un amplio abanico de casos, como las prácticas de EC utilizadas en el sector de la construcción (Leising et al., 2018), la exploración y búsqueda de elementos de tierras raras (Kulczycka et al., 2016), modelos comerciales de EC (Bocken et al., 2019), turismo sostenible (Scheepens et al., 2016).

## 5. DISCUSIÓN

El objetivo central de este capítulo se cubrió en la totalidad, abarcó la EC específicamente en el área de negocios y economía y, se desarrollaron los estudio bibliométrico a través de redes.

En este capítulo se demostró la existencia de un notable progreso teórico en materia de EC, así como las estrategias que las empresas deben discutir con todos actores sociales interesados clave para la transformación de las operaciones. Los académicos a través de la investigación - acción aseguran las bases de la EC, enriqueciendo la literatura, se debe aceptar el papel de agentes activos que ayuden a las empresas a rediseñar sus operaciones. La idea de una transformación ecológica tiene varias décadas, sin embargo, actualmente se percibe un progreso notable en la ecologización de la economía. Se trata de involucrar a toda la sociedad.

Se combinaron varias técnicas de análisis, como la co-ocurrencia de palabras clave. Estos análisis permitieron analizar el pasado, presente y futuro del campo estudiado, aumentando el espectro y los puntos de vista sobre la EC en los dominios de negocios y ciencias económicas. Otro punto importante, es que los resultados demostraron que el campo de investigación es relativamente joven, con una expansión exponencial en los últimos 5 años.

Si observamos la revisión cualitativa de la *Web of Science*, se identifican como áreas prioritarias para las futuras investigaciones: los procesos que constituyen la gestión de la cadena de suministro, el desarrollo de objetivos de gestión y modelos basados en datos para predecir el final de la vida útil de los productos y poner en práctica los modelos comerciales circulares existentes.

Otros hallazgos relevantes indican que a futuro la investigación se aleja progresivamente de la perspectiva de las microempresas y van hacia una perspectiva sistémica. Tal es el caso del estudio ejecutado por Kirchner et al. (2018) tan solo el 40% de las definiciones contemplan la EC desde una perspectiva sistémica, se pudo predecir que esto cambiará en un futuro cercano. Bauwens et al., (2020) creen que la transición a la EC debe ser a nivel sistémico, donde el funcionamiento de las empresas está fuertemente interrelacionado. Otro aspecto importante, que se considera debe ser investigado a futuro, son las operaciones comerciales de EC en entornos inciertos, sectores emergentes y la transformación de los sectores existentes, afectados por la pandemia, como el turismo que es restaurativo.

En relación con la investigación-acción existente, se observa que los estudiosos de la EC se centran en el aspecto tecnoeconómico y el organizativo. Desde una perspectiva tecno-económica, los estudiosos trabajan con las partes interesadas para desarrollar: (1) formas de crear flujos de energía y materiales circulares óptimos considerando los costos asociados; (2) procesos de co-diseño para productos y servicios; y (3) procesos de co-innovación de productos y servicios. Estos estudios se llevan a cabo generalmente como estudios pilotos industriales, así como en colaboración con las universitarias. En el aspecto organizativo, la investigación se ocupa interna o externa, en redes comunitarias autosustentable y gobernanza participativa. Estos aspectos a menudo se entrelazan y se implementan en formas innovadoras. Los modelos de negocio circulares, para las empresas y la transformación de EC no es fácil, pero se puede fomentar esta transición.

Si bien la colaboración entre empresas e investigadores es crucial para el éxito e implementación de prácticas de EC, no se debe subestimar la importancia de otras partes interesadas, especialmente los actores políticos. El papel de los actores es garantizar políticas clave, incluyen: la adopción de políticas estables a largo plazo que reduzcan la incertidumbre y permitir la innovación del modelo de negocio; la reducción de materiales peligrosos y de un solo uso en los productos; así como el desarrollo de infraestructura de EC en apoyo a la descarbonización. Además, se deben desarrollar acciones regulatorias, tales como impuestos, informes, responsabilidad del productor y del consumidor, prohibiciones o estándares de productos, etc. Sin la colaboración de los gobiernos con varios socios en todos los países y sectores de la sociedad se asegura la integración exitosa de políticas y regulaciones. La colaboración entre los gobiernos y la academia, según Velenturf et al. (2018), la academia interviene en primer lugar identificando políticas vinculadas a un proyecto de EC específico, segundo realiza un análisis situacional para entender si un nuevo enfoque o tecnología podría realizarse dentro del contexto político y regulatorio, y tercero conecta las soluciones y recomendaciones a políticas y regulaciones en una región específica. Finalmente, los investigadores deben proporcionar el panorama general, constantemente

comunicarse con los gobiernos para asegurar las recomendaciones oportunas necesarias en el proceso de toma de decisiones.

## 6. CONCLUSIONES

Los artículos exploran varios aspectos de los modelos de negocios de EC, como su implementación en la teoría y la práctica, potencial y las implicaciones prácticas.

Los métodos bibliométricos han experimentado un fuerte resurgimiento recientemente debido al aumento disponibilidad de bases de datos en línea que proporcionan datos de artículos y citas (Župić & Čater, 2015), están basados en las referencias citadas, que pueden verse como una representación de la publicación misma, así como símbolo de diversas metodologías, tipos de datos, enunciados teóricos, etc. (Small, 1978; Kullenberg & Nelhans, 2015).

La mayor parte de la investigación sobre simbiosis industrial surge de China debido a su consenso sobre el concepto EC, que recalca las ventajas de la utilización de materiales de desecho residuales como agua, energía o incluso información. La simbiosis industrial, donde surgen beneficios colectivos tanto del medio ambiente como de la economía, es el más ejemplo común (Su et al., 2013). Otros argumentos están vinculados a China y la preocupación por el cambio institucional necesario para la implementación exitosa de la EC (Ranta et al., 2018), así como exploraciones transdisciplinarias e interdisciplinarias del concepto EC (Murray et al., 2017).

## 7. REFERENCIAS

- Arguimbau-Vivó, L., Fuentes-Pujol, E., y Gallifa-Calatayud, M. (2000). Una década de investigación documental sobre cienciometría en España: Análisis de los artículos de la base de datos ISOC. *Revista Española de Documentación Científica*, 36(2), 1–9. <https://doi.org/10.3989/redc.2013.2.907>
- Bauwens, T., Hekkert, M., & Kirchherr, J. (2020). Circular futures: What will they look like? *Ecological Economics*, 175(2), 106-127.

- Bocken, N., Strupeit, L., Whalen, K., & Nußholz, J. (2019). A review and evaluation of circular business model innovation tools. *Sustainability*, *11*(8), 22-42.
- Borrello, M., Pascucci, S., & Cembalo, L. (2020). Three propositions to unify circular economy research: A review. *Sustainability*, *12*(10), 40-69.
- Borrego, Á. (2014). Altmétricas para la evaluación de la investigación y el análisis de necesidades de información. *El Prof. Inf.*, *23*(2), 352–358.
- Borrego, Maura; Foster, Margaret J.; Froyd, Jeffrey E. (2014). Systematic Literature Reviews in Engineering Education and Other Developing Interdisciplinary Fields. *Journal of Engineering Education*, *103* (nl), 45-76.
- Brown, P., Bocken, N., & Balkenende, R. (2019). Why do companies pursue collaborative circular oriented innovation? *Sustainability*, *11*(3), 635-655.
- Camacho-Otero, J., Boks, C., & Pettersen, I. N. (2018). Consumption in the circular economy: A literature review. *Sustainability*, *10*(8), 82-103. doi:10.3390/su10082758
- Chen, J. Z. (2009). Material flow and circular economy. *Systems Research and Behavioral Science: The Official Journal of the International Federation for Systems Research*, *26*(2), 269-278.
- Cui, T., & Zhang, J. (2018). Bibliometric and review of the research on circular economy through the evolution of chinese public policy. *Scientometrics*, *116*(2), 1013-1037. doi:10.1007/s11192-018-2782-y
- Ferasso, M., Beliaeva, T., Kraus, S., Clauss, T., & Ribeiro-Soriano, D. (2020). Circular economy business models: The state of research and avenues ahead. *Business Strategy and the Environment*, *29*(2), 3006–3024.
- Ferreira Gregorio, V., Pié, L., & Terceño, A. (2018). A systematic literature review of bio, green and circular economy trends in publications in the field of economics and business management. *Sustainability*, *10*(11), 4232.
- Geng, Y., Zhang, P., Ulgiati, S., & Sarkis, J. (2010). Emergy analysis of an industrial park: The case of Dalian China. *Science of the Total Environment*, *408*(22), 5273–5283
- Genovese, A; Acquaye, A; Figueroa, A; Koh, S. (2017). Sustainable supply chain management and the transition towards a circular economy: Evidence and some applications. *Omega-International Journal of Management Science*, *1 2*(66), 344-357. DOI: 10.1016/j.omega.2015.05.015
- Genovese, A, Acquaye, A, Figueroa, A y Koh, S. (2019). Drivers and barriers to circular economy implementation an explorative study in Pakistan's automobile industry. *Management Decision*, *57*(4), 971-994. DOI: 10.1108/MD-11-2018-1178

- Goyal, S., Chauhan, S., & Mishra, P. (2021). Circular economy research: A bibliometric analysis (2000– 2019) and future research insights. *Journal of Cleaner Production*, 287(2), 125-145.
- Govindan, K., & Hasanagic, M. (2018). A systematic review on drivers, barriers, and practices towards circular economy: A supply chain perspective. *International Journal of Production Research*, 56(1–2), 278–311
- Howard, M., Hopkinson, P. and Miemczyk, J. (2019). The regenerative supply chain: a framework for developing circular economy indicators. *International Journal of Production Research*, 57(2), 7300–7318. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/00207543.2018.1524166>.
- Hazen, B; Mollenkopf, D and Wang, Y. (2017). Remanufacturing for the Circular Economy: An Examination of Consumer Switching Behavior, *Business strategy and the environment*, 26 (4), 451-464 <https://doi.org/10.1002/bse.1929>
- Henckens, M. L. C. M., van Ierland, E. C., Driessen, P. P. J., & Worrell, E. (2016). Mineral resources: Geological scarcity, market price trends, and future generations. *Resources Policy*, 49(2), 102–111
- Jaeger-Erben, M., Jensen, C., Hofmann, F., & Zwiers, J. (2021). There is no sustainable circular economy without a circular society. *Resources Conservation and Recycling*, 168(2), 105-156.
- Jiménez-Noblejas, C., y Rodríguez, A. P. (2014). Recuperación y visualización de información en Web of Science y Scopus: una aproximación práctica. *Investigación Bibliotecológica: Archivonomía, Bibliotecología e Información*, 28(64), 15–31. [https://doi.org/10.1016/S0187-358X\(14\)70907-4](https://doi.org/10.1016/S0187-358X(14)70907-4)
- Kirchherr, J., Piscicelli, L., Bour, R., Kostense-Smit, E., Muller, J., Huibrechtse-Truijens, A., & Hekkert, M. (2018). Barriers to the circular economy: Evidence from the European Union (EU). *Ecological economics*, 150 (2), 264-272.
- Kulczycka, J., Kowalski, Z., Smol, M., & Wirth, H. (2016). Evaluation of the recovery of rare earth elements (REE) from phosphogypsum waste—case study of the WIZÓW chemical plant (Poland). *Journal of Cleaner Production*, 3(113), 345–354.
- Kullenberg, C., & Nelhans, G. (2015). The happiness turns? Mapping the emergence of “happiness studies” using cited references. *Scientometrics*, 103(2), 615–630.
- Lahane, S., Kant, R., & Shankar, R. (2020). Circular supply chain management: A State-of-art review and future opportunities. *Journal of Cleaner Production*, 258(2), 120-135.

- Lahti, T., Wincent, J., & Parida, V. (2018). A definition and theoretical review of the circular economy, value creation, and sustainable business models: Where are we now and where should research move in the future? *Sustainability*, *10*(8), 279-389.
- Lebreton, L., & Andrady, A. (2019). Future scenarios of global plastic waste generation and disposal. *Palgrave Communications*, *5*(1), 1–11
- Leising, E., Quist, J., & Bocken, N. (2018). Circular economy in the building sector: Three cases and a collaboration tool. *Journal of Cleaner Production*, *176* (3), 976–989.
- Lis, A., Sudolska, A., & Tomanek, M. (2020). Mapping research on sustainable supply-chain management. *Sustainability*, *12*(10), 3987
- Liu, J., Feng, Y., Zhu, Q., & Sarkis, J. (2018). Green supply chain management and the circular economy. *International Journal of Physical Distribution and Logistics Management*, *48*(2), 794–817.
- Lüdeke-Freund, F., Gold, S., & Bocken, N. M. (2019). A review and typology of circular economy business model patterns. *Journal of Industrial Ecology*, *23*(1), 36–61.
- Lieder, M., & Rashid, A. (2016). Towards circular economy implementation: A comprehensive review in context of manufacturing industry. *Journal of Cleaner Production*, *115*(3), 36–51.
- Lipson, M. J., Thatcher, M., Hart, M. A., & Pitman, A. (2019). Climate change impact on energy demand in building-urban-atmosphere simulations through the 21st century. *Environmental Research Letters*, *14*(12), 125014
- Mathews, J. A., Tang, Y., & Tan, H. (2011). China's move to a Circular Economy as a development strategy. *Asian Business & Management*, *10*(4), 463-484.
- Meijerink, J., & Bondarouk, T. (2018). Uncovering configurations of HRM service provider intellectual capital and worker human capital for creating high HRM service value using fsQCA. *Journal of Business Research*, *82*(2), 31–45.
- Merli, R., Preziosi, M., & Acampora, A. (2018). How do scholars approach the circular economy? A systematic literature reviews. *Journal of Cleaner Production*, *178*(2), 703–722
- Moher D, Liberati A, Tetzlaff J, Altman D (2009). PRISMA Group. Preferred reporting items for systematic reviews and meta-analyses: the PRISMA statement. *PLoS Med*, *6*(7), 97-115. doi: 10.1371/journal.pmed.1000097.
- Moher, D., Shamseer, L., Clarke, M., Ghersi, D., Liberati, A., Petticrew, M., & Stewart, L.A. (2015). Preferred reporting items for systematic review and meta-analysis protocols (PRISMA-P) statement. *Systematic Reviews*, *4*(1), 58-78.

- Murray, A., Skene, K., & Haynes, K. (2017). The circular economy: An interdisciplinary exploration of the concept and application in a global context. *Journal of Business Ethics*, 140(3), 369–380.
- Nascimento, D., Alencastro, V., Quelhas, O., Caiado, R., Garza-Reyes, J., Rocha-Lona, L. and Tortorella, G. (2019). Exploring Industry 4.0 technologies to enable circular economy practices in a manufacturing context A business model proposal. *Journal of manufacturing technology management*, 30 (3), 607-627. <https://doi.org/10.1108/JMTM-03-2018-0071>
- Nobre, G., & Tavares, E. (2017). Scientific literature analysis on big data and internet of things applications on circular economy: a bibliometric study. *Scientometrics* 3(2), 463–492 <https://doi.org/10.1007/s11192-017-2281-6>
- ONU (2015). *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. A/RES/70/1*. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. Documento electrónico: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/70/1>
- Pieroni, M. P., McAloone, T. C., & Pigosso, D. C. (2020). From theory to practice: Systematising and testing business model archetypes for circular economy. *Resources Conservation and Recycling*, 162(1), 105-129.
- Ranta, V., Aarikka-Stenroos, L., Ritala, P., & Mäkinen, S. J. (2018). Exploring institutional drivers and barriers of the circular economy: A cross-regional comparison of China, the US, and Europe. *Resources Conservation and Recycling*, 135(3), 70–82.
- Ruiz-Real, J.L.; Uribe-Toril, J.; Valenciano, J.D.P.; Gázquez-Abad, J.C. (2018). Worldwide research on circular economy and environment: A bibliometric analysis. *Int. J. Environ. Res. Public Health*, 15(1), 26-39.
- Scheepens, A. E., Vogtländer, J. G., & Brezet, J. C. (2016). Two life cycle assessment (LCA) based methods to analyse and design complex (regional) circular economy systems. Case: Making water tourism more sustainable. *Journal of Cleaner Production*, 114(1), 257–268.
- Shi, H., Chertow, M., & Song, Y. (2010). Developing country experience with eco-industrial parks: A case study of the Tianjin economic-technological development area in China. *Journal of Cleaner Production*, 18(3), 191–199.
- Small, H. G. (1978). Cited documents as concept symbols. *Social Studies of Science*, 8(3), 327–340.
- Su, B., Heshmati, A., Geng, Y., & Yu, X. (2013). A review of the circular economy in China: Moving from rhetoric to implementation. *Journal of Cleaner Production*, 42(2), 215–227.

- The Ellen MacArthur Foundation (2019). Circular economy indicators an Approach to Measuring Circularity non-technical case studies. In: *Material Circularity Indicator*. [online] The Ellen MacArthur Foundation. Disponible en: <https://emf.thirdlight.com/link/3jtevhlkbukz-9of4s4/@/preview/1?o>.
- Todeschini, R., y Baccini, A. (2016). *Handbook of bibliometric indicators: Quantitative tools for studying and evaluating research*. Wiley. <https://doi.org/10.1002/9783527681969>
- Türkeli, S., Kemp, R., Huang, B., Bleischwitz, R., & McDowall, W. (2018). Circular economy scientific knowledge in the European Union and China: A bibliometric, network and survey analysis (2006–2016). *Journal of Cleaner Production*, 197(1), 1244-1261. doi: 10.1016/j.jclepro.2018.06.118
- van Eck, N. J., & Waltman, L. (2010). Software Survey: VOSviewer, a Computer Program for Bibliometric Mapping. *Scientometrics*, 84(1), 523-538. <https://doi.org/10.1007/s11192-009-0146-3>
- Van Eck, N. J., & Waltman, L. (2014). Visualizing Bibliometric Networks. In Y. Ding, R. Rousseau, & D. Wolfram (Eds.), *Measuring scholarly impact: Methods* (pp. 285-320). Springer.
- Velenturf, A. P., Purnell, P., Tregent, M., Ferguson, J., & Holmes, A. (2018). Co-producing a vision and approach for the transition towards a circular economy: Perspectives from government partners. *Sustainability*, 10(5), 140-151.
- Velenturf, A. P., & Purnell, P. (2021). Principles for a sustainable circular economy. *Sustainable Production and Consumption*, 27(2), 1437–1457.
- Wackernagel, M., & Beyers, B. (2019). *Ecological footprint: Managing our biocapacity budget*. New Society Publisher
- Yang, S., & Feng, N. (2008). A case study of industrial symbiosis: Nanning sugar Co., Ltd. in China. *Resources Conservation and Recycling*, 52(5), 813–820.
- Xingmei, Z., & Shouliang, S. (2011). The Research on Maturity of County Economy Collaborative Development Based on Circular Economy. *Journal on Innovation and Sustainability RISUS*, 2(1), 48-54.
- Zupic, I., & Čater, T. (2015). Bibliometric methods in management and organization. *Organizational research methods*, 18(3), 429-472.

## CICLO ACTUAL DE MERCADOS, ¿ORDINARIO O EXTRAORDINARIO?

---

FRANCISCO JAVIER RIVAS COMPAINS  
*EAE*

### 1. INTRODUCCIÓN

La desinversión rara vez ha sido objeto de estudios teóricos, en este capítulo se presenta un nuevo concepto, la probabilidad de desinversión, que ayuda a comprender cómo los inversores desinvierten, o al menos, deberían desinvertir.

A través de este concepto se puede analizar en qué punto de un ciclo se encuentra el mercado y, por tanto, entender si su evolución se puede calificar como de extraordinaria o no.

Hay muchos estudios sobre la teoría de la inversión, es decir, "¿cuándo comprar rentable?" pero si les preguntamos a los investigadores todo lo contrario, ¿cuándo vender? Casi nadie responderá a la pregunta. Existe un sesgo de los investigadores por estudiar el lado comprador de la inversión, aunque la desinversión es tan natural como la inversión. Una excepción serían los libros de Ferruz y Rivas (2009, 2017 y 2021).

En opinión del autor, el sentimiento del mercado influye en el comportamiento de los inversores y esto tiene mucho que ver con el momento del ciclo, esta no es, por el contrario, la opinión unánime en la teoría financiera, a modo de ejemplo Baker y Wurgler (2006), argumentan que normalmente no se trata del sentimiento sino del tamaño de las empresas involucradas en la inversión lo que determina la decisión inversora. Además, afirman que cuando predomina el sentimiento alcista en una acción, se compensa con un aumento del riesgo.

De todos modos, hay muchos otros estudios en los que hay evidencia empírica de la influencia del sentimiento del mercado, por ejemplo,

Gray (1996), Maheu, McCurdy (2000), Perez-Quiros, Timmermann (2000), Guidolin, Timmermann (2008)

El comportamiento de los accionistas se puede describir en un ciclo de tres fases que provocaría diferentes sentimientos en el mercado:

- Mercado alcista
- Mercado maduro
- Mercado bajista

En un mercado alcista, hay momentos en los que a pesar de noticias muy negativas (que pueden ocurrir) los inversores no hacen caso a las noticias negativas y mantienen (o incluso aumentan) sus posiciones. En cierto modo se podría argumentar que cuando los rendimientos positivos han sido la regla durante largos períodos, los inversores tienden a subestimar los posibles riesgos de sus inversiones. Un buen ejemplo sería la última fase de la tendencia alcista en 2007 y 2008 cuando las noticias negativas simplemente no se tuvieron en cuenta, o los momentos de la recuperación de los mercados poscovid entre finales de 2020 y el primer trimestre de 2022.

En la teoría financiera muchos estudios han intentado estimar el riesgo y relacionarlo con la rentabilidad. En Merton (1973, 1980) la volatilidad está directamente relacionada con el rendimiento. Ahora bien, el riesgo está relacionado con factores en muchos casos diferentes a la volatilidad y en muchos casos se asume que existe una relación fluctuante entre estas dos variables, i.e. Campbell, Vuolteenaho (2004), Brennan et al. (2004) y Petkova (2006).

Pedersen (2009) introduce otra consideración muy importante, el hecho de que los inversores estarán muy preocupados por el riesgo de liquidez, en cierto sentido un mercado bajista (o incluso uno muy alcista) podría aumentar el riesgo global de invertir debido a la falta de liquidez y provocar ventas en la bolsa de valores. En este documento no se trata la falta de liquidez en sí misma, pero podría ayudar a explicar movimientos importantes en el mercado de valores.

En este capítulo, se muestra cómo los inversores pueden encontrar métodos que les impidan reaccionar de forma exagerada o insuficiente ante el riesgo.

En un mercado maduro, hay noticias positivas y negativas y los rendimientos positivos y negativos se alternan con una frecuencia similar; en este caso, sin tendencia, los inversores verían tanto las noticias negativas como las positivas con la misma atención.

Finalmente, en un mercado bajista predominan las rentabilidades negativas, por lo que la subestimación del impacto de los factores positivos es la regla.

En cierto modo se podría decir que la historia reciente de los rendimientos podría influir en el comportamiento futuro de los inversores. Chen, Hong, Stein (1999) mostraron cómo la historia reciente de las acciones afectó el comportamiento de los inversores, y existe una gran tendencia de los participantes del mercado a utilizar el análisis técnico para sus operaciones, lo que se basa en esta suposición.

Es bien sabido que en el corto plazo muchos autores dicen que los retornos revierten a la media (i.e. Metcalf, G. Hasset, K. 1995). Ambas teorías son compatibles porque la primera podría estar referida a rendimientos de corto y largo plazo y la segunda es estrictamente aplicable en el corto plazo.

Desarrollamos un concepto que es PD (Probabilidad de Desinversión), basado en los siguientes hechos:

- Los desinversores necesitan tiempo (según se ha relatado en párrafos anteriores) para darse cuenta de que necesitan deshacer su inversión.
- Los inversores se ven especialmente afectados por las rentabilidades anuales negativas (especialmente porque las comparan con otros activos de menor riesgo como bonos, letras del Tesoro, etc.).

- La suposición principal sería que, si aumenta el número de días con rendimientos anuales negativos, la Probabilidad de Desinversión también aumentará.
- Las conclusiones de los diferentes estudios muestran que cada instrumento financiero tiene un momento óptimo para la desinversión.

Muchos autores han tratado de modelar la desinversión y, de hecho, Barberis y Xiong (2009) explican cómo las ganancias realizadas son muy importantes para explicar la disposición.

Es muy importante diferenciar la desinversión del stop loss, Dybvig (1988) comparó las estrategias de stop loss con otras posibilidades ofrecidas a los inversores. De hecho, estas estrategias no se basan en ningún cálculo de probabilidad sino simplemente en un nivel máximo de pérdidas que sería admitido en caso de un mal comportamiento de nuestra inversión. Es decir, el stop loss fija una pérdida máxima por si se ha cometido un error al elegir la inversión o los mercados financieros se han movido en sentido contrario al previsto.

Con esta teoría podemos demostrar que para los inversores reales (los que invierten con una perspectiva de muy largo plazo) la desinversión es crucial para su rendimiento total y, además, se puede modelar para cada instrumento financiero, se ha incorporado al estudio el Bitcoin para comprender si los movimientos de mercado se corresponden con la evolución normal de ciclo.

## 2. OBJETIVOS

Los principales objetivos para tratar en este capítulo son:

- Presentar el concepto de Probabilidad de Desinversión,
- Analizar los ciclos bursátiles del Dow Jones y de la principal criptomoneda: el Bitcoin
- Concluir si en algún caso la situación actual en esos mercados puede considerarse como extraordinaria

### 3. METODOLOGÍA

En un primer momento se trabaja a partir de la determinación de las rentabilidades anuales, en este caso se calcula la rentabilidad aritmética, aunque daría igual usar la logarítmica dado que solo es relevante el símbolo positivo o negativo.

Sobre esta rentabilidad se define el concepto de Probabilidad de Desinversión que no es otra cosa sino la identificación de la probabilidad acumulada dado el número de días con rentabilidades anuales positivas o negativas, se incidirá en este concepto más adelante.

**FIGURA 1.** Probabilidad de Desinversión acumulativa del Dow Jones.

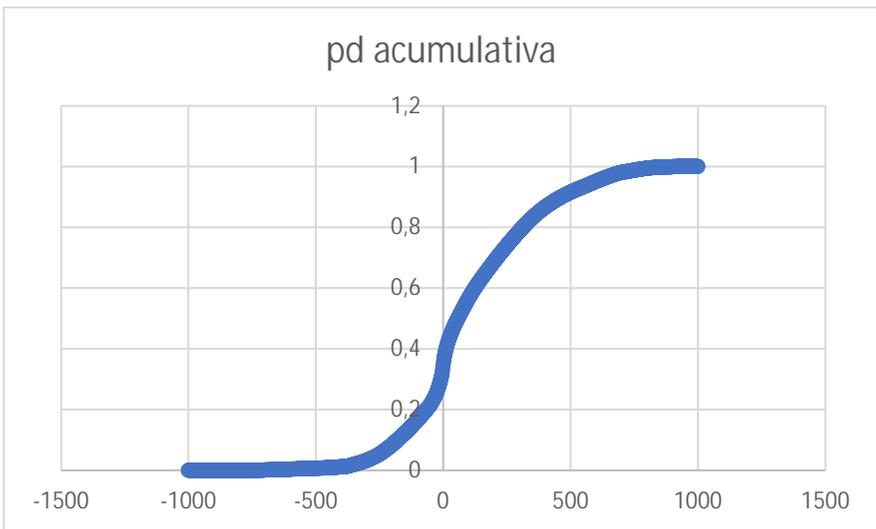
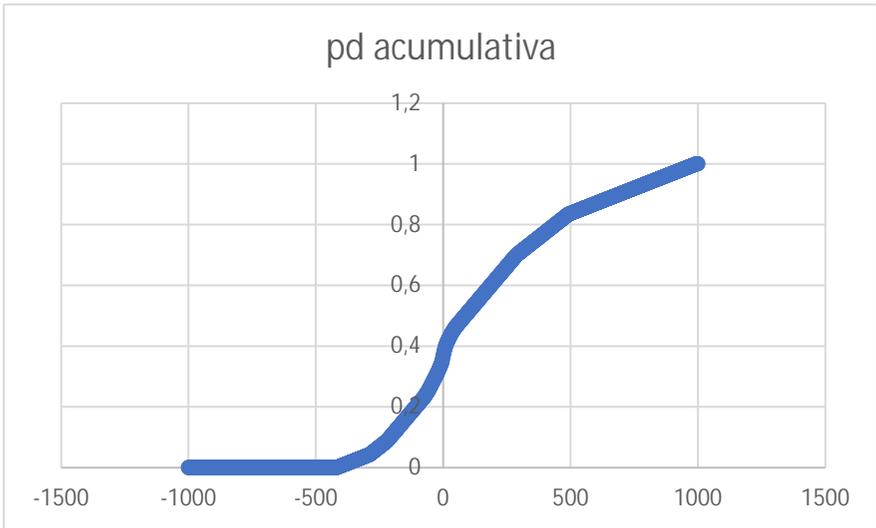


FIGURA 2. Probabilidad de Desinversión acumulativa del Bitcoin



Fuente: Elaboración propia

A modo de ejemplo cuando se llega a unos 1.000 días consecutivos de rentabilidades anuales consecutivas la Probabilidad de Desinversión sería el 100% dado que ningún ciclo ha durado más de ese periodo.

En el caso del Dow Jones se cuenta con una base de datos desde mayo de 1896, en el del Bitcoin desde enero de 2009, lo que permite reconstruir el comportamiento de ambos instrumentos financieros desde prácticamente su origen.

Por último, se analiza si el comportamiento de los mercados desde que se inició la epidemia de Coronavirus puede ser considerada o no como extraordinaria para ello se tomará en cuenta los estadísticos descriptivos así como la correlación entre las distintas variables implicadas.

#### 4. PROBABILIDAD DE DESINVERSIÓN

Los mercados financieros siempre han estado muy preocupados por cuándo, cómo y dónde invertir, pero no tanto por cuándo, cómo y dónde desinvertir. La razón principal podría ser las implicaciones negativas de la desinversión, vista como un fracaso de la inversión.

De hecho, la desinversión es una parte natural del ciclo de inversión, si los inversores pueden desinvertir adecuadamente, tendrán más oportunidades de colocar su liquidez en otras opciones más rentables, o de no invertir en absoluto.

Hay momentos en los que ninguna inversión es una posibilidad atractiva, durante varios años con los bonos del Tesoro de EE. UU., zona Euro, Japón, etc. casi al 0%, ¿por qué debo desinvertir en la bolsa? Si el mercado de valores no es la opción, ¿debo invertir al 0% en activos sin riesgo, empeorando la disponibilidad de dinero? Quizás sea mejor mantener esta liquidez en una cuenta corriente para contar con la posibilidad de inversión en el momento que se detecte una oportunidad.

La desinversión y la no inversión son opciones posibles y deben valorarse de acuerdo con la utilidad que puedan reportar a los inversores.

En este trabajo se estudiaría la Desinversión desde diferentes puntos de vista intentando modelizarla y mejorar la propia inversión.

El momento de desinvertir (cuándo) debe ser tratado primero. Normalmente, los inversores comparan la inversión en bolsa con otras alternativas, es decir, activos fijos, si los rendimientos son negativos y siguen siendo negativos, los inversores se convencerán progresivamente de que pueden estar equivocados al mantener una acción en su cartera. Este sentimiento sería mayor si los rendimientos del año fueran negativos. En un ejemplo, si los inversores reciben el informe anual de una empresa o de un fondo de inversión y los rendimientos son negativos, tenderán a estar descontentos con mantener sus acciones, y la comparación con otros instrumentos con rendimientos positivos facilitaría la desinversión.

No hay que olvidar que incluso en los peores momentos de la bolsa, algunos instrumentos financieros tendrían una rentabilidad anual positiva, y psicológicamente los inversores tenderían a comparar sus inversiones con las mejores posibles. El caso español es paradigmático, la bolsa tiene a principios de 2023 precios similares a los que registraba más de 25 años atrás.

El método comenzaría con el simple cómputo de los días en los que el rendimiento anual de la acción (o el índice bursátil) es negativo o positivo de manera consecutiva:

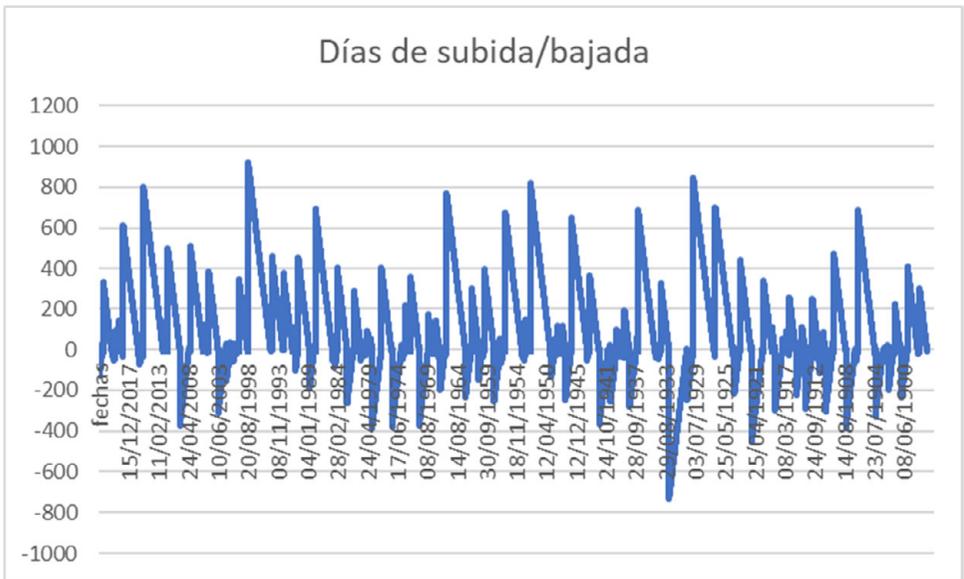
El sistema se entendería con un ejemplo, imagina que el mercado ha estado en un mercado alcista con rentabilidades anuales positivas durante X días, y el contador está en x días

- Si en el día t la rentabilidad anual es positiva sumáramos 1 al contador que pasará a x+1
- Si en el día t la rentabilidad anual es negativa pondríamos el contador a 0

Es decir, si el contador es 200, eso significa: durante 200 días consecutivos ha habido un rendimiento anual positivo calculado diariamente.

En el siguiente gráfico se pueden ver los resultados para el gráfico Dow Jones:

**FIGURA 3.** Días consecutivos con rentabilidad positiva/negativa en el índice Dow Jones.



En el caso de Bitcoin:

**FIGURA 4.** Días consecutivos rentabilidad positiva/negativa Bitcoin.



Fuente: Elaboración propia

Como se puede apreciar no son infrecuentes en el índice Dow Jones fases de 300-600 rendimientos anuales positivos o negativos consecutivos con picos de casi 900 días de rendimientos anuales positivos o negativos. El caso del Bitcoin es similar, solo que en su, relativa, corta vida ha ofrecido periodos de más de 1.000 sesiones consecutivas con rentabilidades positivas.

Esto es crucial en nuestros hallazgos, un inversor que se ha beneficiado de, por ejemplo, 700 días de rendimientos anuales positivos debería pensar que está por encima del período alcista normal y debería pensar que ha llegado el momento de la desinversión.

La Probabilidad de Desinversión se construye de la siguiente manera, promedio y desviación estándar de este contador de días, ya que el documento se ocupa de la desinversión, los cálculos estadísticos se basan en los momentos bajistas del mercado.

Como ejemplo, el promedio de días para las tendencias bajistas en el índice Dow Jones desde 1896 es de 129 días, con una desviación estándar de 96 días.

Con estos datos podemos calcular una distribución normal con la media y la desviación estándar. Es decir si es decir el contador es de 100 días, en una distribución normal eso significaría que la Probabilidad de Desinversión es del 56%

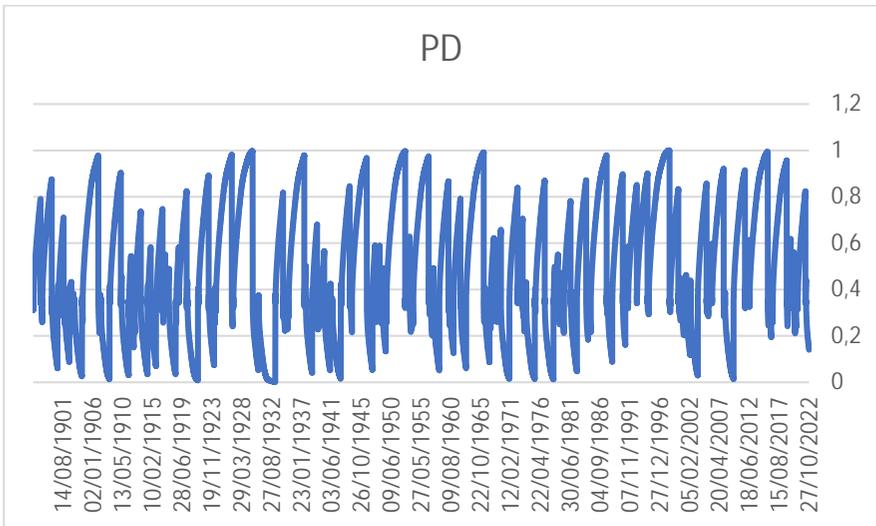
En cada momento en una tendencia bajista el inversor tendrá una herramienta para decidir si debe desinvertir o no y podrá a través de este concepto conocer el sentimiento de mercado

Brevemente, Probabilidad de Desinversión es la probabilidad acumulada de una distribución normal de la serie de días acumulados con rendimiento anual negativo.

## 5. RESULTADOS

A continuación, se puede estudiar la Probabilidad de Desinversión de manera no acumulativa para identificar los sucesivos ciclos, y por ende, delimitar el sentimiento de mercado en cada momento.

**FIGURA 5.** Probabilidad de Incumplimiento en Dow Jones.



Fuente: Elaboración propia

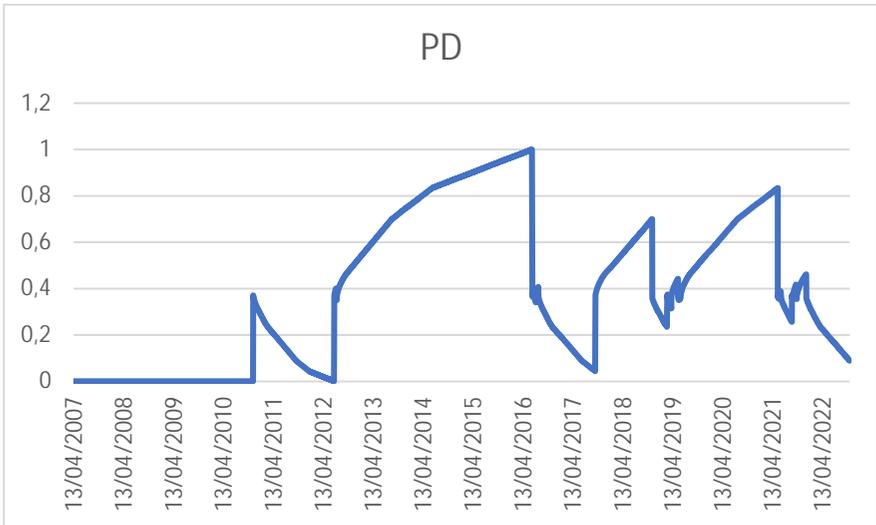
La estadística muestra que el número medio de ciclos alcistas es de 238 días, con una desviación típica de 202 días, el periodo inmediatamente previo a la crisis del Coronavirus con 600 días de rentabilidades anuales consecutivos está cerca del 95% de probabilidad, pero no así el periodo inmediatamente posterior que, en sus máximos alcanzó el 82% de Probabilidad de Desinversión con 340 días de ciclo.

Es decir, en su recuperación el mercado bursátil no alcanzó en ningún momento niveles extremos, que sí había alcanzado en su subida previa.

En cuanto a la media de días bajistas el periodo medio de sesiones consecutivas con rentabilidades negativas alcanza los 129 días con una desviación estándar de 96 días. La caída del índice estadounidense en el inicio de la crisis del coronavirus fue de 134 días consecutivos con rentabilidades anuales negativas, lo que, aproximadamente lo sitúa en la media, nada pues extraordinario.

Analicemos ahora la evolución del Bitcoin con sus dos grandes ciclos alcistas posteriores a la crisis del coronavirus, ¿se pueden considerar extraordinarios?

**FIGURA 5.** Probabilidad de Incumplimiento en Bitcoin.



Fuente: Elaboración propia

El número medio de días promedio que dura un ciclo alcista con rentabilidades anuales positivas consecutivas es de 344 con 277 días de desviación típica, hay que entender además que, en el caso del Bitcoin se trata de días naturales, mientras que en el caso del Dow Jones sería de sesiones, dado que el fin de semana y otros festivos la bolsa no está abierta mientras que los mercados de criptoactivos sí que lo estarían.

En este sentido, el ciclo alcista con los máximos en casi 70.000 dólares que se registra en 2021 no es en absoluto algo fuera de lo estándar, de hecho, se trata de un ciclo de 492 días, apenas un 82% de Probabilidad de Desinversión, es decir, muy similar al registrado por la bolsa

Sorprendentemente, ni el ciclo bursátil alcista posterior al coronavirus, ni el del principal criptoactivo puede considerarse fuera de lo normal, más bien al contrario

Sin embargo, la bajada desde máximos del Bitcoin, que alcanza ya los 250 sesiones, de prolongarse, sí podría entrar dentro de la excepcionalidad, dado que la media de ciclos bajistas es de 142 con 95 de desviación estándar, es decir, si la caída del Bitcoin no se corrige antes de abril de 2023 será uno de los peores ciclos bajistas del mercado de criptoactivos.

Parece evidente que, a pesar de lo excepcional de la situación macroeconómica, el movimiento de recuperación de los mercados y posterior caída no entra todavía en el ámbito de movimiento fuera de la normalidad (no superaría todavía las dos desviaciones típicas por debajo de la media), aunque el movimiento bajista del Bitcoin podría llegar a serlo de prolongarse en el tiempo.

## 6. CONCLUSIONES

### 1) EFICIENCIA

Una de las conclusiones más interesantes de la introducción de la Probabilidad de Desinversión es justamente si se puede utilizar esta para predecir cambios en el ciclo y por tanto mejorar la rentabilidad obtenida en una inversión en el Bitcoin o el Dow Jones al cabo de un año, o de un determinado periodo.

En el caso del Dow Jones la correlación entre la Probabilidad de Desinversión y su rentabilidad al cabo de un año, es de un  $-7\%$ , es decir, no es muy relevante, es cierto que cuando se produce un largo periodo de subidas o bajadas consecutivas y se produce un cambio de tendencia esta puede o no durar...pero sí se para el ciclo consecutivo de subidas/bajadas y la tendencia se modera o muda.

De hecho, si en lugar de medir lo que hace la rentabilidad del Dow un año después se calcula el coeficiente de correlación entre la Probabilidad de Desinversión de un mes antes y la evolución del Dow Jones, este alcanza un sorprendente  $65\%$ . Es decir, lo que se produce es un cambio de sentimiento, pero difícilmente la capacidad predictiva de ese momento detectado por la Probabilidad de Desinversión es explicativa al cabo de periodos superiores a un año, o lo es muy escasamente.

En el caso del Bitcoin, no muy sorprendentemente, la capacidad predictiva de la Probabilidad de Desinversión sobre la rentabilidad del Bitcoin un año más tarde es casi nula, un  $0,65\%$ , esto apunta a que los movimientos de la criptomoneda no son tan duraderos como los de la bolsa.

Por el contrario, cuando se estudia la correlación entre la rentabilidad del Bitcoin y la Probabilidad de Desinversión 30 días antes, este porcentaje aumenta hasta el  $72\%$ , de nuevo parece que los cambios en el sentimiento inversor tienen un efecto importante, pero muy poco predictivo más allá de ese periodo de 30 días.

Las consecuencias sobre la eficiencia son por tanto muy interesantes, a largo plazo parece que el concepto de sentimiento de inversor apenas si tiene relevancia y no afecta a la eficiencia del mercado, mientras que a corto esta eficiencia sí se pone en cuestión.

Estos hallazgos contrastan claramente con la teoría tradicional de Merton (1980), pero también con estudios recientes, es decir, Marquering W., Verbeek M. (2004) argumentaron que la capacidad de predecir los rendimientos era mayor cuando la volatilidad era alta, en nuestro caso, el Bitcoin tiene una mucho mayor volatilidad y, sin embargo, la capacidad predictiva a largo plazo es baja.

2) Otra conclusión importante de esta teoría es que el concepto de sentimiento del mercado se puede modelar de una forma muy sencilla. Muy similar a la forma en que el análisis gráfico intenta intervenir en el mercado.

La historia es un hecho muy importante en el largo plazo, pero también en el corto plazo, como afirma Eckbo y Liu (93) “existe evidencia creciente de que los precios de las acciones no siguen paseos aleatorios puros, el grado de existencia de componentes temporales en los precios de las acciones no es bien conocido. Modelizar los precios de las acciones como la suma de un paseo aleatorio y un componente general estacionario (predecible)”. En este documento hay suficiente evidencia de que existen tendencias en el mercado de valores y que pueden usarse para aumentar la rentabilidad o para moderar las pérdidas en el corto plazo.

Es nuestra opinión que en el corto plazo los hallazgos de este trabajo sí afectan a la teoría del camino aleatorio de Malkiel (1973), pareciera que la Probabilidad de Desinversión y el sentimiento de mercado afecta a los retornos a corto plazo.

En ese sentido el concepto tan sencillo de Probabilidad de Desinversión permitirá a los inversores saber exactamente cuál es el sentimiento del mercado.

En general cuando la Probabilidad de Desinversión está por encima del 50%, el mercado ha superado el periodo medio de tendencia y la probabilidad de un cambio de sentimiento aumenta (invertir en ese caso va contra la pura lógica estadística).

3) Otra conclusión muy evidente de este trabajo es que se producen ciclos largos, en algunos casos rondando las 1000 sesiones/días. En el caso del Bitcoin ha habido 3 grandes ciclos alcistas en los que se ha superado el 60% de Probabilidad de Desinversión, la de 2021 sería la segunda en importancia con un 82%, con todo lejos de lo que podría considerarse la cola de la distribución puesto que el movimiento de 2017-18 fue mucho más largo y rentable que el de 2021-22.

Los mercados bajistas en el Bitcoin han durado menos, el que más unos 400 días, el actual ya es el segundo en importancia y de mantenerse unos 3 meses en el tiempo podría superar el 95% de Probabilidad de

Desinversión, de momento todavía no estaría en la cola de la distribución del 5% peor.

El caso del Dow Jones es, si cabe, más claro, ha habido 10 ocasiones a lo largo de la historia del índice que se ha superado el 90% de Probabilidad de Desinversión, en este caso los máximos del 2022 llevaron al índice al 82%, y sus poco más de 600 días quedan lejos del rango de 800 a casi 1000 días de los máximos históricos de ciclo alcista. Sin duda, el movimiento alcista que siguió a las caídas del Covid no es extraordinario.

En el caso de las caídas, ha habido también 11 momentos en los que el índice ha tenido un sentimiento bajista por debajo del 10% de Probabilidad de Desinversión, con periodos prolongados en el tiempo de entre 400 y casi 800 sesiones, sin duda el movimiento inicial poscovid posterior de caídas está lejos de considerarse extraordinario, menos de 60 días, o la actual corrección de mercados que debería prolongarse mucho en el tiempo para alcanzar cuotas que le dieran el carácter de extraordinario.

Es interesante entender que a pesar de los enormes movimientos de mercado de 30.000 a 18.000 en el Dow y posteriormente recuperar niveles de casi 37.000, lo que fue extraordinario fue la velocidad y la magnitud de movimiento, pero no su duración, el sentimiento bajista/alcista no duró ni mucho menos más de lo esperable.

## 7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Quiero agradecer al enorme grupo de investigación de EAE, FINYMER, y a mis compañeras Victoria Eugenia Sánchez y Sofia Ruiz con quien tanto he investigado el Bitcoin, y por supuesto a mi mentor, amigo y gran investigador Luis Ferruz Agudo de la Universidad de Zaragoza con el que creamos este concepto nuevo de Probabilidad de Desinversión.

## 8. REFERENCIAS

- Baker, M., and J. Wurgler, 2006, "Investor Sentiment and the Cross-Section of Stock Returns," *Journal of Finance*, 61, 1645-1680.
- Barberis, N., Xiong W., 2009, What Drives the Disposition Effect? An Analysis of a Long-Standing Preference-Based Explanation. *The Journal of Finance* 64:2, 751-784
- Brennan M., Wang, A., and Y. Xia, 2004, Estimation and Test of a Simple Model of Intertemporal Capital Asset Pricing, *Journal of Finance* 59, 1743-1775.
- Campbell, J. and T. Vuolteenaho, 2004, Bad Beta, Good Beta, *American Economic Review*, 94,1249-1275.
- Chen, Hong, Stein 1999, Forecasting Crashes: Trading Volume, Past Returns and Conditional Skewness in Stock Prices. Working Paper Stanford Business School
- Dybvig, P., 1988, Inefficient dynamic portfolio strategies or how to throw away a million dollars in the stock market. *Review of Financial Studies*, 1 67-88.
- Eckbo B., Liu J. 1993. Temporary Components of Stock Prices: New Univariate Results. *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, Vol. 28, 161-176, 1993
- Gray, S., 1996, "Modelling the Conditional Distribution of Interest Rate as a Regime-Switching Process," *Journal of Financial Economics*, 42, 27-62.
- Ferruz, L, Rivas F. J., 2012, *Bolsa: Teoría y Práctica de la Desinversión*, QVE.
- Ferruz, L., Rivas, F. J. (2017). *Las burbujas financieras. Inversion y desinversion*. Bubok.
- Ferruz, L., Rivas, F. J. (2021). *Fraude Codicia Ignorancia: Las burbujas financieras en los mercados*.
- Guidolin, M., and A. Timmermann, 2008, "Size and Value Anomalies under Regime Shifts," *Journal of Financial Econometrics*, 6, 1-48.
- Khandani, A. Lo, A. 2007. What Happened to the quants? Working Paper Series MIT.
- Maheu, J., and T. McCurdy, 2000, Identifying Bull and Bear Markets in Stock Returns, *Journal of Business and Economic Statistics*, 18, 100-112.
- Malkiel B. 1973. *A Random Walk-through Wall Street*
- Marquering W., Verbeek M. 2004. The Economic Value of Predicting Stock Index Returns and Volatility. *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, Vol. 39, pp. 407-429, June 2004

- Merton, R., 1973, An Intertemporal Capital Asset Pricing Model, *Econometrica*, 41, 867-887.
- Merton, R., 1980, On Estimating the Expected Return on the Market: An Exploratory Investigation, *Journal of Financial Economics*, 8, 323-361.
- Metcalf, G. Hasset, K. 1995. Investment under Alternative Return Assumptions Comparing Random Walk and Mean Reversion. *Journal of Economics Dynamics and Control*, vol. 19, Nov. 1995, p. 1471-1488
- Pedersen, L.H., 2009, when everyone runs for the exit. Centre for Economic Policy Research. Discussion Paper Series, 7436
- Perez-Quiros, G., and A., Timmermann, 2000, "Firm Size and Cyclical Variation in Stock Returns," *Journal of Finance*, 55, 1229-1262.
- Petkova, R., 2006, Do the Fama-French Factors Proxy for Innovations in Predictive Variables? *Journal of Finance*, 61, 581-612.

## CALIDAD, DE LA INSPECCIÓN AL CARÁCTER IMPULSOR DE LA ECONOMÍA CIRCULAR EN LAS ORGANIZACIONES

---

MIGUEL ÁNGEL JARA SANTAMERA  
*Universidad Autónoma de Madrid*

### 1. POBLACIÓN HUMANA, ECONOMÍA CIRCULAR Y SISTEMAS DE CALIDAD

Cada vez más autores pertenecientes a diversas disciplinas acogen el término “Antropoceno” para definir una nueva era geológica en la que el hombre se convierte en una fuerza de transformación con alcance global y geológico.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) ha declarado el 15 de noviembre de 2022 como el "Día de los 8.000 millones". Este crecimiento sin precedentes se debe al incremento de la esperanza de vida, gracias a los avances en la salud pública, la nutrición, la higiene personal y la medicina. También es consecuencia de los niveles altos y sostenidos de fertilidad en algunos países.

En tan solo doce años la población mundial ha pasado de 7.000 a 8.000 millones de habitantes. Según datos de la Organización Mundial del Turismo y del Informe sobre Población Mundial de Naciones, en la redacción ofrecida por las Directrices generales de la Estrategia de Turismo Sostenible de España 2030, la población mundial continuará creciendo hasta alcanzar los 8.600 millones de personas en 2030. El 85% de la población vivirá en economías emergentes y la clase media englobará a 5.000 millones de personas en todo el mundo (Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2019). Los recursos naturales serán sometidos a un estrés mayor por el aumento demográfico y el cambio climático.

De hecho, el mantenimiento de los modos de vida actuales requeriría los recursos de casi 3 planetas Tierra, según estimaciones de organizaciones como WWF. Es necesario por tanto establecer modos de producción y consumo más sostenibles.

El modelo económico lineal tradicional, basado en el concepto “usar y tirar”, requiere enormes cantidades de insumos baratos y de fácil acceso. La economía circular busca alargar el ciclo de vida, imitando los ciclos biológicos presentes en la biosfera, reduciendo recursos y residuos. Constituye un modelo de producción y consumo que implica compartir, alquilar, reutilizar, reparar, renovar y reciclar materiales y productos existentes todas las veces que sea posible para crear un valor añadido.

Pero no fue hasta 1990 cuando Pearce y Turner formularon literalmente el término "economía circular", proponiendo un flujo económico cerrado que explicaba cómo sería posible su funcionamiento.

Se puede concluir que la economía circular es un paradigma de actuación que ha evolucionado a partir del concepto de sostenibilidad y su aplicación en la economía, la sociedad, y el cuidado necesario del ambiente que nos rodea. Así, la economía circular se ha convertido en un paradigma que busca el desarrollo sostenible, proponiendo diferentes estrategias en toda la cadena de producción y uso de los productos y servicios (Prieto-Sandoval et al., 2017). Se podría afirmar que la economía circular no es un concepto nuevo, aunque ha llamado la atención de la comunidad científica y empresarial especialmente en los últimos años, debido a su implementación como política estratégica para países como China, Japón, y la Unión Europea, entre otros.

A finales de 2015 se lanzó por parte de la Comisión Europea el plan “Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular”, con el objetivo de acompañar a empresas y consumidores en la transición a una economía más sólida y circular. Se busca la transición a una economía más circular, en la cual el valor de los productos, los materiales y los recursos se mantenga en la economía durante el mayor tiempo posible, alargándose el ciclo de vida, de tal modo que se reduzca al mínimo la generación de residuos. Pretende contribuir a los esfuerzos de la UE encaminados a lograr una economía sostenible, hipocarbónica,

eficiente en el uso de los recursos y competitiva. A su vez dicha transición debe representar una oportunidad para la evolución de la economía europea, generando ventajas competitivas y sostenibles para la misma.

En el siglo XXI la competitividad estará definida por la calidad. Esta última se define por la RAE en términos de excelencia. Dicha excelencia constituye el estadio actual de la calidad, con enfoque integral, orientada a satisfacer necesidades y maximizar el valor aportado a los diversos grupos de interés por las organizaciones públicas y privadas.

La Fundación Europea para la Gestión de la Calidad (EFQM por sus siglas en idioma inglés, *European Foundation Quality Management*) es una fundación sin ánimo de lucro con sede en Bruselas, establecida en 1989 para aumentar la competitividad de la economía europea y de sus organizaciones, públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro.

Pues bien, el actual modelo de excelencia EFQM, de 2020, quizás el principal referente en materia de excelencia a nivel mundial prescribe como uno de los resultados en cuanto a percepción de la sociedad, cómo percibe la misma el compromiso de la organización para avanzar hacia la economía circular.

Los factores políticos, legales, sociales, tecnológicos y ambientales que se han ido presentando en los distintos momentos históricos han marcado la evolución del concepto calidad. Desde un primer estadio de la calidad orientado a la inspección y detección de productos defectuosos, ya fabricados, a una época posterior, coincidiendo con la doctrina imperante del taylorismo, que persigue la detección de los errores en el momento del proceso en que se producen; con posterioridad una etapa de aseguramiento de la calidad, con enfoque preventivo que trata de evitar errores de producción y los costes asociados, con normas de la serie ISO 9000, iniciadas en 1987. Sigue una etapa en la que se conceptualiza la Calidad Total, con orientación a todas las partes interesadas de las organizaciones, no sólo al cliente, en un sentido más restringido. Por último, dado que en el imaginario social y organizacional la palabra calidad se aprecia con alcance más limitado, se opta por una nomenclatura más ambiciosa y transversal, la calidad, como la búsqueda de la excelencia.

Como pone de relieve Martín Castilla (2004) dado que la palabra calidad presentaba un significado mucho más limitado y restringido de la nueva realidad y eso siempre representa un problema para la instauración y familiarización de un nuevo enfoque, y quizás de un nuevo paradigma, por ello se creyó oportuno evolucionar hacia el concepto “excelencia”. La calidad serían todos aquellos instrumentos y herramientas que permiten una gestión excelente.

Como afirman Rodríguez y Abeal (2014) en lo referente a la calidad, el concepto ha progresado con la sociedad y la calidad se ha convertido en una estrategia competitiva, para constituir un elemento clave para la dirección, que se define desde la perspectiva del cliente para integrarse dentro del proceso de planificación estratégica y forjarse como uno de los pilares que aseguren la rentabilidad.

El modelo EFQM ha ido evolucionando con diversos ciclos de mejora a lo largo de los años, para adaptarse al entorno de factores políticos, legales, sociales, ambientales y tecnológicos y continuar siendo relevante para aquellas organizaciones que pretenden un futuro sostenible. De hecho, como se ha recogido con anterioridad, la versión vigente muy orientada a resultados contempla parámetros relativos a la economía circular en cuanto a la percepción social de las organizaciones.

Otros sistemas como los contemplados por ISO 9001 e ISO 14001, donde el primero de ellos contempla los requisitos para los sistemas de gestión de calidad, y el segundo lo referido a los requisitos para los sistemas de gestión ambiental, tampoco son ajenos en sus enfoques a la economía circular. En efecto, se contemplan planteamientos relativos tanto al ciclo de vida, como al entorno económico que rodea a las organizaciones.

## 2. OBJETIVOS Y ENFOQUE METODOLÓGICO

Este trabajo se plantea como objetivo fundamental explorar la relación de sistemas de calidad, en una acepción amplia, como son EFQM, ISO 9001 e ISO 14001, y su carácter instrumental para contribuir a potenciar el desarrollo de la economía circular por las organizaciones públicas y privadas.

Para la construcción de las interrelaciones se realizará una relectura de los sistemas y modelos citados con anterioridad, y una reflexión de cuáles de sus elementos, a considerar en su despliegue e implementación en las organizaciones, pueden ser objeto de vinculación con el desarrollo de la economía circular.

### 3. AVANCES INSTITUCIONALES Y REGULATORIOS EN MATERIA DE ECONOMÍA CIRCULAR

Según destaca la Estrategia Española de Economía Circular, España Circular 2030, aprobada en junio de 2020, algunas de las principales iniciativas internacionales de carácter reciente para la protección del medio ambiente son el Acuerdo de París sobre el cambio climático, la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, o la Declaración ministerial de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente “Hacia un planeta sin contaminación”, acordada en diciembre de 2017 en Nairobi.

Asimismo, la citada estrategia, conecta con las líneas de acción impulsadas en el marco de la Unión Europea como son el Pacto Verde Europeo, presentado en diciembre de 2019, y el “Nuevo Plan de Acción para la Economía Circular: por una Europa más limpia y más competitiva”, aprobado en marzo de 2020.

Con anterioridad a dichos documentos, de carácter transversal, durante los años 2018 y 2019, la Unión Europea ya aprobó un conjunto de normas sectoriales para avanzar en materia de economía circular, entre las que cabe destacar la Directiva (UE) 2018/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018; la Directiva (UE) 2018/850 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018; la Directiva (UE) 2018/851 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018; la Directiva (UE) 2018/852, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018 y la Directiva (UE) 2019/904 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019. Se trata de instrumentos normativos relacionados con los vehículos al final de su vida útil, pilas y acumuladores y sus residuos, residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, vertido de residuos, residuos, envases y residuos de

envases, así como sobre la reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente.

A nivel estatal, el Gobierno de España aprobó la citada Estrategia Española de Economía Circular (España Circular 2030), así como el I Plan de Acción de Economía Circular 2021-2023. El fundamento normativo y competencial de dichos instrumentos se encuentra en el artículo 131 de la Constitución Española, así como en el artículo 45 del texto constitucional.

En el artículo 131 se establece la capacidad de los poderes públicos de planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución; por su parte el artículo 45 consagra la conservación del medioambiente como un derecho social y una obligación de las administraciones públicas.

Entroncando directamente con España Circular 2030 y con el Plan de Acción de Economía Circular, se ha aprobado a nivel nacional, una norma de derecho positivo vinculada y fundamentada en la economía circular como es la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular. Su disposición final undécima le confiere carácter de legislación básica en materia de protección del medio ambiente, de tal modo que las comunidades autónomas podrán dictar normas adicionales de protección como parte de sus facultades competenciales.

Asimismo, en el mencionado Plan de Acción de Economía Circular en lo referido a criterios de contratación para la aplicación del Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social se recoge la elaboración de pliegos de cláusulas administrativas particulares que incluyan criterios de selección de empresarios que cuenten con sistemas de gestión ambiental homologados que incluyan elementos de circularidad por parte del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. Un aspecto muy relevante puesto que la contratación pública supone el 14 % del PIB total de la UE, presentando por ello

un gran potencial para potenciar la transición hacia el modelo circular (Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, 2021).

#### 4. APROXIMACIÓN A LA ECONOMÍA CIRCULAR DESDE EFQM, ISO 9001 E ISO 14001

La excelencia es lo contrario a la búsqueda exclusiva de las organizaciones de sus propios objetivos y al margen del servicio a la sociedad en los procesos de producción. Esta – la organización- debe incorporar patrones de economía circular, generadores de beneficios al medio ambiente y a la sociedad en su conjunto. Las externalidades negativas ocasionadas por las organizaciones y absorbidas por la sociedad regresarán a la organización causante, como un bumerán, con pérdida de reputación y de ventas.

La pérdida de recursos del actual modelo de economía lineal y la carencia de aprovechamiento de los recursos obtenidos de los residuos generados y de desarrollo de procesos de transformación con niveles de consumo de materias menores, supone una merma económica y de pérdida de competitividad para la economía. Justo lo contrario de aquello para lo que se diseñó EFQM, el incremento de la competitividad de las organizaciones en Europa.

Un enfoque económico que debe permitir establecer patrones de producción y consumo sostenibles, potenciadores de la competitividad y facilitadores de la contribución a los objetivos de desarrollo sostenible (ODS), en especial del ODS 12 sobre “modalidades de consumo y producción sostenibles”.

A este respecto desde Pacto Mundial de Naciones Unidas España consideran que las empresas del sector privado juegan un papel fundamental, debiendo incorporar en sus modelos de producción y consumo criterios de economía circular, potenciando el consumo responsable entre sus grupos de interés y construyendo una cultura empresarial ligada al desarrollo sostenible. Además, ello les permitirá alinearse con los requisitos que se fijan en las nuevas normativas que se están desarrollando en los últimos años en los diversos países.

Para contribuir a la eficiencia y eficacia de las organizaciones, y lograr el éxito de modo continuo se han desarrollado un gran número de normas internacionales, como afirma Olaya (2021), siguiendo a Cabas et al. (2016). Todo ello, continúa señalando, para incrementar la efectividad de sus actividades y el impacto en la satisfacción de las partes interesadas, donde encontramos como los estándares más reconocidos los formulados desde la Organización Internacional de Estandarización (ISO) referentes a Sistemas de Gestión. La misma establece que dichos sistemas vienen constituidos por un conjunto de elementos de una organización interrelacionados o que interactúan para la fijación de políticas, objetivos y procesos para la consecución de dichos objetivos.

En este sentido, manifiesta Olaya (2021), la norma ISO 9001 “Sistemas de gestión de la calidad. Requisitos” y la norma ISO 14001 “Sistemas de gestión ambiental. Requisitos con orientación para su uso” tienen una gran acogida a nivel global y en todos los sectores económicos. Así el informe publicado por ISO (2020), informaba que todas las normas cubiertas habían visto incrementado su número de certificaciones, donde la norma Sistemas de Gestión de Calidad constituía el estándar más popular con 883.521 certificados a nivel global, seguida de ISO 14001 con 312.580 certificaciones validadas por Organismos Evaluadores de la Conformidad.

Una vez realizada la aproximación a las normas ISO, sobre las que se volverá con posterioridad para determinar aquellos elementos de estas relacionados con la economía circular, se analizarán los componentes de EFQM que estrechan relación con dicha materia.

El modelo EFQM, constituye un modelo de excelencia que incorpora un marco práctico y no prescriptivo para la gestión organizacional, promovido y diseñado para ayudar organizaciones para incrementar su competitividad.

Como señala Martín Castilla (2007) el término sostenibilidad, cuyo origen se sitúa en el marco de la gestión ambiental, ha ampliado sus consideraciones hacia los aspectos económicos y sociales de la empresa en el despliegue de sus competencias, sus acciones y la relaciones no sólo con su entorno, sino con los propios agentes internos de la organización. Se interrelaciona de ese modo el concepto de sostenibilidad de modo

estrecho con la teoría de los stakeholders, intrínsecamente ubicada en la filosofía de la excelencia empresarial, como la que soporta EFQM.

Y es que la orientación para que EFQM en el ámbito de dirección para que una organización obtenga resultados e impactos positivos y medibles en la implementación de un enfoque de economía circular, junto con el énfasis en la ejecución de la estrategia de economía circular de modo eficaz y eficiente, así como la prescripción de obtención de resultados a través de la creación de valor sostenible para las partes interesadas, sitúa al modelo como un referente óptimo para avanzar hacia la economía circular.

El modelo EFQM se caracteriza desde su creación por tener una orientación a resultados muy marcada, de hecho, constituye una de sus fortalezas fundamentales. Pero, incluso va más allá, incidiendo en cómo percibe la sociedad la actuación de las organizaciones que trabajan con dicha metodología. En este sentido, la versión vigente ejemplifica en cuanto a lo referido a los resultados de la percepción de la sociedad y su comunidad, bien sea local, nacional o internacional con:

- “El impacto que las operaciones de la organización tienen sobre la comunidad.
- La sostenibilidad de las contribuciones de la organización a la comunidad por sus prácticas económicas, sociales y ambientales.
- El compromiso de la organización para avanzar hacia la economía circular.” (EFQM, 2020).

En dicho sentido, el enfoque de la economía circular ofrece una caja de herramientas esencial para implementar, medir, ajustar y ofrecer patrones de producción y consumo sostenibles y para impulsar la innovación y la competitividad al mismo tiempo. Por tanto, la adopción de prácticas de economía circular puede verse como un requisito previo necesario para el desarrollo sostenible para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible y, por tanto, una sociedad plenamente sostenible, donde un sistema socioeconómico equitativo y próspero pueda sostenerse dentro de los límites del planeta. capacidad de carga, para las generaciones presentes y futuras (Einarsson y Sorin, 2020).

De hecho, EFQM (2020) supone y espera que cualquier organización que emplea dicho modelo, cumple la esencia del Pacto Mundial de Naciones Unidas y de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, y trata de incorporarlos a su modo de comportamiento.

En el criterio 1 referido al propósito, visión y estrategia de EFQM se hace mención de la necesidad de examinar y comprender la organización, su ecosistema, y las consecuencias en el mismo de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. De igual modo en el criterio 2, dirigido a la cultura de la organización y liderazgo, se prescribe de modo expreso que las organizaciones deben manifestar y promover la preocupación por el medioambiente y la escasez de recursos, alertando sobre la importancia de la responsabilidad social con el entorno. El propio criterio 3, encaminado a implicar a los grupos de interés establece que la organización debe contribuir a los Objetivos de Desarrollo Sostenible, trabajando con sus grupos clave de interés. De hecho, el criterio 4, referido a la creación de valor sostenible marca como la propuesta de valor y los sistemas para su creación deben reflejar el ciclo de vida de los productos, servicios y soluciones, fijando de modo responsable su impacto, entre otros, en el medioambiente. Como refuerzo de todo lo anterior, el criterio 5 del modelo, referido a la gestión del funcionamiento y la transformación hace mención expresa a la evaluación y gestión del ciclo de vida completo de las tecnologías existentes y emergentes, con fundamento en los principios de economía circular. Por otro lado, en el propio criterio 5, en lo relativo a la gestión de activos y recursos se fija la necesidad de fijar por las organizaciones con base en los principios de la economía circular, aquellos recursos y activos innecesarios deshaciéndose de ellos de modo responsable. Por último, y ya en el bloque de resultados del modelo, se hace un llamamiento expreso a la tenencia en consideración de la percepción de inversores y reguladores en cuanto a la responsabilidad social y ambiental de la organización, así como las percepciones de la propia sociedad, socios y proveedores en cuanto al compromiso de la organización para avanzar en materia de economía circular.

ISO 9001 es una norma de referencia a nivel mundial que fija requisitos para los sistemas de gestión de la calidad y que sirve como modelo para que las organizaciones puedan lograr sus objetivos, sin importar cuál sea

su tamaño o sector de actuación, tampoco si pertenecen al sector público o privado. La propia norma caracteriza la implantación de un sistema de gestión de la calidad como una decisión estratégica que puede ayudar a las organizaciones a mejorar su desempeño a nivel general, así como proveer una sólida base para las iniciativas de desarrollo sostenible.

Uno de los principios explícitos de la actual ISO 9001:2015 viene constituido por el enfoque a procesos, que debe fundamentarse en un pensamiento basado en riesgos, de tal modo que una organización debe planificar e implantar las acciones necesarias para abordar los riesgos, pero también las oportunidades derivadas del entorno. Y entre estas últimas se citan de modo expreso aquellas circunstancias que permitan a la organización reducir los residuos generados.

Asimismo, las organizaciones deben comprender el contexto que las afecta, para el desarrollo de un sistema de gestión de la calidad adecuado, que tenga en cuenta el entorno general a nivel internacional, nacional, regional o local relacionado con factores legales, tecnológicos, competitivos, de mercado, culturales, sociales y económicos que afectan a la organización en su conjunto. En este sentido, como se ha puesto de manifiesto en el apartado de este trabajo referido a los avances institucionales y regulatorios en materia de economía circular, el entorno económico y social presenta un cambio de paradigma de una economía lineal a una economía circular que debe ser tenido en consideración por cualquier organización a la hora de diseñar e implantar su sistema de gestión de la calidad basado en ISO 9001.

Pero ISO 9001 también realiza un llamamiento a la necesaria comprensión de las necesidades y expectativas de las partes interesadas, donde se encuentran, entre otros, los clientes, las personas de la propia organización, los inversores, los reguladores, la sociedad en su conjunto, los socios y los proveedores. En efecto, la sociedad en su conjunto es la que hace posible la supervivencia y desarrollo de cualquier tipo de organización, por lo que resulta plenamente razonable que las actuaciones de estas se dirijan también a aportar valor a dicha sociedad.

La sociedad en su conjunto constituye uno de los grupos de interés y un buen medio ambiente es el que permite el desarrollo de la sociedad.

Medio ambiente y sociedad son sujetos por tanto de una calidad orientada a la excelencia (Jara-Santamera, 2022).

La necesaria consideración en el marco de la dirección estratégica de las cuestiones externas e internas que condicionan a la organización debe contribuir a generar una óptica que puede propiciar una evolución aliñada con el cambio de paradigma en marcha de una economía lineal a una economía circular.

Ruiz y Ruiz (2018) hablan de riesgos lineales y oportunidades circulares. Tratan el concepto de riesgo de linealidad, como la exposición de las organizaciones a los efectos de prácticas de negocios no circulares que pueden poner en riesgo su sostenibilidad en el tiempo. De otro lado se recogen las oportunidades circulares como aquellas existentes tanto para las organizaciones a nivel particular, como para la economía en general, derivadas de la maximización del valor económico por unidad de materia prima, en vez de por unidad de producto, así como las relacionadas con el cambio conceptual del residuo, para el que pasa a reconocerse un valor socioeconómico.

En los requisitos relativos a liderazgo y compromiso fijados por ISO 9001, se establece la necesidad de que los objetivos de calidad fijados, desde la alta dirección deben ser obligatoriamente compatibles con el contexto antes referenciado, donde se encuentra el entorno económico, y donde la economía circular está llamada a obtener cada vez un mayor protagonismo. De hecho, la propia política de calidad, establecida por las organizaciones debe ser apropiada al contexto de las mismas.

Para concluir, se trazarán algunas de las relaciones que mantiene ISO 14001:2015 con la economía circular.

La vigente ISO 14001 avanza de modo implícito el modelo de economía circular. Así, entre lo que constituyen los objetivos de un sistema de gestión ambiental, indica la contribución al desarrollo sostenible mediante el control o influencia del modo en que la organización diseña, fabrica, distribuye, consume y lleva a cabo la disposición final de productos o servicios, usando una perspectiva de ciclo que vida. Esta última cuestión resulta clave puesto que nos pone sobre la base de la propia esencia de la economía circular basada en el alargamiento del ciclo de

vida de los productos/servicios ofrecidos por las organizaciones. De hecho, la economía circular constituye un modelo de producción y consumo que implica compartir, alquilar, reutilizar, reparar, renovar y reciclar materiales y productos existentes todas las veces que sea posible para crear un valor añadido. De este modo, se alarga el ciclo de vida de los productos, elemento esencial de la economía circular.

Directamente alineado con lo anterior cuanto ISO 14001 fija como requisito la necesidad de determinar sus aspectos ambientales en relación con sus actividades, productos y servicios, y los impactos ambientales asociados (positivos o negativos), nuevamente vuelve a demandar que se realice desde una perspectiva de ciclo de vida. Los requisitos de la norma se enfocan en disminuir o evitar los impactos ambientales negativos, en relación con el citado ciclo de vida.

Por último, la norma establece, siempre desde la perspectiva del ciclo de vida, que las organizaciones deben asegurarse de que sus requisitos ambientales son tenidos en cuenta durante el proceso de diseño y desarrollo de su producto o servicio considerando cada etapa del ciclo de vida. Dichos requisitos ambientales son establecidos por la propia organización y constituyen sus necesidades y expectativas en relación con el medio ambiente, pudiendo depender de su propia estructura organizacional, o bien de proveedores o contratistas, a los cuales se deben comunicar dichos requisitos para su cumplimiento.

La adopción de estas prácticas en materia de sostenibilidad puede constituir un refuerzo de la viabilidad empresarial al permitir, a través de una buena comunicación a la clientela, un elemento diferenciador de competitividad. También, constituye un requisito la comunicación de las acciones desarrolladas en materia de sostenibilidad con la sociedad en general.

## 5. CONCLUSIONES

Lograr frenar la inercia de la economía lineal en los procesos productivos, así como en la propia sociedad de consumo requiere de diversas herramientas que contribuyan a ello tanto del lado de la oferta, como de la demanda. En el lado de la oferta se ubican modelos como EFQM, ISO 9001 e ISO 14001.

La economía circular no es una “moda”, es un paradigma de actuación que ha resultado de la evolución del concepto de sostenibilidad y su aplicación en la economía, la sociedad, y el cuidado necesario del ambiente que nos rodea. Por esta razón, dicha economía circular se ha convertido en el camino para lograr un cambio integral en función de un problema global y conocido: lograr el desarrollo sostenible.

En este orden, y siguiendo a Prieto-Sandoval et al. (2017) la economía circular no va en contra del crecimiento económico, sino que propone cerrar los ciclos de energía y materiales para hacer un uso intensivo de los recursos que ya tenemos a nuestra disposición, en vez de expandir su explotación y ampliar los daños ambientales. Incluso, la economía circular abre nuevas oportunidades de negocio (más eslabones dentro de cadenas de valor y mucho más largas), desafía la innovación de todo tipo, estimulando el surgimiento de nuevos modelos de negocio.

Se evidencia que la calidad ha ido evolucionando, desde una primera etapa donde se circunscribe exclusivamente a la producción industrial, hacia una consideración de la calidad también en el ámbito de los servicios. Pero, además, su alcance cualitativo ha progresado desde la estricta consideración de la inspección y el control y aseguramiento de la calidad, hacia el concepto de calidad total o excelencia. Ello significa que no es suficiente el enfoque al cliente de las organizaciones, sino que debe trascender dicho enfoque hasta orientarse a todas las partes interesadas y la sociedad en su conjunto, pues es precisamente esta la que hace posible la supervivencia de las citadas organizaciones.

Los Sistemas de Gestión de Calidad Total, presentes en el mercado y arraigados en la mentalidad empresarial, como metodologías generadoras de competitividad, pueden constituir una oportunidad para avanzar hacia el establecimiento de una economía circular garante de un consumo más responsable y favorecedor de la sostenibilidad global.

Modelos como EFQM, con un enfoque dirigido a que la organización logre y sostenga resultados sobresalientes e impactos positivos y medibles en la implementación de un enfoque de economía circular que acelere su transición hacia el crecimiento regenerativo, pueden contribuir a avanzar en dicha materia.

La propia ISO 9001 en la postulación de una dirección estratégica en el marco de los factores que constituyen el entorno económico que rodea a la organización también contribuye a generar un marco de trabajo favorable hacia la economía circular; e incluso la propia ISO 14001 cuando exige entre sus requisitos que la organización contemple en la definición de sus aspectos y requisitos ambientales el análisis del ciclo de vida de sus productos y servicios. Mejora o reducción del impacto ambiental desde la obtención de recursos hasta la entrega de sus productos e incluso más allá, al final de su vida útil.

Se trata en los tres casos de herramientas que pueden potenciar la implementación y el desarrollo de la economía circular como instrumentos de mercado empleados por las organizaciones.

## 6. REFERENCIAS

Aenor (2015). Norma UNE – EN ISO 9001:2015. AENOR.

Aenor (2015). Norma UNE – EN ISO 14001:2015. AENOR.

Cabas Vásquez, L. C., Steffens Sanabria, E., Gutiérrez Echeverría, R., Sierra Martínez, C. i., y Grisales Cardona, W. (2016). Diseño de un sistema integrado de gestión para una empresa tabacalera a partir de las normas ISO 9001, ISO 18001, ISO 14001 y BASC 2012. *Producción Más Limpia*, 11(1), 162.

Comisión Europea. (2015). Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular. Unión Europea, Bruselas-Bélgica.

EFQM (2020). Modelo EFQM de Excelencia. Club Gestión de Calidad.

Einarsson S. y Sorin, F. (2020). Circular Economy in travel and tourism: A conceptual framework for a sustainable, resilient and Future Proof Industry Transition. CE360 Alliance.

Gobierno de España. (2020). Estrategia de España de Economía Circular. España Circular 2030. Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico.

International Organization for Standardization [ISO] (2020) - The ISO Survey. Sep 7,2021

Jara-Santamera, M. Á. (2022). El modelo SICTED como herramienta para la sostenibilidad y competitividad de los destinos turísticos. El caso del destino Sierra de Guadarrama (Tesis doctoral). Universidad Autónoma de Madrid, Madrid.

- Martín Castilla, J. I. (2004). El modelo EFQM referente óptimo en la dirección estratégica de la Administración Pública orientada a la excelencia (Tesis doctoral). Universidad Autónoma de Madrid, Madrid.
- Martín Castilla, J. I. (2007). La consideración de aspectos sostenibles en los enfoques de excelencia. *Boletín Económico de ICE*, 2909, 57-66.
- Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. (2019). Directrices Generales de la Estrategia de Turismo Sostenible de España 2030. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.
- Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. (2021). I Plan de Acción de Economía Circular 2021-2023. Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico.
- Olaya Cubillos, L. J. (2021). Beneficios de la implementación de ISO 9001 e ISO 14001 en producción de empaques biodegradables.
- Pearce, D. W. & Turner, R. K. (1990). *Economics of natural resources and the environment*. Johns Hopkins University Press.
- Prieto-Sandoval, V., Jaca-García, C., y Ormazabal-Goenaga, M. (2017). Economía circular: Relación con la evolución del concepto de sostenibilidad y estrategias para su implementación.
- Rodríguez, C. J., y Abeal, J. P. (2014). Industrial Tourism, Wine Tourism and Quality: the Rías Baixas wine route. *ROTUR: Revista de Ocio y Turismo*, 7(1), 94-105.
- Ruiz, E., y Ruiz, P. (2018). Cerrar el círculo: el business case de la economía circular. In *Forum calidad* (Vol. 29, No. 294, pp. 54-58). Forum Calidad.

## LA NUEVA REGULACIÓN DEL DERECHO PRECONCURSAL

---

CARLOS BELLIDO GONZÁLEZ DEL CAMPO  
*Grado en Derecho*

### 1. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor de la Ley de Reforma Concursal (Ley 16/2022) que incorpora al marco normativo español la Directiva 2019/1023, de 20 de junio de 2019 sobre los marcos de reestructuración preventiva, representan una evidente transformación del anterior sistema jurídico de preconcursalidad vigente en nuestro país. Independientemente de las diversas y, en ocasiones divergentes, opiniones doctrinales había un claro posicionamiento sobre la necesidad de modificar la anterior ley y especialmente, a grandes rasgos, entre la dicotomía de inclinarse por la liquidación de la empresa, es decir optar por el concurso, o apostar por salvar a la dicha empresa en situación de insolvencia de acuerdo con todos los afectados. Esta segunda opción ha sido la elegida por los legisladores para dar salida a la situación provocada por un procedimiento concursal, el anterior, claramente ineficiente e inoperable.

Ineficiente por cuanto los resultados de los concursos son claramente negativos. Las estadísticas dan un 90% de concursos que terminan en liquidación. Tienen una duración media de unos tres años<sup>179</sup> y termina con un fracaso si nos atenemos a los resultados que esperan los

---

<sup>179</sup> “En muchos Estados miembros, son necesarios más de tres años para que los empresarios que sean insolventes, pero de buena fe puedan obtener una exoneración de sus deudas y empezar de nuevo. La ineficiencia de los marcos de exoneración de deudas y de inhabilitación tiene como consecuencia que los empresarios se vean obligados a trasladarse a otros territorios con objeto de disfrutar de una nueva oportunidad en un período de tiempo razonable, lo que conlleva un elevado coste adicional tanto para sus acreedores como para los propios empresarios.” (Directiva 2019, Prefacio)

acreedores, es decir recuperar las deudas y la empresa: proseguir con su actividad..

No es este el lugar para denunciar todos aquellos imponderables que aparecen en el camino del concurso, por ejemplo, de los retrasos de la tramitación judicial, sino nos referimos a la situación legislativa anterior y su influencia en dichos concursos. Dos son, a nuestro juicio y al de los legisladores, los considerandos para que un procedimiento preconcursal sea eficaz: que la empresa pueda seguir ejerciendo su actividad y que los acreedores no entorpezcan, con su legítimo derecho a reclamar sus intereses, la vía que pueda conduzca la recuperación de los mismos.

Pérez Benítez (2022) establece tres medidas instrumentales que plantea como condicionantes para lograr una necesaria estabilidad con el fin de resolver el concurso de la mejor manera:

1. Lograr una estabilidad patrimonial del deudor, sobre la base de paralizar las ejecuciones de sus bienes por parte de sus acreedores.
2. Posibilidad de que una mayoría cualificada de los acreedores partidarios de la continuidad de la empresa puedan superar a los que presionen por liquidarla ofreciéndoles un plan viable de supervivencia.
3. Posibilitar la continuación de la actividad empresarial asegurando la financiación y el acceso a los recursos necesarios para la continuidad del negocio.<sup>180</sup>

En este contexto, la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) (Texto pertinente a efectos del EEE.) (en adelante la Directiva 2019),

---

<sup>180</sup> Pérez Benítez, J.J. (2022). "La reforma en ciernes del Derecho preconcursal: aprobación, homologación e impugnación de los planes de restauración preventiva". *Rev. El Derecho.com*, 20/05/2022.

presenta como su objetivo garantizar la viabilidad de las empresas que se hallen en situaciones de dificultad financiera de manera que puedan reestructurarse para continuar sus actividades y que

“...los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un período de tiempo razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad; y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular con el fin de reducir su duración.”<sup>181</sup>

La Directiva 2019 plantea que se debe facilitar a los deudores con dificultades financieras a continuar con su actividad modificando, reestructurando o realizando activos, si fuera necesario, siempre dentro de las previsiones del Derecho nacional de cada país miembro.

Por otra parte, la Directiva 2019 expone que estas actuaciones en favor de la pervivencia de las empresas, beneficia a los derechos fundamentales y libertades de los trabajadores ya que garantizan sus puestos de trabajo y minimiza las pérdidas de los mismos. También beneficia a los empresarios ya que:

“Facilitar la exoneración de deudas a los empresarios contribuiría a evitar su exclusión de la actividad económica y les permitiría reanudar las actividades empresariales, aprendiendo de su experiencia anterior.”

Beneficiando así mismo a los acreedores ya que posibilita la recuperación de los créditos lo cual repercute favorablemente en la actividad comercial de todos.

Por todo ello, la Directiva 2019 y en su Artículo primero establece su Objeto y el ámbito de aplicación. Respecto al primero establece normas en los siguientes campos:

- a. Los marcos de reestructuración preventiva disponibles para los deudores en dificultades financieras cuando la insolvencia sea inminente, con objeto de impedir la insolvencia y garantizar la viabilidad del deudor.

---

<sup>181</sup> Directiva 2019, I

- b. Los procedimientos para la exoneración de las deudas contraídas por empresarios insolventes.
- c. Las medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas.

## 2. OBJETIVOS

El objetivo principal de este trabajo es analizar los cambios más importantes que ha introducido la Ley 16/2022 de 5 de septiembre del texto refundido de la Ley Concursal en el derecho concursal español y sus posibles consecuencias sobre el futuro de la insolvencia en nuestro país.

Para ello se establecer tres objetivos auxiliares:

- Buscar los antecedentes en la anterior ley española sobre la materia y en la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones.
- Analizar la nueva ley 16/2022 en sus puntos más relevantes.
- Estudiar el posible futuro de las nuevas figuras introducidas por la citada Ley 16(2022).

## 3. METODOLOGÍA

Dada la reciente publicación de la Ley 16/2022, y la más reciente aún entrada en vigor, no existe mucha documentación bibliográfica y menos aún sentencias del Tribunal Supremo que permitan un análisis en profundidad tanto de la posición doctrinal, lo cual impide realizar una Discusión sobre el distinto posicionamiento de los juristas, como doctrina del TS sobre la materia.

Cierto es que, con anterioridad, en el periodo de tramitación del Anteproyecto en las Cortes y la discusión de las enmiendas se publicaron trabajos comentando artículos determinados o dando una aproximación general

sobre el contenido, pero no fue hasta la aprobación de la Ley cuando comenzaron a publicarse trabajos más serios y de estos aún pocos.

Sera necesario esperar algunos meses para que pueda hablarse sobre el posicionamiento de la doctrina.

En cualquier caso, se ha hecho el trabajo establecido en los Objetivos sobre la base de comentarios de importantes juristas relacionados en la Bibliografía.

#### 4. OBJETIVOS DE LA LEY 16/2022 DE 5 DE SEPTIEMBRE DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL.

La Ley 16/2022, ha cambiado sustancialmente los mecanismos jurídicos de la anterior Ley Concursal y los ha adaptado a las exigencias de la Directiva 2019 de la UE. En realidad, puede decirse sin ninguna reserva que el procedimiento anterior ha sido dinamitado y un nuevo procedimiento le ha sustituido. Si el antiguo se limitaba, en un primer paso, a una comunicación al Juzgado Mercantil en el que se informaba que la empresa comenzaba las negociaciones con los acreedores para llegar a un plan de pago de las deudas y su objetivo era lograr un periodo de gracia de 4 meses que no servía más que para cubrir las apariencias y las normativas, en el actual procedimiento planteado por la nueva Ley el objetivo no es llegar a aquel acuerdo prácticamente imposible, sino dar viabilidad a un proyecto definido y satisfactorio para las partes.

Para ello, como es natural, la empresa debe presentar, no una simple comunicación sin mayor contenido, sino un plan viable. Hay, en general, una mayor y más detallista actuación procedimental con la aparición más definida o con mayor cometido de figuras que colaborarán con la autoridad judicial y, especialmente el procedimiento de refinanciación de deuda respaldada por el ICO.

En general, pueden establecerse cuatro marcos de actuación que estructura la nueva Ley y que posibilitan la aplicación práctica de la misma:

.- Plan por el que la empresa, en régimen de insolvencia, plantee los instrumentos preconcursales, con mayor incidencia en los planes de reestructuración que presentará a los acreedores. En dichos planes se

deben relacionar todos aquellos aspectos que interesen a los acreedores para inducirles a la aprobación de dichos planes como condición para la recuperación de sus créditos.

- Venta de las propiedades de la empresa en estado de preinsolvencia que pudieran liquidarse a su valor y sin afectar la marcha de la empresa.
- Establecer el régimen de procedimiento concursal.
- Exponer cómo se va a realizar la refinanciación de la sociedad y la deuda y el aval del Instituto de Crédito Oficial.

Este planteamiento se debe sujetar, desde luego, a las características de la empresa (por ejemplo, pymes) y a las especificaciones que, en cada caso, da la Ley 16/2022.

La Ley 16/2022, en su preámbulo, comienza afirmando que los sistemas de insolvencia tienen la finalidad de “...procurar una reasignación eficiente de los recursos productivos.”.

Y continua, en el mismo Preámbulo, explicando los llamados instrumentos preconcursales que deben ser “ágiles y con participación reducida de la administración concursal” y cuyo objetivo son los acuerdos entre las empresas que puedan considerarse como viables y los acreedores de las mismas. Haciendo especial incidencia en que el periodo de discusión debería ser lo más temprano y corto posible una vez constatadas las dificultades financieras en las que se encuentra la empresa.

Los legisladores entienden que para darse una situación favorable son necesarios estos nuevos instrumentos preconcursales que incrementarán la eficacia del procedimiento para superar la insolvencia de dos formas, la primera directamente posibilitando una reestructuración rápida y la segunda de forma indirecta al descongestionar el procedimiento concursal y liberar recursos que pueden ayudar mucho a una gestión acelerada y eficaz de los concursos. Es pues una nueva perspectiva diferente de la situación anterior que ralentizaba el procesos y, en muchos casos como ya se ha dicho, impedían una resolución que beneficiara a todos y abocaba a la desaparición de muchas empresas, especialmente de muchas pymes, que difícilmente pueden soportar los dilatados tiempos de

resolución del concurso y, de manera aún más incisiva, los elevados costes que supone.

La nueva Ley 16/2022, con los planes de reestructuración que propone “posibilita una actuación en un estadio de dificultades previo al de los vigentes instrumentos preconcursales”. Una de las grandes innovaciones que aporta, además de los dichos planes de reestructuración, es la de su carácter flexible y con un reducido tiempo de procedimiento respecto a los acuerdos de financiación.

Todo ello se asienta sobre una de las propuestas básicas de la nueva Ley, y es la de los avales por parte de ICO que permiten no sólo asegurar los legítimos derechos de los acreedores, sino también la tranquilidad de que la reformada empresa tendrá mayores posibilidades de salida de la situación preconcursal y pueda enfrentarse con la necesaria competitividad al mercado en el que opera.

También contribuye y mucho a que el procedimiento diseñado por los legisladores conceda a la empresa una segunda oportunidad dado que amplía el número de deudas que puedan ser exonerables, lo que evitará seguramente, la liquidación previa del patrimonio del deudor estableciendo un plan de pagos.

Cierto que tanto para las autoridades comunitarias que redactaron la Directiva 2019, como para los legisladores españoles, por lo que se refiere a la legislación española, como para el mundo empresarial se trata de una ley muy ambiciosa que plantea unos retos difícilmente calibrables en este momento dado lo reciente de su promulgación, pero también es cierto que el sistema anterior no podía mantenerse y la Ley cumple una resolución que obliga a los miembros de la UE a adaptar la Directiva con fidelidad a la misma.

Aun cuando, como indica el citado Preámbulo, deja margen a que su adaptación se adecue a las legislaciones nacionales y que sus legisladores adopten la forma que les parezca más oportuna en sus diferentes países con el objeto de alcanzar de la mejor manera el objetivo expresado.

Y, por último, por casi unanimidad entre los expertos en la materia se considera necesaria y con buenas expectativas de solucionar los problemas que, por lo menos en nuestro país, teníamos planteamos.

Respecto a las modificaciones, aun cuando suponen una amplísima modificación de toda la anterior Ley Concursal, es especialmente destacable la modificación del Libro Segundo que está dedicado al Derecho Preconcursal y que va de los artículos 583 al 684.

## 5. EL CONTENIDO DE LA LEY 16/2022. PRIMERA PARTE.

Respecto al contenido, la Ley 16/2022 en su Artículo Único, y por lo que interesa a este trabajo, en el Apartado 2º define la situación de insolvencia en dos supuestos: insolvencia actual e insolvencia inminente. En el primero sitúa al deudor que “no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”. En el segundo a aquel deudor que considera que no podrá hacer frente a sus obligaciones de manera regular dentro de los tres meses siguientes<sup>182</sup>.

En el apartado 4º Ley 16/2022 se modifica el artículo 7 del texto precedente, el cual se refiere a la solicitud de declaración de concurso que deberá ir acompañada por cuatro documentos:

1. Memoria de la historia económica y jurídica del deudor. Deberá ser exhaustiva e incluir actividades, relación de establecimientos, oficinas, fabricas, explotaciones que posea y explicar las causas del estado de insolvencia que presente.
2. Inventario de bienes y derechos que constituyan su patrimonio que incluya todas las características de los mismos.
3. Relación de los acreedores con las identificaciones completas de los mismos, el monto del crédito y sus vencimientos respectivos, cuantos haya, así como las garantías personales o reales de que disponga, si dispone de ellas. En el caso que algún acreedor hubiere reclamado judicialmente incluir la situación del procedimiento y el estado de las actuaciones.

---

<sup>182</sup> Artículo 2º, apartado 3º del anterior texto.

4. El número de trabajadores, si los hubiere, su afección a centros de trabajo y la identidad de los miembros de los órganos de representación de dichos trabajadores.

Es decir, lo que se solicita al deudor es la mayor cantidad de datos de identificación y las cuantías de los créditos con todos los datos que les afecten. Con todos los datos sobre la mesa serán más rápidas y eficaces las discusiones y actuaciones.

Las modificaciones a los artículos 10º, 11º se refieren a la tramitación de la solicitud por parte de la autoridad judicial que corresponda. El juez que corresponda debe examinar la solicitud el mismo día de recibirla o el siguiente hábil. Lo cual indica la celeridad que se quiere dar al procedimiento. Si la solicitud, en opinión del juez, incluye cualquier defecto material o procesal o el juez considera insuficiente la documentación aportada, dará al deudor un único plazo de justificación que no excederá de tres días.

El apartado 2 del artículo 20º queda modificado en el sentido de que, si el deudor declarase que no se encuentra en insolvencia, deberá justificar su solvencia.

Respecto a la práctica de las pruebas que viene en el artículo 23 del anterior texto, se modifica en el sentido que las pruebas que sean declaradas pertinentes se practicarán inmediatamente y esta práctica deberá realizarse en diez días como máximo.

Todo el procedimiento de presentación de la documentación general ha sido reducido al máximo para evitar que aquel se alargue como venía ocurriendo con la anterior ley. La agilidad del nuevo procedimiento, que incluye plazos muy reducidos para las actuaciones del judiciales permitirán, con casi toda seguridad, que el proceso no sólo se agilice, sino que se reduzcan los errores y, especialmente, la falta de aportación de información que en este nuevo planteamiento han quedado reducidas a las mínimas necesarias. Destacan los tiempos dados a los jueces para la tramitación de la documentación y del procedimiento.

Las modificaciones realizadas en el artículo 31º también son amplias e importantes para los nuevos procedimientos. El letrado de la

Administración de Justicia, el mismo día en que sea declarado el concurso, deberá proceder a la formación de la sección primera, en el caso que el concurso se hubiera declarado por petición del deudor. Esta sección contendrá todos los documentos presentados por el deudor y seguidamente procederá a la formación de las secciones segunda, tercera y cuarta encabezadas por el auto o la sentencia de declaración del concurso, en su caso. La sección quinta se formará en el caso que el deudor hubiese solicitado la liquidación de la masa activa.

También es importante que el auto de declaración de concurso se notificará, por medios electrónicos, a la Agencia Estatal de Administración Pública y a la Tesorería de la Seguridad Social.

El nuevo artículo 35 urge al letrado de la Administración de Justicia a remitir, por medios electrónicos de nuevo, el mismo día de que el administrador concursal acepte el cargo, al Boletín Oficial del Estado y al Registro público concursal, el edicto de la declaración de concurso para su publicación en el suplemento del tablón judicial edictal primero “para que sea publicado con la mayor urgencia” y su registro en el segundo. También indica en dicha modificación los datos que deberán ser incluidos y publicados.

Son importantes, a nuestro entender, estas primeras modificaciones que afectan a la primera parte de la Ley por cuando se refieren al procedimiento y agilizan considerablemente su duración, uno de los más preocupantes problemas que acarrearaba la anterior legislación y que impedía, como se ha dicho, gran número de soluciones que pudieron, en su momento, salvar de la quiebra a muchas empresas.

## 6.- EL CONTENIDO DE LA LEY 16/2022. SEGUNDA PARTE

En esta segunda parte del análisis de la Ley 16/2022 nos centraremos en los cambios que han modificado prácticamente todo el Libro II que en la nueva versión se divide en cinco títulos. El Título I determina los presupuestos subjetivo y objetivo. El Título II se dedica a cómo debe desarrollarse la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración. El Título III desarrolla la aprobación, homologación judicial y régimen de impugnación del plan de

reestructuración. El Título IV está dedicado al nombramiento y el estatuto del experto encargado de la reestructuración. Esta es una nueva figura que aparece en la Directiva 2019 de la UE para determinados casos. Y, por último, el Título V se refiere a determinadas especialidades para deudores que no lleguen a umbrales concretos.

Respecto al Presupuesto subjetivo, que aparece en el Libro II, Título I: de los presupuestos del precurso en su artículo 583, dice en su primer apartado que cualquier persona, sea natural o jurídica, que sea empresario o profesional puede efectuar la comunicación de apertura de negociaciones con los proveedores o solicitar la homologación de un plan de reestructuración siguiendo a lo que prescribe en este libro. Aunque deja fuera del presupuesto subjetivo una serie de empresas, entidades de crédito, depositarios centrales de valores y otros tipos de entidades financieras, además de las entidades que forman parte de la organización territorial del Estados, organismos públicos y entes de derecho público. Es decir, se incluyen en este presupuesto subjetivo preferentemente empresas y despachos profesionales y se niegan esta adscripción a los entes que sean del sector público y las que de una manera u otra formen parte del mundo financiero. Dado que sus respectivos negocios son controlados por otro cuerpo legal.

En el siguiente artículo 584 se trata del presupuesto objetivo y se refiere a la comunicación de apertura de las negociaciones u homologación de un Plan de reestructuración que se iniciará si el deudor se encuentra en probabilidad de insolvencia inminente o actual. Y se entenderá que existe probabilidad de insolvencia cuando sea razonablemente previsible que de no concertarse un plan de reestructuración el deudor no podrá cumplir, de una manera regular, sus obligaciones en los próximos dos años.

Lo que se intenta con estos primeros artículos del Libro II es establecer las normas básicas de procedimiento: es decir establecer los objetivos, determinar las insolvencias y cuál es el momento en que debe iniciarse todo el proceso. De esta manera quedan claras las circunstancias que lo inician y motivan.

Los artículos 585 al 593, que corresponden al Título II, están dedicados a la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores. El

deudo que puede caer en insolvencia o insolvencia inminente puede comunicar al juzgado competente que tiene la intención de entrar en negociaciones con sus acreedores o que ya las está manteniendo para acordar un plan de reestructuración que permita superar la situación. Si el deudor se encuentra en situación de insolvencia actual puede presentar la comunicación anteriormente citada siempre que no se haya admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario.

El contenido de la comunicación viene expuesto en el artículo 586: deberá realizarse a través de la sede judicial electrónica y contendrá las razones que justifican tal comunicación, fundamento de la competencia del juzgado para conocer la comunicación, relación de acreedores, con el respectivo importe de los créditos, actividades que desarrolle el deudor, número de trabajadores, teléfonos, bienes o derechos que considere necesarios para continuar con su actividad, contratos imprescindibles para continuar con ésta, en caso de la existencia de crédito público que pudiera ser afectado, acreditación de hallarse al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social.

En definitiva, todos los documentos, referencias y títulos que fueran necesarios para que el juzgado competente pueda evaluar la real situación de la empresa que se declara ser insolvente. El letrado de la Administración de Justicia tiene dos días para estimar si el juzgado es competente y que la comunicación no presente defectos formales, en este último caso el dicho Letrado dará al que presente la comunicación dos días para realizar las enmiendas y una vez presentadas, y siempre que sean corregidos los defectos, dictará resolución de admisión.

En realidad, todos estos trámites son prácticamente iguales a los que figuran en el Libro I y que ya se han analizado anteriormente en este trabajo.

El artículo 589 trata de la competencia internacional y territorial y deja al arbitrio del letrado de la Administración de Justicia la decisión sobre si el juzgado es competente para recibir la comunicación y si considera que no es competente informará de su dictamen al juez el cual oír al comunicador y al Ministerio fiscal y en el plazo de cinco días la resolución sobre la competencia mediante auto. Contra el auto puede interponerse recurso de apelación.

Sobre el contenido de la resolución, se expresa el artículo 590, que en sus apartados 1º y 2º relaciona los datos del deudor o deudores que presentaron la comunicación y los motivos por los que consideran que el juzgado es competente y otros datos que sean de interés para la formulación de la resolución de competencia. Incluyendo las ejecuciones en marcha contra bienes que se consideren necesarios para la continuidad de la empresa y aquellos otros factores que incidan sobre las garantías dadas. El letrado de la Administración de Justicia remitirá, por medios electrónicos a las autoridades judiciales que conozcan de las ejecuciones para que procedan a su suspensión.

Con lo cual se protege, no tanto al deudor, que también, como a las posibilidades de supervivencia de la empresa ya que trata de incrementar la masa de bienes que puede entrar en las negociaciones con los acreedores, incluso de aquellos que ya hayan ejercido acciones judiciales contra estos bienes, de manera que la empresa pueda contar con los bienes más necesarios para continuar con sus operaciones.

Ahora bien, también autoriza a los acreedores a interponer recurso de revisión contra la resolución aun cuando lo limita a tres supuestos:

1. Que la comunicación se haya presentado dentro del año anterior.
2. Que los bienes y derechos ejecutados o que se pretenda ejecutar sean necesarios para la continuidad de la empresa
3. Que los efectos de la comunicación no se extiendan a determinadas garantías otorgadas por tercero.

Por otra parte, todos los acreedores están facultados para formular declinatoria porque consideren falta de competencia internacional o territorial, pero deberán hacerlo en el plazo de diez días a contar desde la publicación en el Registro público concursal. Si la comunicación tuviera carácter reservado el plazo contará desde que el acreedor tuviese conocimiento de la misma.

Lo que nos parece, de nuevo, importante es la celeridad que se da a estos trámites: el recurso contra la resolución debe presentarse dentro de los cinco días a contar desde la inscripción de la resolución en el Registro público concursal y en las ejecuciones en tramitación, "...desde la

notificación de la resolución por la que la autoridad judicial que estuviera conociendo de la ejecución la suspenda.”

Los artículos 594 a 596 trata de los efectos de la comunicación que serán nulos sobre la administración y disposición de los bienes y derechos del deudor y, asimismo, tampoco el nombramiento de un experto en reestructuración que puede decidir el juez tendrá efecto sobre dichos bienes. Tampoco, dicha comunicación, tendrá efectos sobre los vencimientos anticipados de los créditos. Por otra parte, no tendrán validez las cláusulas contractuales que modifiquen los términos y condiciones de los créditos, incluidos los vencimientos anticipados.

Asimismo, si el crédito está respaldado por garantías personales o reales de un tercero podrá hacerla efectivo si el crédito hubiera vencido. Y, por último: “...la comunicación suspenderá la ejecución de las garantías personales o reales prestadas por cualquier otra sociedad del grupo no incluida en la comunicación cuando así lo haya solicitado la sociedad deudora acreditando que la ejecución de la garantía pueda causar la insolvencia del garante y de la propia deudora.”

Es interesante, entendemos, la Sección 4 que contempla los efectos de la comunicación sobre las acciones y procedimientos ejecutivos. Se prohíbe a los acreedores iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales, hasta tres meses después de que se haya presentado la comunicación. Se suspenden, de manera automática las ejecuciones en tramitación hasta que no transcurran tres meses desde la presentación de la comunicación.

Aun cuando los titulares de derechos reales de garantía si pueden, en determinados casos, iniciar o seguir con ejecuciones judiciales o extrajudiciales.

En cualquier caso, las ejecuciones suspendidas o las que se quieran iniciar serán posibles con permiso del juez competente siempre que los bienes y los derechos incursos no sean necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional. Y, en todo caso, transcurridos tres meses desde la presentación de la comunicación.

## 6. CONCLUSIONES

La Ley 16/2022 que incorpora la trasposición de la citada Directiva 19 de la UE, ha supuesto una reforma casi total de la Ley Concursal española que se evidenciaba, desde hace muchos años, como muy mejorable e incluso como un obstáculo a toda la problemática del tratamiento de la insolvencia empresarial y profesional. Y más aún se evidenciaba esta problemática en los llamados instrumentos preconcursales que necesitaban una profunda renovación. Cuatro son las principales novedades que presenta la Ley aun cuando no son las únicas, por cuanto la nueva Ley introduce gran cantidad de cambios que en muchos casos significan cambios extensos en los textos del articulado y en otras la prácticamente toda la sustitución del Libro II por textos nuevos.

En primer lugar, destacamos los instrumentos preconcursales y el régimen de preinsolvencia junto con los nuevos planes de reestructuración. Estas herramientas que se han puesto a disposición de las autoridades judiciales, de la empresa y del deudor en general, se caracterizan por una mayor agilidad y flexibilidad configurándose como instrumentos que permitirán una reestructuración de la deuda desde la perspectiva inclusiva de hacer partícipes a todos los agentes con intereses en dicha empresa: accionistas, trabajadores, acreedores y autoridades económicas. Desde luego, todos ellos deberán realizar sacrificios, cada uno en su sector y según sus características, pero el objetivo final de los legisladores es salvar la empresa y los puestos de trabajo a través de garantizar un futuro para todos ellos.

En segundo lugar, la posibilidad de vender unidades productivas que posibiliten una refinanciación de la empresa y aseguren así una más pronta recuperación de créditos. El nombramiento de un experto para asesorar en el procedimiento de valoración y venta por parte del juez limita posibles suspicacias de las partes y, por lo general, acelera el proceso.

En tercer lugar, el régimen de procedimiento judicial se ha acelerado en sus plazos y agilizado en sus trámites por lo que hay previsiones de que todo el procedimiento será más rápido y más eficiente, descartándose los largos meses o años que eran frecuentes en el pasado.

Y, por último, un instrumento que avala el procedimiento de refinanciación de la deuda, los avales del Instituto de Crédito Oficial (ICO), que permiten suavizar el impacto que una reestructuración de los derechos de los acreedores significando para ellos un aval tanto financiero como de confianza en el futuro de la empresa. Es una solución a cargo del organismo público que permite agilizar todo el proceso de conversaciones entre las dos partes, dado que la solución mejor para todos es que la empresa tenga un futuro.

Por todo ello, entendemos que la Ley 16/2022 se presenta como una solución válida que solucionará en gran parte la situación anterior.

## 8.- BIBLIOGRAFIA

- Azagra Malo, J., Gómez Pomar, F. y Segura Moreiras, A. (2022). “La reforma concursal 2022, la moratoria concursal y los incentivos e instar el concurso.” *Rev. Actualidad Jurídica Uría Moreiras*, núm 59.
- Azagra Malo, J. y Tagliavini Sansa (2022). *Conclusión: El concurso sin masa no es con masa insuficiente*. *Rev. Actualidad Jurídica Uría Moreiras*, núm 59.
- Boldó Roda, C. (Dir.) (2021). *Derecho Preconcursal y segunda oportunidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Colex (2022). *Ley Concursal y legislación complementaria: contiene concordancias, legislación complementaria e Índice analítico*. Madrid: Colex.
- Gallego Sánchez, E. (2022). *Derecho Concursal y Preconcursal. Texto refundido de la Ley Concursal tras la reforma por la Ley 16/2022*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Lefebvre, F. (2022) *Guía Rápida Reforma Concursal Ley 16/2022*. Madrid: Lefebvre.
- Martínez Muñoz, M. y Veiga Copo, A.B. (2019). *La calificación del concurso de acreedores. Una institución necesaria*. Pamplona: Aranzadi.
- Pérez Benítez, J.J. (2022). “La reforma en ciernes del Derecho preconcursal: aprobación, homologación e impugnación de los planes de restauración preventiva”. *Rev. El Derecho.com*, 20/05/2022.
- Tecnos (2022) *Ley Concursal*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Veiga Copo, A.B. (Dir.), Martínez Muñoz, M. (Coord.) (2020). *El acreedor en el Derecho concursal y preconcursal a la luz del texto refundido la Ley Concursal*. Madrid: Civitas.

LOS MEDIOS DE PAGO EN EL DERECHO  
DEL COMERCIO INTERNACIONAL.  
ESPECIAL REFERENCIA AL CRÉDITO DOCUMENTARIO

---

ESPERANZA GÓMEZ VALENZUELA  
*Universidad de Almería*

## 1. INTRODUCCIÓN

En toda operación mercantil de carácter internacional, las partes han de acordar, en el contrato de compraventa o en el intercambio entre la oferta y la demanda, el medio de pago para liquidar la operación y en el momento que hay que liquidarla<sup>183</sup>.

Por lo tanto, los medios de pago internacionales son utilizados en el ámbito de la compraventa internacional, donde nacen una serie de obligaciones. Por ejemplo para el vendedor, su obligación principal es entregar la cosa vendida en el lugar, tiempo y modo acordados y corre con los gastos y riesgos hasta ese momento. De otro lado el comprador tiene la obligación de aceptar la mercancía o el servicio en el lugar, tiempo y modo pactados, corriendo con los gastos y riesgos desde ese momento y, por supuesto, pagar su precio<sup>184</sup>.

Las condiciones en las que esto se produce son:

- Condiciones de entrega: la determinación de la forma, lugar y tiempo en que deberá tener lugar la entrega de la mercancía, por lo que las partes han de negociar el INCOTERM por el cual se define las condiciones de entrega.

---

<sup>183</sup> Véase SERANTES, P. (2001), "Medios de Pago Internacional. Casos prácticos". ICEX.

<sup>184</sup> Véase PARDO LIDON, F.J., "Medios de cobro y pago en el comercio internacional", 2003.

- Condiciones de Pago: es la contrapartida derivada de la recepción de la mercancía por parte del comprador, el pago de ésta.

Este pago tiene distintas posibilidades en función de las siguientes variables:

- Pago previo a la entrega.
- Pago simultáneo a la entrega.
- Pago posterior a la entrega.

Con respecto al momento del pago, se hablará de pago por anticipado y así lo querrá establecer el vendedor (exportador) cuando el crédito del importador sea bajo, cuando existen situaciones de inestabilidad política o económica en el país del importador o similares. Quien financiará la operación será el comprador<sup>185</sup>.

En otras situaciones, la búsqueda de equilibrio entre comprador/importador y vendedor/exportador puede llevar a que el pago se efectúe en el momento del embarque. El comprador no asume así el riesgo de efectuar un pago en tanto no tenga la certeza de que la mercancía ha sido embarcada (lo cual hay que demostrar con los documentos que se hayan pactado). El vendedor busca obtener la seguridad en el pago desde el momento en que embarcan las mercancías<sup>186</sup>.

Finalmente, en situaciones de otro tipo el pago se realiza con posterioridad al embarque. En definitiva, el vendedor demora el cobro un cierto tiempo, financiando la operación. Su conducta se justificaría a veces por razones de competencia comercial con otros suministradores.

Con respecto a lo factores a tener en cuenta para la elección del medio de pago internacional estos están relacionados principalmente con: La confianza existente entre las partes contratantes, la ausencia o no del riesgo de transferencia (riesgo país), el plazo de reembolso, la solvencia del importador, la agilidad del medio de pago elegido, la situación

---

<sup>185</sup> Véase MARQUEZ, J.R., LAGO, P., GONZALEZ, C. (2007), "Medios de pago" Guía del Usuario, PIRÁMIDE.

<sup>186</sup> Véase MOLINA MARTÍNEZ, L., *El Crédito Documentario y sus Documentos* (2001), Edit. FC Editorial.

económica y política del país del comprador, los costes y comisiones que conlleva cada medio de pago, la relación de fuerza entre las partes.

El análisis del conjunto de todos estos elementos es imprescindible para realizar una elección acertada para lo que es, asimismo, necesario conocer la operativa de los distintos medios de pago.

## 2.- ESTRUCTURA DE LOS MEDIOS DE PAGO INTERNACIONALES

### 2.1.- DISTINTAS CLASIFICACIONES

Los medios de pago internacionales se estructuran en simples, o no documentarios, y documentarios, en función de la existencia de documentos comerciales, o no, como elementos esenciales del pago<sup>187</sup>. Los documentos comerciales son todos aquellos documentos, exceptuando los financieros, necesarios para acceder al cobro de la operación.

### 2.2.- MEDIOS DE PAGO SIMPLES Y MEDIOS DE PAGO DOCUMENTARIOS

Con respecto a los medios de pago simples son los siguientes:

- Billeto.
- Cheque personal.
- Cheque bancario.
- Orden de pago simple (transferencia).

Con respecto a los medios de pago documentarios son los siguientes:

- Orden de pago documentaria.
- Remesa simple.
- Remesa documentaria.
- Crédito documentario.
- Cartas de crédito stand by.

Por cuestiones de espacio, en el presente trabajo sólo analizaremos el cheque y la transferencia como medios de pago simples y el crédito

---

<sup>187</sup> Véase HERNANDEZ MUÑOZ, L. (2003), *Los Riesgos y su Cobertura en el Comercio Internacional*, Edit FC EDITORIAL.

documentario en el que nos detendremos más indicando la regulación que encontramos en el Derecho transnacional a través de la Cámara de comercio internacional de París y concretamente de las Reglas 600 y su tipología.

### 3.- EL CHEQUE Y LA TRANSFERENCIA

El cheque bancario es un documento emitido por una entidad bancaria de un país, a petición de un importador de ese mismo país, contra el mismo o a cargo de otra entidad bancaria, normalmente ubicada en un país diferente, a favor del exportador de la operación cuyo pago se desea cancelar.

El cheque bancario como Medio de Pago Internacional exige la intervención de las siguientes partes:

- COMPRADOR: Acudirá a su banco para solicitar la emisión del cheque bancario.
- Banco Emisor (Banco del COMPRADOR): Banco que libra el cheque
- Banco Pagador (Banco del VENDEDOR): Es el banco librado en el cheque y, por tanto, el que está obligado a pagar.
- VENDEDOR (Beneficiario): Persona o entidad designada en el cheque, que tendrá que presentarlo al librado para su pago.

Se trata de uno de los medios de pago más utilizados en el comercio exterior, por su fácil tratamiento operativo y su coste respecto a otras opciones de pago o cobro<sup>188</sup>.

Por otra parte con respecto a la transferencia internacional el importador paga a través de su entidad financiera al exportador. Pueden realizarse en cualquier divisa convertible y cotizada en los mercados internacionales y en las que exportador e importador tengan expresada la deuda.

---

<sup>188</sup> Vease GOMEZ CÁCERES, D.; MARQUEZ ZORNOZA, F. (2006), *La Banca en el Comercio Internacional*, Edit:Esic.

En ocasiones, se realiza el pago previo al envío de la mercancía, total o parcialmente, en respuesta a una exigencia de la parte vendedora en la negociación.

Por el contrario, si prevalece una situación de confianza mutua o se deriva de la posición negociadora del importador, puede expedirse la mercancía con antelación a la recepción del pago.

En este caso, el exportador asume el riesgo de que el importador no ordene la transferencia una vez retirada la mercancía (riesgo de impago).

Una transferencia internacional es aquella que tenga como destino una cuenta corriente ubicada en un país distinto al de la cuenta desde la que se envía el dinero.

La mayoría de las cuentas corrientes, aunque no todas, permiten a sus titulares realizar transferencias internacionales, como mínimo a los países de la zona SEPA (países que tienen el euro como moneda).

No obstante, además de los bancos tradicionales, podemos servirnos de otros canales para realizarlas:

- Bancos fintech
- Compañías fintech de transferencias internacionales
- Servicios basados en la tecnología blockchain
- Empresas de giros postales

Con respecto a las fases de las transferencias hemos de indicar:

En primer lugar, en las transferencias internacionales con pago a la recepción de la mercancía:

1. Firma de acuerdo de compraventa, recogiendo entre otras cuestiones el medio de pago utilizado.
2. El exportador embarca la mercancía junto con los documentos necesarios para retirar las mismas (riesgo de impago).
3. El importador, una vez recibida la mercancía, da instrucciones a su entidad para efectuar el pago por transferencia a favor del beneficiario, según los términos recogidos en el acuerdo de compraventa.
4. La entidad del importador emite la orden de transferencia.

## 5. La entidad del exportador abona los fondos al beneficiario.

Con respecto a las diferencias entre transferencias internacionales y europeas:

- En las transferencias internacionales distinguimos entre las que se realizan dentro de Europa o la Zona SEPA y las dirigidas al resto de los continentes. Las diferencias entre unas y otras son sustanciales:
- En las transferencias SEPA en euros, aunque tienen como destino un país diferente al de la cuenta emisora, se gestionan igual que las nacionales: tienen el mismo coste, tardan lo mismo en llegar (un día hábil) y son muy sencillas de ESTO ES: La zona SEPA (Single Euro Payment Area) permite efectuar transferencias en euros dentro de la Unión Europea. Esta red también incluye los 4 países de la AELC (Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza), 4 microestados (Andorra, Mónaco, San Marino y el Vaticano) y el Reino Unido<sup>189</sup>.

La zona SWIFT (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication) permite efectuar transferencias en moneda extranjera en todo el mundo. También se llaman transferencias "Fuera de la zona SEPA".

Las transferencias internacionales, en cambio, suelen tardar más en llegar y son más caras.

### 3.1. ¿QUÉ COMISIONES INCLUYEN ESTAS TRANSFERENCIAS?

Si queremos hacer transferencias bancarias internacionales a países de la zona SEPA, el coste que nos aplicará nuestro banco será exactamente el mismo que nos aplique por las transferencias nacionales. Es decir, que si nuestro banco nos permite enviar dinero entre cuentas españolas

---

<sup>189</sup> Véase CABRERA CÁNOVAS, A (2020), "Las Reglas INCOTERM 2020", *Manual para usarlas con eficiencia*, Edit. Marge Books; MIGUEL ANGEL DIAZ MIER, (2017), "Técnicas de Comercio Exterior", PIRÁMIDE.

gratis, también podremos enviar dinero sin coste a Alemania, Italia o Francia, por ejemplo.

Esta cuestión cambia en las transferencias internacionales fuera de la zona SEPA. No existe el modo de evitar pagar comisiones al hacer este tipo de transferencias si se hacen a través de un banco tradicional. Esto se debe a que esta transacción supone un coste elevado para las entidades, pues incluye cambio de divisa, la participación de otros bancos mediadores, etc.

En este tipo de envíos de dinero internacional tenemos la opción de escoger quién asumirá los costes de la transferencia: el emisor, receptor o entre ambos. Estas son las opciones.

- Opción OUR. Pagará los costes de la transferencia la persona que la ordene. De esta forma, el receptor recibirá la totalidad del dinero. Generalmente, los bancos aplican por defecto este formato de pago de comisiones.
- Opción SHA. Se comparten todos los gastos y comisiones, es decir, cada uno pagará su parte.
- Opción BEN. Será el beneficiario quien se haga cargo de la totalidad de los gastos y comisiones y, por tanto, recibirá el importe de la transferencia, pero deberá restarle todos los gastos. Es la opción menos usada y algunos bancos ya ni la ponen a disposición de sus clientes.

## 4. EL CRÉDITO DOCUMENTARIO

### 4.1.- DEFINICIÓN, PROCEDIMIENTO Y PARTES INTERVINIENTES

El crédito documentario es una operación bancaria en la que el vendedor se asegura el COBRO de la mercancía gracias a una garantía bancaria y el comprador se asegura la recepción de esa mercancía pagada.

Por tanto, nos encontramos ante una operación de doble garantía: el comprador garantiza recibir la mercancía y el vendedor se garantiza cobrarla. Es un tipo de crédito que se utiliza principalmente en el comercio internacional, donde la seguridad de pagos y cobros es menor.

Procedimiento y partes que intervienen en un crédito documentario

El procedimiento más habitual del crédito documentario es el siguiente:

En primer lugar, el crédito documentario se inicia cuando el COMPRADOR da la orden de pago a su BANCO. El importador tiene que comunicar al exportador que va a garantizar la operación con este crédito, para que el exportador lo comunique a su banco (banco del VENDEDOR).

El banco del COMPRADOR efectuará el pago en el momento en que el banco del VENDEDOR acredite que la mercancía ha sido enviada de forma correcta. El banco del VENDEDOR tendrá que justificarlo presentando toda la documentación de la operación.

El banco del COMPRADOR realizará el pago al banco del VENDEDOR independientemente de que el COMPRADOR tenga saldo o no en la cuenta. Es decir, el banco del COMPRADOR es el que garantiza la operación.

#### 4.2. REGULACIÓN EN EL DERECHO TRANSNACIONAL Y CARACTERÍSTICAS DEL CRÉDITO DOCUMENTARIO

El marco legal que regula el funcionamiento de los créditos documentarios ha sido diseñado y recogido en publicaciones por la CCI y está constituido por las llamadas «Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios, publicación 600 revisión 2007» (ICC Uniform Customs and Practice Form Documentary Credits UCP 600, en versión inglesa). Las RRUU, a pesar de gozar de una práctica total aceptación a escala mundial, no están apoyadas por ninguna convención o tratado internacional, por lo que se constituyen en una regulación privada.

Lo usual es que al final de los textos de los créditos documentarios exista una leyenda que indique que el crédito está sujeto a las RRUU 600. Si así se dice, indica que obligan a todas las partes, salvo en lo que el crédito modifique o excluya de forma expresa (artículo 1 de las RRUU).

Una de las características más importantes de los créditos documentarios es su IRREVOCABILIDAD que supone que ninguna de las partes que intervienen en el crédito documentario pueda anular, modificar, etc., el contenido del condicionado ni ninguna de sus cláusulas, si no es con

autorización de todas las partes. Precisamente esta característica es la que proporciona seguridad jurídica al exportador. Señalan las RRUU 600 en su art. 3 que *“un crédito es irrevocable incluso aunque no haya indicación al respecto. Es decir, que para que un crédito tenga la característica de revocabilidad lo debe decir expresamente”*.

Los créditos documentarios, por su propia naturaleza, son operaciones independientes de la venta o cualquier otro tipo de operación, aunque su base causal descansa precisamente en la operación mercantil. Significa que los bancos intervinientes en el crédito, una vez emitido este, no pueden rechazar sus obligaciones de pago, aceptación o negociación basándose en el incumplimiento del contrato de compraventa. Los bancos actúan basándose única y exclusivamente en los documentos que se les presentan siendo ajenos a las relaciones contractuales entre exportador e importador<sup>190</sup>.

Las principales fechas que figuran en los créditos son:

- De emisión: es aquella a partir de la cual el crédito se encuentra disponible por parte del exportador.
- De embarque: es en la que debe producirse el embarque de la mercancía.
- De vencimiento: último día, si no existe otra fecha, para presentar documentos y, por tanto, para percibir el importe de la operación si estos son conformes.

Para presentación de documentos: como su nombre indica, es aquella en la que el exportador debe presentar los documentos que exige el crédito al banco pagador. Se entiende que si no figura esta fecha en el crédito será la del día del vencimiento.

Fechas de los distintos documentos: un documento puede estar fechado con anterioridad a la fecha de emisión del crédito, pero no puede estar fechado con posterioridad a la fecha de su presentación.

---

<sup>190</sup> Véase GARCÍA TRIUS, A, *Los 100 documentos del Comercio Exterior*, GLOBAL MARKETING.

Fecha del seguro de transporte: no debe ser posterior a la fecha del embarque, a menos que en el documento del seguro se establezca que la cobertura es efectiva desde una fecha que no sea posterior a la del embarque.

Otra de las características más reseñables del crédito documentario cómo medio de pago es la posibilidad de realizar reservas de los documentos. De esta forma, el momento crucial de la operativa del crédito documentario es el de la presentación de documentos y revisión de los mismos por parte del banco designado, el banco confirmador si lo hubiere, y el banco emisor del crédito.

Se debe tener muy presente, como ya se ha indicado, que los bancos operan con documentos haciendo abstracción del contrato de compraventa que ignoran y, por tanto, de las obligaciones contractuales entre importador y exportador. Es decir, se basan en el concepto de literalidad y aspecto aparentemente conforme de los documentos que se les presentan.

El artículo 14 de las RRUU 600 fija unas normas para el examen de documentos por parte de las entidades financieras. El artículo 15 de las citadas reglas dice que si el banco emisor y el confirmador determinan que una presentación de documentos es conforme, deben honrar sus obligaciones de pago, aceptación o negociación. En el supuesto de que alguno de los bancos intervinientes determine que algún documento no ha sido presentado o, habiéndose hecho, muestra alguna irregularidad, discrepancia, etc., puede rechazar su obligación de pago, aceptación o negociación del crédito.

El artículo 16 de las RRUU 600 indica las formas de actuar de los bancos en los supuestos de que algún documento presente reservas. En todo caso, lo que sí conviene tener muy en cuenta es que al ser un pago «contra documentos conformes» el exportador tiene que ser extremadamente escrupuloso tanto en la confección de los mismos, como en respetar exactamente los tiempos marcados por las fechas que figuran en el texto del crédito documentario. Si así se realiza, se puede aseverar que el crédito documentario es un medio muy seguro del cobro de las exportaciones, con algunas precauciones respecto a la calidad y solvencia del

banco emisor y del país donde se encuentra ubicado, como se verá más adelante.

Pueden indicarse que las reservas más habituales que se dan respecto a los créditos documentarios son las siguientes:

- Crédito caducado.
- Los documentos no se presentan dentro del plazo de validez del crédito.
- No se aportan todos los documentos exigidos o faltan ejemplares de alguno de ellos.
- Embarque fuera de fecha.
- Importe incorrecto.
- Los documentos no concuerdan entre sí.
- Los puntos de expedición y destino de la mercancía son distintos a los que figuran en el crédito.
- Los documentos que lo precisan no están debidamente endosados.
- Anotaciones en el conocimiento de embarque (conocimientos sucios).
- Figuran embarques parciales cuando están prohibidos en el crédito.
- Faltan firmas en algún documento, cuando así se ha requerido.
- Certificado o póliza de seguros fechados posteriormente al embarque.
- -Errores tipográficos no subsanados.
- -Mercancías embarcadas en cubierta (*on desk*) cuando no está autorizado.
- Etc.

Existen muchas más, ya que hay que considerar aquellas que son privativas de cada documento, no obstante, se han destacado las más habituales. En todo caso, el exportador debe ser extremadamente cuidadoso en la confección y presentación de documentos, no aceptando a priori la exigencia de presentación de algún documento de difícil obtención.

## 5. CONFIRMACIÓN Y SUS EFECTOS

La confirmación es un acto en virtud del cual un tercer banco –normalmente el avisador– si decide confirmar el crédito a instancias del banco emisor, se subroga en todas las obligaciones de este y, especialmente, en la más importante de todas ellas que es la de pagar, negociar o aceptar letras de cambio giradas por el exportador. La confirmación del crédito es solicitada por el exportador al importador, y este a su banco.

Esta solicitud se realiza en el contexto del contrato de compraventa mediante una leyenda igual o parecida a esta:

«Forma de pago mediante crédito documentario irrevocable y confirmado por un banco español de primera categoría». Es lógico este matiz ya que si el exportador solicita la confirmación es porque no tiene suficiente confianza en el banco emisor del crédito y/o en la solvencia del país comprador.

Por ello pide que sea un banco de primera categoría el confirmador pues no tendría sentido que el banco confirmador tuviera menor solvencia que el banco emisor, dicho en términos coloquiales «que el garante sea menos solvente que el garantizado».

El banco emisor no pondrá ningún inconveniente en solicitar la confirmación al banco intermediario, pues su riesgo no se agrava por esta circunstancia, haciéndolo mediante la siguiente leyenda al final del texto del crédito documentario: «Rogamos añadan su confirmación». El banco intermediario español no tiene obligación de confirmar, pues es un riesgo que va a soportar, por lo que estudia la solvencia del banco emisor y del país de ubicación para tomar una decisión en este sentido.

La confirmación equivale a una garantía superpuesta a la del banco emisor, de esta forma aun cuando este último, por motivos no imputables al

beneficiario, no cumpla con sus compromisos contraídos en la apertura del crédito documentario, el beneficiario cuenta con la seguridad de que los mismos serán atendidos por el banco confirmador ante la presentación de documentos conformes. Otra ventaja para el exportador es que en caso de discrepancias los tribunales competentes son los del país del banco confirmador<sup>191</sup>.

## 6. TIPOS DE CRÉDITOS DOCUMENTARIOS:

En primer lugar puede hablarse de los Créditos documentarios pagaderos a plazo<sup>192</sup>. Hasta ahora se ha contemplado el crédito documentario como medio de pago para liquidar las operaciones de contado, es decir, el pago contra documentos. Sin embargo, se utiliza igualmente para instrumentar los pagos aplazados, en aquellas circunstancias en las que el exportador concede facilidades de pago al importador.

Cuando existe aplazamiento de pago, este tiene que quedar reflejado en el texto del propio crédito, en la forma que vemos a continuación:

- Créditos pagaderos en una fecha futura concreta. Por ejemplo, vencimiento del crédito el 30 de julio de 2022 y pago el día 30 de septiembre de 2022. El exportador tendrá que embarcar la mercancía y presentar documentos al banco antes del 30 de julio de 2022, recibiendo a cambio una promesa de pago para el día 30 de septiembre, pero no documentada en un efecto mercantil.
- Crédito pagadero en una fecha futura desconocida a priori, pero que se cuenta desde la fecha de un hecho cierto. El texto del crédito dirá, por ejemplo, «Pago a 90 días de la fecha del conocimiento de embarque».

El exportador tendrá que embarcar la mercancía antes de la fecha de vencimiento del crédito o en la que esté fijada para embarque y la promesa de pago que recibirá será para 90 días después de esta última fecha.

---

<sup>191</sup> Véase HERNANDEZ MUÑOZ, L., "El crédito documentario", (1994), ICEX, Madrid, 1.994.

<sup>192</sup> Véase OTIS RODNER S, (1999), "El crédito Documentario".

- Crédito pagadero en una fecha futura desconocida a priori, pero que se cuenta desde la fecha de un hecho cierto. El texto del crédito dirá, por ejemplo, «Pago a 90 días de la fecha del conocimiento de embarque». El exportador tendrá que embarcar la mercancía antes de la fecha de vencimiento del crédito o en la que esté fijada para embarque y la promesa de pago que recibirá será para 90 días después de esta última fecha.

En segundo extremo deben citarse los créditos transferibles. Concretamente, el artículo 38 de las RRUU 600 reza: «Crédito transferible significa un crédito que indica de forma expresa que es transferible». Es decir, que si en un crédito documentario no figura la palabra transferible, este no se puede transferir. Hay que diferenciar el transferir el crédito a la cesión de su producto, que sí puede hacerse como se ha comentado oportunamente.

Los sujetos que intervienen son los mismos que en cualquier otro crédito documentario, añadiéndose en este caso los segundos beneficiarios. Los créditos transferibles son también divisibles, puede haber uno o más segundos beneficiarios, pero la suma total de las transferencias no puede sobrepasar el importe del crédito inicial. Ahora bien, en este supuesto el crédito debe autorizar las expediciones parciales. Solamente se pueden transferir una sola vez, es decir, el segundo beneficiario no lo puede transferir a un tercero<sup>193</sup>.

Con respecto a las condiciones de la transferencia esta se debe realizar respetando las mismas características y condicionado del crédito inicial, salvo en lo que respecta al: Importe del crédito; Cualquier precio unitario que aparezca en él; La fecha de vencimiento; El período de presentación de documentos, o la fecha última para embarque o el periodo determinado de expedición.

Un ejemplo de crédito transferible sería el que se utiliza para la complementación de pedidos. Supongamos un fabricante de chaquetas solamente tiene una capacidad de producción de 1000 prendas mensuales. El pedido que le hace el importador es superior a esta cifra (2.000), por

---

<sup>193</sup> Véase RODNER S., J. (1999), *El Crédito Documentario*, Editorial Arte.

lo que tiene que buscar otro fabricante que pueda complementar el pedido con la finalidad de no perderlo. Recibe el crédito documentario por las 2.000 prendas a 100 euros cada una y ordena transferir la cantidad de 50.000 euros correspondientes a los 500 pares que va a fabricar el segundo beneficiario.

En tercer término están los créditos utilizables por negociación.

La expresión «negociación» supone que el banco autorizado para ello compra al beneficiario exportador los derechos del crédito y, por tanto, le entrega a este último el importe del efecto mercantil y/o de los documentos. Cuando en el crédito se indique que es pagadero por negociación, el exportador debe entregar junto a los documentos una o varias letras de cambio (según se haya acordado con el importador) libradas a cargo del banco emisor o del confirmador o de otro banco designado en el crédito y con el vencimiento El banco negociador, una vez que compruebe la idoneidad de los documentos, descuenta la letra o letras de cambio deduciendo los intereses que se devenguen desde la fecha de descuento hasta los respectivos vencimientos. La negociación, en este caso, es sin recurso contra el exportador, si el descuento lo realiza el banco emisor o el confirmador. o vencimientos acordados.

Por último, vamos a destacar en este trabajo el crédito documentario revolving (rotativo) que es aquel que, una vez utilizado por su beneficiario, queda automáticamente renovado en sus términos originales, de modo que el beneficiario pueda realizar tantas utilizations como le permita el condicionado dentro del plazo que determine el propio crédito. Por ejemplo, un crédito rotativo mensual de 50.000 euros durante seis meses tiene un importe máximo. 300.000 euros. El exportador puede realizar embarques por un importe máximo mensual de 50.000 euros en los siguientes seis meses.

## 7. ANÁLISIS DEL CONDICIONADO DE UN CRÉDITO DOCUMENTARIO ESTÁNDAR,

AGADERO A LA VISTA EN LAS CAJAS DEL BANCO AVISADOR  
La mejor forma de entender la operativa de un crédito documentario es

analizando epígrafe por epígrafe uno concreto (FUENTE ICEX [www.icex.es](http://www.icex.es)).

CRÉDITO DOCUMENTARIO

A: Banco Español, S.A. Madrid.

De: Banco Colombiano, S.A. Cartagena de Indias (Colombia).

Modalidad de Crédito: Irrevocable.

Número de crédito: CO1186-13.

Fecha de emisión: 15 de junio del año en curso.

Fecha de vencimiento: En sus cajas el 31 de julio del año en curso.

Ordenante: Importadora Colombiana, S.A. Carrera 13, n° 20. Cartagena de Indias.

Beneficiario: Española de Suministros, S.L. Calle 18, Polígono, Valdemoro, Madrid.

Importe: 75.000 USD.

Disponible: Con ustedes en Madrid mediante pago a la vista.

Embarques parciales: Prohibidos. 12. Trasbordos: Prohibidos

Embarque: Desde/hasta: Cualquier puerto español a puerto de Cartagena de Indias (Colombia).

Descripción de la mercancía: 50 velomotores marca Velox según factura proforma de fecha 1 de marzo del año en curso.

Términos de entrega: CIF puerto Cartagena de Indias.

Documentos requeridos:

- Juego completo del conocimiento de embarque marítimo, limpio a bordo, más 3 copias no negociables emitido a la orden de Banco Colombiano, S.A. notificando a Agentes Transitarios, S.A.
- Factura comercial firmada en 3 ejemplares.
- Certificado de origen evidenciando que las mercancías son de origen español más dos copias, visado por la Cámara de Comercio de Madrid.
- Packing list en cuadruplicado.
- Póliza o certificado de seguro cubriendo el 110% del valor CIF.

Detalle de los gastos: Todos los gastos de este crédito fuera de Colombia serán por cuenta del beneficiario.

Período de presentación: Hasta el día 31 de julio pero con el conocimiento de embarque fechado no más tarde del 11 de julio.

Reembolso bancario: Adeuden en nuestra cuenta con United Bank de Nueva York citando referencia, siempre que los documentos presentados sean estrictamente conformes, con aviso por SWIFT a nosotros.

Instrucciones especiales: Enviar documentos en dos correos separados.

Por cada documento que venga con discrepancias les cobraremos 55 dólares, a deducir en la utilización.

Sujetos a la RRUU, publicación 600 CCI.

Rogamos añadan su confirmación. Fdo.: Banco Colombiano.

## 8. BIBLIOGRAFÍA:

- Comercio Exterior (Curso de Especialistas), Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España. Madrid. ICEX 1.996.
- El crédito documentario y la garantía. Banco de Sabadell. 2007 (Adaptado a las UCP 600)
- "Guía Financiera de Internacionalización de la empresa" CAJAMURCIA EMPRESAS
- El "Crédit de La Mercadería". Apuntes internacionales de banca Catalana. Internet
- CCI Reglas y Usos Uniformes Relativos a los créditos documentarios. Publicación nº 600 CCI de París. 2007
- Reglas y Usos de los Créditos documentarios electrónicos. (Suplemento UCP 600)
- Práctica Bancaria Internacional Estándar. ISBP (Publicación 745. CCI de París. 2013)
- Reglas relativas a los reembolsos interbancarios. (Publicación 725 CCI)
- Reglas relativas a los créditos contingentes. ISP98. (Publicación 590 CCI)
- CCI Reglas y Usos Uniformes Relativos al papel comercial. Publicación nº 522, CCI de París. 1.995.
- Comentario URC 522 (1195) Publicación 550. CCI
- Manual práctico de las operaciones Bancarias, Instituto Superior de Técnicas y Prácticas bancarias (Editado por Cinco Días). (Capítulos 9 y 10).
- Guía y Formularios para las Reglas Uniformes de la CCI para fianzas contractuales. (1997).CCI
- Gestión de cobros y pagos sobre España y sobre el Extranjero. (2005). Instituto Superior de Prácticas Bancarias (DVD)
- Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (UDGR 758)
- Comentarios sobre las UCP 600 (2008). Publicación 680 de la C.C.I.
- El Crédito documentario. Como medio de pago. Como instrumento de financiación (2013) Pedro Serantes Sánchez. Edit. ICEX.
- CABRERA CÁNOVAS, A (2020), "Las Reglas INCOTERM 2020", Manual para usarlas con eficiencia, Edit. Marge Books.
- MIGUEL ANGEL DIAZ MIER, (2017), "Técnicas de Comercio Exterior", PIRÁMIDE.
- GARCÍA TRIUS, A, Los 100 documentos del Comercio Exterior, GLOBAL MARKETING.

- GOMEZ CÁCERES, D.; MARQUEZ ZORNOZA, F. (2006), La Banca en el Comercio Internacional, Edit:Esic.
- HERNANDEZ MUÑOZ, L., “El crédito documentario”, (1994), ICEX, Madrid, 1.994.
- HERNANDEZ MUÑOZ, L. (2003), Los Riesgos y su Cobertura en el Comercio Internacional, Edit FC EDITORIAL.
- MÁRQUEZ NARVAEZ, J.M. (1993), “Medios de pago en la compraventa internacional”, Manual Práctico, Edit. ESIC. Madrid.
- MARQUEZ,J.R., LAGO, P., GONZALEZ, C. (2007), "Medios de pago" Guia del Usuario, PIRÁMIDE.
- MOLINA MARTÍNEZ, L., El Crédito Documentario y sus Documentos (2001), Edit. FC Editorial
- PARDO LIDON, F.J., "Medios de cobro y pago en el comercio internacional", 2003.
- OTIS RODNER S, (1999), "El crédito Documentario".
- RODNER S., J. (1999), El Crédito Documentario, Editorial Arte.
- SERANTES, P. (2001), "Medios de Pago Internacional. Casos prácticos". ICEX.

## REGULACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA

---

ESPERANZA GÓMEZ VALENZUELA  
*Universidad de Almería*

### I.- INTRODUCCIÓN

El derecho concursal es la rama del derecho mercantil que regula las posibles soluciones ante la insolvencia de un deudor. Las circunstancias económicas pueden hacer que una empresa o una persona física que ha contraído deudas de distinto tipo no pueda afrontarlas<sup>194</sup>. Se encontrará entonces en situación de insolvencia y, de acuerdo al principio de responsabilidad patrimonial que se recoge en la legislación vigente, tanto nacional como internacional cuando un deudor no cumple con su obligación el acreedor podrá dirigirse contra su patrimonio para dar satisfacción a la obligación que está incumpliendo, apoyándose para ello en un proceso judicial<sup>195</sup>.

El 26 de junio de 2017 entró en vigor el nuevo Reglamento Europeo 848/2015, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, quedando derogado el Reglamento Europeo de insolvencia 1346/2000, de 29 de mayo. El texto del nuevo Reglamento supone un gran avance en materia de insolvencia y reestructuración empresarial dentro del marco europeo, debido, sobre todo, al «intento» de armonización que se desprende del nuevo texto refundido en materias como, por ejemplo: la competencia judicial internacional, la Ley aplicable, el reconocimiento recíproco de decisiones, la

---

<sup>194</sup> Véase Esplugues, C. (1996), "Procedimientos concursales", Fernández Rozas J., *Derecho del comercio internacional*, EUROLEX Madrid, pp. 449-469.

<sup>195</sup> Véase Mota C., Hargain D. (2005), *Derecho del comercio internacional*, Reus, Argentina, pp. 711-722.

coordinación entre procedimientos principales y secundarios o, incluso, sobre los concursos de sociedades pertenecientes a un mismo grupo de empresas<sup>196</sup>.

El Reglamento debe ser aplicable a los procedimientos de insolvencia que cumplan las condiciones establecidas en él, independientemente de que el deudor sea una persona física o jurídica, un comerciante o un particular.

El ámbito de aplicación del Reglamento debe ampliarse a los procedimientos que promueven el rescate de empresas viables económicamente a pesar de estar en dificultades, y que ofrecen una segunda oportunidad a los empresarios. En particular, debe ampliarse a los procedimientos que estén dirigidos a la reestructuración de un deudor en una fase en la que la insolvencia es solo una probabilidad, o que permitan al deudor conservar el control total o parcial de sus bienes y negocios. También debe hacerse extensivo a los procedimientos que prevean una condonación o reestructuración de la deuda de los consumidores y de los trabajadores autónomos, por ejemplo reduciendo la cuantía que deba pagar el deudor o ampliando el plazo de pago que se le hubiera concedido.

Dado que esos procedimientos no implican necesariamente el nombramiento de un administrador concursal, deben estar sujetos al Reglamento si se desarrollan bajo el control o la supervisión de un órgano jurisdiccional. En este contexto, el término «control» debe incluir aquellas situaciones en las que el órgano jurisdiccional solo intervenga a instancia de un acreedor u otras partes interesadas. El Reglamento debe aplicarse también a los procedimientos en los que se acuerde una suspensión temporal de las acciones de ejecución interpuestas por acreedores individuales cuando dichas acciones puedan afectar de manera desfavorable a las negociaciones y obstaculizar las perspectivas de reestructurar la actividad mercantil del deudor. Dichos procedimientos no deben causar perjuicio al conjunto de los acreedores y, en caso de que no pueda

---

<sup>196</sup> Véase Espiniella, A. (2016), “Los concursos transfronterizos”, El derecho de la insolvencia, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1087-1118.

llegarse a un acuerdo sobre un plan de reestructuración, deben preceder a otros procedimientos incluidos en el presente Reglamento<sup>197</sup>.

El presente Reglamento debe aplicarse a los procedimientos cuya apertura esté sujeta a publicidad con el fin de permitir a los acreedores conocer los procedimientos y presentar sus créditos, asegurando de ese modo el carácter colectivo de los procedimientos, y con el fin de ofrecer a los acreedores la posibilidad de impugnar la competencia del órgano jurisdiccional que los haya abierto. En consecuencia, deben excluirse del ámbito de aplicación del presente Reglamento los procedimientos de insolvencia que tengan carácter confidencial. Aunque tales procedimientos pueden desempeñar un papel importante en algunos Estados miembros, su confidencialidad hace imposible que un acreedor o un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro pueda saber que se ha abierto un procedimiento de este tipo, por lo que resulta difícil garantizar el reconocimiento de sus efectos en toda la Unión.

De otro lado es importante señalar, que en relación con esta norma, el Reglamento (UE) 2021/2260 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2021 modifica el Reglamento (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia a fin de sustituir sus anexos A y B.

En el marco de los procedimientos de insolvencia en la UE destaca la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). El objetivo de esta norma es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior y eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, tales como la libertad de circulación de capitales y la libertad de establecimiento, resultantes de las diferencias entre las normativas y los

---

<sup>197</sup> Véase AAVV, CARRASCOSA GÓNZALEZ, J., CALVO CARAVACA, L.(2021), *Litigación internacional en la UE (...)*, op. cit., pp. 123 y ss.

procedimientos nacionales en materia de reestructuración preventiva, insolvencia, exoneración de deudas e inhabilitación<sup>198</sup>.

Esta Directiva pretende eliminar tales obstáculos sin que ello afecte a los derechos fundamentales y libertades de los trabajadores, garantizando que: las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad; que los empresarios de buena fe insolventes o sobreindeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un período de tiempo razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad; y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular con el fin de reducir su duración.

Esta Directiva se ha transpuesto recientemente al ordenamiento español a través de la siguiente normativa Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

Por lo que respecta al ámbito nacional, también habrá de tenerse en cuenta, también para los concursos de acreedores que presenten un elemento internacional una norma aprobada recientemente: Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, cuyas normas principales en el ámbito del Derecho internacional privado se exponen *infra*.

---

<sup>198</sup> Esplugues, C. (2011), "Procedimientos de insolvencia transfronteriza", Esplugues Mota C., Derecho del comercio internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 357-378.

## 2. REGLAMENTO 848/2015 DE 20 DE MAYO SOBRE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

### 2.1.DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA EN LA UE

Para alcanzar el objetivo de mejorar la eficacia y eficiencia en los procedimientos de insolvencia con repercusiones transfronterizas es necesario y oportuno que las disposiciones sobre competencia judicial, reconocimiento y Derecho aplicable en este ámbito se recojan en un instrumento de la Unión vinculante y directamente aplicable en los Estados miembros<sup>199</sup>.

Según el art. 3 del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, la competencia internacional para declarar y tramitar el concurso se basa en el lugar de situación del centro de los intereses principales del deudor, teniendo el carácter de principal el concurso que se declare sobre esa base, sin perjuicio de que puedan abrirse otros concursos territoriales en aquellos Estados en los que el deudor tenga establecimientos.

Tendrán competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de intereses principales del deudor («procedimiento de insolvencia principal»). El centro de intereses principales será el lugar en el que el deudor lleve a cabo de manera habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses. Respecto de las sociedades y personas jurídicas, se presumirá que el centro de sus intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social. Esta presunción solo será aplicable si el domicilio social no ha sido trasladado a otro Estado miembro en los tres meses anteriores a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia.

Respecto de los particulares que ejercen una actividad mercantil o profesional independiente, se presumirá que el centro de sus intereses

---

<sup>199</sup> Véase Llorente Sánchez-Arjona, M. (2013), Tratamiento procesal de la insolvencia transfronteriza en la UE., Valencia, Tirant los Blanch.

principales es, salvo prueba en contrario, su centro principal de actividad. Esta presunción solo será aplicable si el centro principal de actividad de la persona en cuestión no ha sido trasladado a otro Estado miembro en los tres meses anteriores a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia.

Respecto de otros particulares, se presumirá que el centro de sus intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de residencia habitual de dicho particular. Esta presunción solo será aplicable si la residencia habitual no ha sido trasladada a otro Estado miembro en los seis meses anteriores a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia.

Cuando el centro de intereses principales del deudor se encuentre en el territorio de un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro solo serán competentes para abrir un procedimiento de insolvencia con respecto a ese deudor si este posee un establecimiento en el territorio de este otro Estado miembro. Los efectos de dicho procedimiento se limitarán a los bienes del deudor situados en el territorio de dicho Estado miembro.

Cuando se haya abierto un procedimiento de insolvencia en aplicación del apartado 1 del art. 3, cualquier otro procedimiento de insolvencia que se abra con posterioridad en aplicación del apartado 2 será un procedimiento de insolvencia secundario.

El tribunal deberá controlar ex officio que es competente para abrir el procedimiento de insolvencia (art. 4 RPI): en la resolución por que la que se declare la apertura del procedimiento, el juez deberá motivar el criterio por el cual se considera competente, aunque este control ex officio no significa que el tribunal deba investigar de oficio los hechos que fundamentan su competencia, puesto que estos ya son ofrecidos por las partes, y éste los hace suyos por el principio de adquisición procesal.

En cualquier caso, si el juez tiene dudas sobre el «acervo» probatorio aportado por el deudor con el objeto de acreditar todos los extremos, podría exigirle que suministre pruebas adicionales (considerando 32º RPI). Este mecanismo será aplicable tanto a los procedimientos de insolvencia que se abran por autoridad judicial como a los procedimientos

en los que no intervenga autoridad judicial, en los que se podría encomendar el control al órgano de Administración Concursal (art. 4.2 RPI).

Según el art. 5 RPI el deudor o cualquiera de los acreedores podrán impugnar ante un órgano jurisdiccional la resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia principal por motivos de competencia internacional. La resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia principal puede ser impugnada por otras partes distintas de las mencionadas en el apartado 1 o por motivos distintos de la falta de competencia internacional, siempre que el Derecho nacional así lo establezca.

Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se haya abierto un procedimiento de insolvencia en aplicación del artículo 3 serán competentes para cualquier acción que se derive directamente del procedimiento de insolvencia y guarde una estrecha vinculación con este, como las acciones revocatorias<sup>200</sup>.

Cuando una acción como la mencionada en el apartado 1 sea una acción conexa con una acción en materia civil y mercantil interpuesta contra el mismo demandado, el administrador concursal podrá promover ambas acciones ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio esté domiciliado el demandado o, en caso de que la acción se interpusiera contra varios demandados, ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio esté domiciliado alguno de ellos, siempre que esos órganos jurisdiccionales sean competentes con arreglo a las normas establecidas por el Reglamento (UE) no 1215/2012. El párrafo primero será aplicable al deudor no desapoderado, siempre que el Derecho nacional le permita presentar acciones en representación de la masa.

A los efectos del apartado 2, se considerarán conexas las acciones vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que es oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si se juzgasen los asuntos separadamente.

---

<sup>200</sup> Véase Calvo, A.L, Carrascosa J. (2004), *Derecho concursal internacional*, Colex, Madrid.

### 3. LEY APLICABLE EN EL REGLAMENTO EUROPEO PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

En cuanto a la ley aplicable al concurso internacional, según el art. 7 del RPI será, en principio, la del país en que se declara el concurso, aunque existen importantes excepciones (bienes inmuebles, contratos de trabajo, etc.).

La ley del Estado de apertura del procedimiento determinará las condiciones de apertura, desarrollo y conclusión del procedimiento de insolvencia. Dicha ley determinará en particular:

Los deudores respecto de los cuales pueda abrirse un procedimiento de insolvencia;

Los bienes que forman parte de la masa y el tratamiento de los bienes adquiridos por el deudor, o que se le transfieran, después de la apertura del procedimiento de insolvencia;

Las facultades respectivas del deudor y del administrador concursal;

Las condiciones de oponibilidad de una compensación;

Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos vigentes en los que el deudor sea parte;

Los efectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre las ejecuciones individuales, con excepción de los procesos en curso;

Los créditos que deban reconocerse en el pasivo del deudor y el tratamiento de los créditos nacidos después de la apertura del procedimiento de insolvencia;

Las normas relativas a la presentación, examen y reconocimiento de los créditos;

Las normas del reparto del producto de la realización de los activos, la prelación de los créditos y los derechos de los acreedores que hayan sido parcialmente satisfechos después de la apertura del procedimiento de insolvencia en virtud de un derecho real o por el efecto de una compensación;

Las condiciones y los efectos de la conclusión del procedimiento de insolvencia, en particular, mediante convenio;

Los derechos de los acreedores después de terminado el procedimiento de insolvencia;

La imposición de las costas y los gastos en los que se incurra en el procedimiento de insolvencia;

Las normas relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales para el conjunto de los acreedores.

La apertura del procedimiento de insolvencia no afectará a los derechos reales de un acreedor o de un tercero sobre los bienes, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, tanto bienes concretos, como conjuntos de bienes indefinidos que varían de vez en cuando, que pertenezcan al deudor y que, en el momento de apertura del procedimiento, se encuentren en el territorio de otro Estado miembro<sup>201</sup>.

#### 4. RECONOCIMIENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA EN EL ÁMBITO DE LA UE

Según el art. 19 del RPI, toda resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia, adoptada por el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro en virtud del artículo 3, será reconocida en todos los demás Estados miembros desde el momento en que la resolución produzca efectos en el Estado de apertura del procedimiento. La norma establecida en el párrafo primero se aplicará también cuando el deudor no pueda ser sometido a un procedimiento de insolvencia en los demás Estados miembros.

El reconocimiento del procedimiento contemplado en el artículo 3, apartado 1, no impedirá la apertura del procedimiento contemplado en el artículo 3, apartado 2, por parte de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro. Este último procedimiento se considerará un procedimiento de insolvencia secundario a los efectos del capítulo III. Con respecto a los efectos del reconocimiento, la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia contemplado en el artículo 3, apartado 1, producirá, sin ningún otro trámite, en cualquier otro Estado miembro, los efectos que le atribuya la ley del Estado de apertura del procedimiento, salvo que se disponga de otro modo en el presente Reglamento y mientras no se abra en ese otro Estado miembro ningún procedimiento de los contemplados en el artículo 3, apartado 2. 2. Los efectos del procedimiento

---

<sup>201</sup> Véase Álvarez Caperochipi, J.A.(2004) : El registro de la propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso, ed. Comares, Granada.

a que se refiere el artículo 3, apartado 2, no podrán impugnarse en los demás Estados miembros. Cualquier limitación de los derechos de los acreedores, en particular, un aplazamiento de pago o una condonación de deuda, solo podrá oponerse, por lo que respecta a los bienes situados en el territorio de otro Estado miembro, a los acreedores que hayan manifestado su consentimiento.

## 5. REGULACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA EN LA LEY CONCURSAL ESPAÑOLA

El texto legal por el que se aprueba la Ley concursal es el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo. La normativa sobre esta materia ha experimentado distintas modificaciones en los últimos años

En el ámbito de la Ley Concursal se regulan las relaciones entre procedimiento principal y territorial y sus respectivos efectos, el reconocimiento en España de los abiertos en el extranjero y de sus administradores o representantes, con el fin de establecer la mejor coordinación entre ellos, en beneficio de la seguridad jurídica y de la eficiencia económica en el tratamiento de estos fenómenos.

En el libro III se incluyen las normas de derecho internacional privado que hasta ahora contenía el título IX de la Ley Concursal. La razón de la creación de este último libro se encuentra en el ya citado Reglamento (UE) 2015/848

Con respecto a la competencia internacional, la Ley Concursal establece, como regla general, que los tribunales españoles serán competentes para declarar y tramitar el concurso de aquellos deudores cuyo “centro de intereses principales” radique en España, presumiéndose, para las personas jurídicas, que ese “centro” se halla, salvo prueba en contrario, en el lugar de su domicilio social.

Por centro de los intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. En caso de deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del

domicilio social. Será ineficaz a estos efectos el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso.

Los efectos de este concurso, que en el ámbito internacional se considerará “concurso principal”, tendrán alcance universal, comprendiendo todos los bienes del deudor, estén situados dentro o fuera de España. En el caso de que sobre los bienes situados en un Estado extranjero se abra un procedimiento de insolvencia, se tendrán en cuenta las reglas de coordinación previstas en el capítulo III del título IX de esta ley.

Con respecto al procedimiento principal, los efectos de la declaración de concurso sobre derechos reales de un acreedor o de un tercero que recaigan en bienes o derechos de cualquier clase de la masa activa, comprendidos los conjuntos de bienes y derechos cuya composición pueda variar en el tiempo, y que en el momento de declaración del concurso se encuentren en el territorio de otro Estado se regirán exclusivamente por ley de este. La misma regla se aplicará a los derechos del vendedor respecto de los bienes vendidos al concursado con reserva de dominio.

La declaración de concurso del vendedor de un bien con reserva de dominio que ya haya sido entregado y que al momento de la declaración se encuentre en el territorio de otro Estado no constituye, por sí sola, causa de resolución ni de rescisión de la venta y no impedirá al comprador la adquisición de su propiedad.

Debe indicarse que el legislador nacional no quiso establecer un procedimiento distinto para la tramitación del concurso con elemento internacional (sea éste principal o bien territorial), sino, simplemente, prever una

Esas especialidades son las siguientes:

Se permite la apertura de “concursos territoriales” sin necesidad de que el tribunal examine la insolvencia del deudor, siempre que previamente se haya reconocido en España un procedimiento extranjero “principal”.

Se amplía la legitimación para solicitar la declaración de “concursos territoriales” a aquellos que ostenten la condición de representantes de un procedimiento extranjero “principal”.

Se regula la obligación de información a los acreedores del deudor que residan en el extranjero. A tal efecto, la Ley concursal establece que, una

vez declarado el concurso, la administración concursal informará sobre dicho procedimiento, por escrito e individualizadamente, a los acreedores conocidos del deudor que tengan su residencia habitual, domicilio o sede en el extranjero.

Se establece la posibilidad de que el juez, de oficio o a instancia del interesado, acuerde la publicación del contenido esencial del auto de declaración del concurso en cualquier Estado donde convenga a los intereses del procedimiento. Asimismo, la LC faculta a la administración judicial para que pueda solicitar la publicidad registral en el extranjero del auto de declaración del concurso y de otros actos del procedimiento. La LC prevé que únicamente tendrá carácter liberatorio el pago hecho al concursado en el extranjero por un deudor con residencia habitual, domicilio o sede en el extranjero si este último ignorase la apertura del concurso en España. A tal efecto, la ley concursal presume que, salvo prueba en contrario, quien realizó el pago antes de haberse dado al auto de apertura del concurso ignoraba la existencia del procedimiento.

En materia de comunicación de créditos, la Ley Concursal establece que todo acreedor podrá comunicar su crédito en un procedimiento seguido ante tribunales españoles (sea éste “principal” o “territorial”), con independencia de que también lo haya presentado en un procedimiento de insolvencia abierto en el extranjero. Ello no obstante, en relación con los créditos tributarios y de la Seguridad Social (que sólo se admitirán como créditos ordinarios) dicha regla quedará sujeta a condición de reciprocidad.

En lo que se refiere a la restitución e imputación de pagos, la Ley Concursal prescribe que el acreedor que, tras la apertura de un “concurso principal” en España, obtuviera un pago total o parcial de su crédito con cargo a bienes del deudor situados en el extranjero deberá restituir a la masa lo que hubiese obtenido.

La Ley Concursal faculta al juez del concurso, en determinadas circunstancias, a que autorice a los acreedores a instar en el extranjero la ejecución individual de determinados bienes, con aplicación, en todo caso, de la “regla de pago”.

En materia de reconocimiento de resoluciones extranjeras, la LC establece una doble regulación basada en la distinción entre aquellas resoluciones que declaren la apertura de un procedimiento extranjero de insolvencia y el resto de resoluciones que puedan dictarse en dichos procedimientos con posterioridad a su apertura.

## 6. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY 16/2022 DE 5 DE SEPTIEMBRE EN MATERIA DE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

Los sistemas de insolvencia tienen como finalidad económica procurar una reasignación eficiente de los recursos productivos. En el caso de actividades económicamente viables, pero con dificultades financieras, estos procedimientos tratan de facilitar reestructuraciones del pasivo que garanticen a la vez los derechos de los acreedores y la continuidad de la empresa. En el caso de actividades inviables, el procedimiento trata de extraer el mayor valor de los activos para devolver a los acreedores el mayor porcentaje de sus créditos, siguiendo un orden de prelación. Cuando el deudor insolvente es una persona física, el concurso pretende identificar a los deudores de buena fe y ofrecerles una exoneración parcial de su pasivo insatisfecho que les permita beneficiarse de una segunda oportunidad, evitando su paso a la economía sumergida o a una situación de marginalidad<sup>202</sup>.

El sistema de insolvencia está integrado, por una parte, por los denominados instrumentos preconcursales. Son procedimientos ágiles y con una participación reducida de la administración judicial, dirigidos a la consecución de acuerdos entre empresas viables y sus acreedores, preferentemente en un estadio temprano de dificultades financieras. Por otra parte, el sistema incluye el procedimiento concursal, formal y estrechamente supervisado por la administración judicial, dirigido a la consecución de acuerdos (convenios) cuando el deudor es viable o a su liquidación cuando no lo es.

Los instrumentos preconcursales eficaces incrementan la eficiencia del sistema de insolvencia de forma directa, al posibilitar una reestructuración temprana y rápida, pero también de forma indirecta, al liberar recursos administrativos y descongestionar el procedimiento concursal, permitiendo así una gestión más rápida de los concursos.

El análisis de nuestro sistema de insolvencia permite detectar una serie de limitaciones, que motivan esta iniciativa legislativa. En primer lugar,

---

<sup>202</sup> Exposición de motivos de la Ley 16/2022 de 5 de septiembre.

la utilización de los instrumentos preconcursales en nuestro país ha venido aumentando de forma lenta y su uso ha sido relativamente reducido. Por otra parte, la percepción más extendida es que si bien los acuerdos de refinanciación han constituido un instrumento útil, los acuerdos extrajudiciales de pagos, dirigidos a pequeñas y medianas empresas, no han cumplido de forma satisfactoria con su propósito. En segundo lugar, el recurso al concurso también ha venido siendo inferior, en términos comparados, al de otros países de nuestro entorno. Pero, además, cuando las empresas recurren al concurso lo hacen en una situación de dificultades avanzadas<sup>203</sup>. En concreto, el porcentaje de deudores que solicita el concurso en una situación patrimonial crítica supera el 45% en la actualidad. Asimismo, los concursos se caracterizan por su excesiva duración, que ha venido aumentando en los últimos años y alcanzó en 2020 un promedio de 60 meses. Este incremento no es ajeno al sustancial incremento de la carga de trabajo en los juzgados de lo mercantil. Además, los concursos se caracterizan por que la mayoría terminan en liquidación, y no en un convenio. En concreto, para las personas jurídicas, el 90% de las fases sucesivas lo son de liquidación. Por último, se puede destacar que el procedimiento de segunda oportunidad se caracteriza por su reducida utilización.

La presente ley pretende afrontar este conjunto de limitaciones mediante una reforma estructural de calado del sistema de insolvencia. En primer lugar, se introducen los denominados planes de reestructuración, un instrumento preconcursal dirigido a evitar la insolvencia, o a superarla, que posibilita una actuación en un estadio de dificultades previo al de los vigentes instrumentos preconcursales, sin el estigma asociado al concurso y con características que incrementan su eficacia. Su introducción incentivará una reestructuración más temprana, y por tanto con mayores probabilidades de éxito, y contribuirá a la descongestión de los juzgados y por tanto a una mayor eficiencia del concurso.

En efecto, las empresas en el marco de esta nueva Ley podrán acogerse a los planes de reestructuración en una situación de probabilidad de insolvencia, previa a la insolvencia inminente que se exige para poder

---

<sup>203</sup> Broseta Pont, M. (2000): *Manual de Derecho Mercantil*, ed. Tecnos, Madrid.

recurrir a los actuales instrumentos. Su introducción lleva aparejada la supresión de los actuales instrumentos concursales. En la regulación de los planes de reestructuración se ha preservado el carácter flexible (poco procedimental) de los acuerdos de refinanciación y se han incorporado elementos que les otorgan mayor eficacia que a estos últimos, como la posibilidad de arrastre de clases disidentes, sujeta al cumplimiento de ciertas salvaguardas para los acreedores, que constituye el núcleo del modelo<sup>204</sup>.

A su vez, está la ley reforma el procedimiento concursal para incrementar su eficiencia, introduciendo múltiples modificaciones procedimentales dirigidas a agilizar el procedimiento, facilitar la aprobación de un convenio cuando la empresa sea viable y una liquidación rápida cuando no lo sea.

En el diseño de estos procedimientos se ha prestado especial atención a las microempresas, que constituyen en torno al 94% de las empresas españolas, para las que los instrumentos vigentes no han funcionado satisfactoriamente: los acuerdos extrajudiciales de pago han tenido un uso escaso y el concurso tiene unos elevados costes fijos que detraen los escasos recursos disponibles para los acreedores. Por ello, la ley introduce un procedimiento de insolvencia único, en el doble sentido de que pretende encauzar tanto las situaciones concursales (de insolvencia actual o inminente) como las concursales (probabilidad de insolvencia) y que se aplicará de manera obligatoria a todos los deudores que entren dentro del concepto legal de microempresa. Este procedimiento está especialmente adaptado a las necesidades de las microempresas, caracterizándose, por tanto, por una simplificación procesal máxima.

Por último, la ley configura un procedimiento de segunda oportunidad más eficaz, ampliando la relación de deudas exonerables e introduciendo la posibilidad de exoneración sin liquidación previa del patrimonio del deudor y con un plan de pagos, permitiendo así que este conserve su vivienda habitual y sus activos empresariales.

---

<sup>204</sup> Véase Herbosa Molina, I. (septiembre 2022) “El concurso y la conservación de la empresa: debates sobre nuestra inminente ley concursal”, nº 124, Aranzadi.

Esta ley tiene como objeto la adopción de las reformas legislativas necesarias para la transposición al derecho español de la Directiva 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019. Para ello, lleva a cabo una importante reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que constituye la base idónea para acometer de forma ordenada, clara y sistemática la transposición.

Esta reforma legislativa va a suponer el detonante de un cambio integral de la situación de los procedimientos de insolvencia en nuestro país, siendo clave para su flexibilización y agilización, y para favorecer los mecanismos preconcursales, con el fin último de facilitar la reestructuración de empresas viables y la liquidación rápida y ordenada de las que no lo son.

Los ejes de la reforma que supone esta Directiva son tres: garantizar que las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad; que los empresarios de buena fe insolventes o sobreindeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un período de tiempo razonable, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad; y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, en particular con el fin de reducir su duración.

Esta ley tiene como objetivo de conseguir, de acuerdo a los ejes de reforma marcados por la Directiva, cuando sea objetivamente posible, una reestructuración de activos y pasivos para evitar la insolvencia o solucionar la ya acaecida; la decisión de convertir el beneficio de la exoneración de las deudas, cuando concurren determinadas circunstancias, en un derecho de la persona natural deudora; y la decidida voluntad legislativa de simplificar el concurso de acreedores en aras de las siempre deseadas rapidez de la tramitación y eficiencia institucional, con algunos mecanismos de alerta temprana que permitan al deudor responsable detectar la necesidad de actuar para evitar o para encauzar la insolvencia. El contenido de la Directiva es heterogéneo, y, por consiguiente, heterogéneo también tiene que ser el contenido de la norma de transposición. Al mismo tiempo, para evitar algunas disfunciones e incoherencias con

las nuevas normas en que se materializa la transposición, se procede a reformar la Ley Concursal en las materias directamente relacionadas.

Los criterios seguidos en la transposición se han basado en los principios de la buena regulación, comprendiendo el principio de necesidad y eficacia al cumplir la obligación de transposición con fidelidad al texto de la Directiva y con la mínima reforma de la actual normativa, de manera que se evite la dispersión en aras de la simplificación; así como en los principios de proporcionalidad, al contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir, y de seguridad jurídica, ya que se realiza con el ánimo de mantener el marco normativo estable, predecible, integrado y claro del texto refundido de la Ley Concursal. También se ha cumplido el principio de eficiencia, ya que la ley reforma el procedimiento concursal introduciendo modificaciones para la agilización del procedimiento, con reducción de los plazos.

Esta ley va acompañada además de una Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para mejorar el reparto competencial actualmente establecido para los juzgados de lo mercantil y para las secciones especializadas de las Audiencias Provinciales y correlativamente el de los juzgados de primera instancia y el de las demás secciones de las Audiencias Provinciales.

De otro lado, la Directiva exige la introducción en la legislación nacional de uno o varios marcos o procedimientos de reestructuración preventiva. La finalidad de estos marcos o procedimientos es asegurar la continuidad de empresas y negocios que son viables pero que se encuentran en dificultades financieras que pueden amenazar la solvencia y acarrear el consiguiente concurso<sup>205</sup>.

El texto europeo deja espacio a la decisión de los legisladores nacionales en cuanto a la forma de alcanzar este objetivo. Ante esta libertad de opción, el legislador español ha considerado oportuno reducir las dos instituciones hasta ahora existentes, los acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago, a una sola institución, los planes de

---

<sup>205</sup> Véase AAVV, CARRASCOSA GÓNZALEZ, J., CALVO CARAVACA, L.(2021), Litigación internacional en la UE, Derecho concursal internacional: Reglamento (UE), 2015/848 (Texto Refundido Ley concursal) Libro Tercero) de 2020, Directiva (UE), Aranzadi.

reestructuración, aunque con algunas adaptaciones para los deudores de menor activo, de menor cifra de negocios o de menor número de trabajadores; y ha considerado igualmente oportuno mantener el principio de decisión mayoritaria de los acreedores y una intervención judicial mínima, inspirada en los criterios de necesidad y proporcionalidad.

A los efectos de llevar a cabo la transposición, la ley opta por una sustitución completa del libro segundo de la Ley Concursal. El nuevo libro segundo se divide en cinco títulos. El título I se ciñe a determinar los presupuestos subjetivo y objetivo. El título II regula la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores con el fin de alcanzar un plan de reestructuración. El título III se ocupa de los planes de reestructuración, su aprobación, su homologación judicial y el régimen de impugnación. El título IV trata del nombramiento y del estatuto del experto encargado de la reestructuración, nueva figura cuyo nombramiento contempla la Directiva en determinados supuestos. Y, por último, el título V establece ciertas especialidades para deudores que no alcancen determinados umbrales.

## 7. BIBLIOGRAFÍA:

AAVV, CARRASCOSA GÓNZALEZ, J., CALVO CARAVACA, L.(2021), Litigación internacional en la UE, Derecho concursal internacional: Reglamento (UE), 2015/848 (Texto Refundido Ley concursal) Libro Tercero) de 2020, Directiva (UE), Aranzadi.

Albiol Montesinos, I.: Aspectos laborales de la Ley Concursal, ed. Tirant lo blanch, Valencia.

Arroyo González, M (coord.) y otros (2004): Cuestiones prácticas de la nueva ley Concursal, ed. Tecnos, Madrid.

Álvarez Caperochipi, J.A.(2004) : El registro de la propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso, ed. Comares, Granada.

Broseta Pont, M. (2000): Manual de Derecho Mercantil, ed. Tecnos, Madrid.

Calvo, A.L, Carrascosa J. (2004), Derecho concursal internacional, Colex, Madrid.

Espiniella, A. (2016), “Los concursos transfronterizos”, El derecho de la insolvencia, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1087-1118.

- Esplugues, C. (1996), “Procedimientos concursales”, Fernández Rozas J., Derecho del comercio internacional, EUROLEX Madrid, pp. 449-469.
- Esplugues, C. (2011), “Procedimientos de insolvencia transfronteriza”, Esplugues Mota C., Derecho del comercio internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 357-378.
- Herbosa Molina, I. (septiembre 2022) “El concurso y la conservación de la empresa: debates sobre nuestra inminente ley concursal”, nº 124, Aranzadi.
- Llorente Sánchez-Arjona, M. (2013), Tratamiento procesal de la insolvencia transfronteriza en la UE., Valencia, Tirant los Blanch.
- Mota C., Hargain D. (2005), Derecho del comercio internacional, Reus, Argentina, pp. 711-722.

## LA PRIVATIZACIÓN DE LOS FERROCARRILES EN MÉXICO

---

CARLOS ERNESTO ARCUDIA HERNÁNDEZ  
*Universidad Autónoma de San Luis Potosí*

### 1. INTRODUCCIÓN

Nuestro trabajo versará sobre el proceso de privatización de los ferrocarriles en México. El proceso lo inscribimos dentro del otro proceso más amplio de privatización de empresas del Estado que se implementó en nuestro país a lo largo de 18 años.

Escogimos el ferrocarril por dos cuestiones, la primera, que es un medio de transporte que tuvo una importancia decisiva en la Revolución Mexicana y que fue nacionalizado por el Presidente Lázaro Cárdenas del Río. Quien terminó de organizar el régimen del nacionalismo revolucionario que estuvo vigente en México hasta 1982.

El desempeño del servicio de transporte ferroviario bajo el control gubernamental estuvo caracterizado por el servicio que prestó Ferrocarriles Nacionales de México (Ferroales) que fue el operador principal. Esta empresa pública, paradójicamente fue creada durante el gobierno de Porfirio Díaz en 1907. Decimos paradójicamente porque la Revolución Mexicana se alzó en contra de la dictadura del general Díaz. El germen de Ferroales es la fusión de las dos principales líneas ferroviarias del país en aquellos años: el Ferrocarril Central y el Ferrocarril Mexicano. Ahora bien, el advenimiento del alzamiento revolucionario de 1910; seguido del inicio de la Primera Guerra Mundial en 1914, trajeron consecuencias negativas en los ferrocarriles. Como resultado, se han acumulado factores que de debían de las necesidades de la economía productiva. Además, debido a la falta de inversión, los excesos del gremio ferroviario y a la corrupción en el manejo del transporte de carga,

el ferrocarril ha perdido protagonismo e importancia en el sistema mexicano de transporte, desplomándose en carga y extinguiéndose en el de pasajeros. (Guajardo, Salas y Velázquez, 2010)

En estrecha asociación con el paradigma keynesiano, el Estado interventor jugó un papel fundamental en la superación de la crisis de la Gran Depresión de 1929. En especial, el mundo en desarrollo, se pudo iniciar su industrialización o acelerar su ascenso. El Estado intervino directamente en la economía para promover actividades o dotar de infraestructura en actividades que no eran suficientemente lucrativas para los particulares. O bien, que –como en el caso de los ferrocarriles o el petróleo– se consideraron estratégicas para la promoción del desarrollo nacional (Salas, 2017).

La privatización del sistema ferroviario se inscribe dentro del proceso macro de privatización de las empresas estatales que en México duró 3 sexenios. En la primera etapa, en el régimen de Miguel de la Madrid (1982-1988) se le consideró actividad estratégica. Ferronales fue saneado vía la absorción de pasivos por parte del gobierno federal y se consolidó todo el sistema ferroviario en la empresa Ferronales. Se consideró una actividad estratégica y, por lo tanto, reservada para el Estado (Salas, 2017).

En las postrimerías de la intervención estatal en los ferrocarriles, la administración de Carlos Salinas de Gortari (1988-1994) modificó algunos aspectos del sistema ferroviario mediante una serie de medidas como las tarifas de comercio exterior a las que cobraban las compañías estadounidenses, cobro de tarifas especiales casi a costo marginal para trenes de regreso vacíos. Estas acciones prepararon la reforma constitucional en el período de Ernesto Zedillo Ponce de León (1994-2000) que permitió la privatización ferroviaria (Guajardo, *et al.* 2010).

## 2. OBJETIVOS

### 2.1. GENERAL

- Analizar los aspectos legales de la privatización ferroviaria caracterizándola como parte de la implementación del modelo neoliberal.
- Determinar con arreglo a los propios preceptos legales el cumplimiento de los propósitos establecidos en el cambio de propiedad de los ferrocarriles.

### 2.2. ESPECÍFICOS

- Analizar las principales rasgos del modelo neoliberal
- Estudiar los principales cambios en los ferrocarriles durante la etapa del proceso de privatización de empresas del Estado
- Repasar los principales cambios constitucionales y la legislación que norma la privatización de los ferrocarriles
- Describir el proceso de privatización de los ferrocarriles y analizar los resultados.

## 3. METODOLOGÍA

El presente trabajo pretende abordar un cambio a nivel económico, pero tomando la perspectiva del derecho económico. Según Romero (2015, p 15) “el derecho económico es el conjunto de normas principios y disposiciones que orientan al Estado para la consecución de los objetivos de la política económica, y que regulan la actividad económica entre los particulares, y de estos con el Estado”

Las normas del derecho económico son flexibles, dado su carácter instrumental en la economía. La normativa debe irse adaptando al contexto económico que se intenta regular En esta tesitura, “las normas de derecho económico se caracterizan por ser móviles y fluidas por la circunstancia espacio-temporal” (Witker, 2016, p 13)

Para abordar la regulación del cambio estructural en la posesión de los ferrocarriles partiremos de la caracterización del modelo económico neoliberal y sus tres premisas: privatización, liberalización y apertura exterior. Profundizaremos en la regulación legal del proceso de privatización. Para ello el gobierno creó el apartado económico de la Constitución, mismo que fue modificando conforme lo requería el devenir de las fases del macro proceso de privatización

De manera específica analizaremos el impacto de los cambios constitucionales, en la propiedad de Ferronales durante las dos primeras etapas del proceso de privatización de empresas del Estado. Para la tercera etapa, en la que se decidió su desincorporación, haremos un ejercicio de integración normativa para analizar la privatización y la configuración del nuevo modelo ferroviario operado por empresas particulares. Por último, haremos un breve estudio de la modificación a la regulación legal para fomentar la competencia en el sector, ante un diseño poco competitivo.

## 4. RESULTADOS

### A.- EL MODELO NEOLIBERAL

El modelo neoliberal se basa en tres premisas fundamentales: la desregulación de la actividad económica; la apertura de la economía al intercambio de bienes y servicios con el exterior; y, la privatización de las empresas del Estado.

Este modelo se comienza a aplicar en México con la llegada a la presidencia de Miguel de la Madrid en 1982. En ese *annus horribilis* para la economía nacional se desató una crisis económica que tuvo dimensiones estructurales. Con un abultado déficit fiscal, déficit en la balanza de pagos, una creciente inflación y una férrea oposición empresarial a la nacionalización bancaria y el control de cambios decretado por su antecesor el 1° de septiembre de 1982 (Salazar, 2004).

De la Madrid tuvo que rehacer la relación política y económica con el empresariado, se focalizó en una nueva arquitectura de propiedad de los grupos económicos y una reorganización del sistema financiero para poder paliar los efectos de la estatización (Morera, 1998)

De las tres premisas enunciadas líneas arriba nos centraremos en la privatización de las empresas estatales. Éste proceso no fue exclusivo de México. La crisis de la década los 70 demostró que el arreglo keynesiano para salir de los ciclos de crisis vía la intervención estatal había llegado a su límite. El déficit público se disparó tanto en los países centrales como en los periféricos. El efecto contra cíclico del gasto público perdió eficiencia por el proceso de estanflación (Guillén, 1996).

Los promotores de la privatización esgrimen como argumento la eficiencia. Esto es, que el sector privado es un mejor prestador de servicios que el sector público. Por los resultados del caso mexicano, es por lo menos discutible. Aunque, los economistas neoliberales esgrimen un argumento de carácter moral: el Estado y sus empresas deciden de manera autoritaria y vertical la asignación de los recursos; mientras que la sabiduría del mercado permite que sean los individuos los que decidan libremente la asignación de dichos recursos. (Escalante, 2015)

#### B.- ETAPAS DEL PROCESO DE PRIVATIZACIÓN DE EMPRESAS ESTATALES

El proceso de privatización de las empresas paraestatales en nuestro país tuvo tres etapas: correspondientes a los sexenios de Miguel de la Madrid, Carlos Salinas de Gortari y Ernesto Zedillo Ponce de León.

En la primera etapa, durante el gobierno de De la Madrid, se privatizan aquellas empresas que, según la Constitución recién reformada, no consideraba estratégicas. La mayor parte de las empresas no prioritarias eran empresas propiedad de la cartera industrial de la banca de desarrollo Nacional Financiera y del Banco Mexicano Somex (Sacristán, 2006).

Durante el primer período de privatizaciones, los ferrocarriles se consideraron área estratégica, y por ende no sujeta a desincorporación como las otras ramas de la economía, el régimen de De la Madrid consolidó y reestructuró financieramente los ferrocarriles. Integró en Ferronales las diversas empresas ferrocarrileras propiedad del Estado. En 1987 el Gobierno Federal absorbió mil millones de dólares en deuda de los ferrocarriles (Salas, 2017).

En el segundo período— en el período presidencial de Carlos Salinas de Gortari— se vendieron empresas públicas de forma masiva, la única

límitante fueron los sectores que la Constitución consideraba como estratégicos. En esta etapa el proceso de privatizaciones se intensificó, abarcó compañías con una fuerte participación en el mercado (incluso monopolios y oligopolios) y empresas que eran rentables. Se desincorporaron las líneas aéreas, las minas, Teléfonos de México, la banca múltiple, la industria acerera. (Clavijo y Valdivieso, 2000)

Durante esta segunda etapa, si bien los Ferrocarriles Nacionales de México continuaron siendo una empresa paraestatal, se privatizaron algunos servicios. En concreto la construcción de un ferropuerto en la región de la Laguna y la operación de la terminal de contenedores de Pantaco (Salinas, 1992, p 1079). También, se procedió a la venta de la Constructora Nacional de Carros de Ferrocarril (Concarril). El gobierno de Salinas se la vendió a la canadiense Bombardier. Concarril se dedicaba a la fabricación de vagones para Ferronales y para el Sistema de Transporte Colectivo Metro (Escamilla, 2015)

En el tercer período, ya durante el sexenio del presidente Zedillo, las acciones principales en el proceso de privatización habían concluido. La cantidad de empresas estatales era reducida y, aunque importante, el Estado participaba en pocos sectores económicos. En este sentido, se han observado desinversiones limitadas de empresas desde 1994, involucrando los particulares en áreas anteriormente bajo control estatal, enfocadas en concesiones para el manejo de bienes públicos. Durante este período se otorgaron diversos servicios de transporte y carga, incluyendo ferrocarriles, autoridades portuarias, carreteras, canales de transmisión de radio satelital y operaciones aeroportuarias. También ha habido grandes avances en la transmisión y la generación de energía eléctrica bajo ciertas condiciones (Clavijo & Valdivieso, 2000).

#### C.- REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA ECONÓMICA

Para privatizar los ferrocarriles fue necesario modificar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). En la reforma de 3 de febrero de 1983 los ferrocarriles habían quedado dentro del área reservada al Estado en la actividad económica.

De la Madrid quería delimitar la intervención estatal en la economía. Al inicio de su gobierno en el marco del Programa Inmediato de Reordenación Económica, propuso la modificación de los artículos 25 y 28 de la CPEUM, para determinar de un modo preciso cuáles habrían de ser los alcances y las prerrogativas de la intervención estatal directa en la economía. Buscaba delimitar el ámbito estatal para tener reglas de juego claras en su relación con los particulares. (Cárdenas, 2010)

Los cambios al artículo 28 de la CPEUM sentaron las bases para el proceso de privatizaciones que habría de culminar hasta el año 2000. El párrafo 4º del artículo 28 establecía las actividades que no se considerarían monopolios –y permanecerían bajo control estatal-. Así las cosas, producto de la reforma constitucional de 1983, la redacción del párrafo 4º quedó de la siguiente manera:

“No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas a las que se refiere este precepto: Acuñación de moneda; correos, telégrafos; radiotelegrafía y la comunicación vía satélite; emisión de billetes por medio de un solo banco, organismo descentralizado del Gobierno Federal; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad; ferrocarriles y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión” (DOF, Febrero 3, 1983)

El gobierno de Zedillo comenzó en medio de una severa crisis económica que derivó en una crisis financiera. La privatización de puertos, aeropuertos y ferrocarriles fue anunciada en una serie de medidas justificadas en su momento por la necesidad del Estado de procurar recursos.. El 16 de enero de 1995, el Gobierno Federal envió una iniciativa para reformar el artículo 28, párrafo cuarto de la CPEUM. La razón de que los ferrocarriles fueran considerados como una actividad realizada exclusivamente por el Estado se da al considerar las relaciones sociogubernamentales, la estructura económica del país y los cambios en las comunicaciones y transportes.

La iniciativa se basa en la creencia nacional de que las operaciones ferroviarias no necesariamente son de propiedad sino que se administran de manera efectiva, y que las naciones constitucionales deben tener los recursos necesarios para modernizar y desarrollar cualquier industria. Se

basa en la creencia de que la ley garantiza que la supervisión regulatoria pueda ser ejercida por las autoridades. (Farah, 1995)

Por virtud de la reforma promovida por Zedillo, el párrafo cuarto del artículo 28 de la CPEUM quedó de la siguiente forma:

“No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia” (DOF, Marzo 2, 1995)

Esta reforma permitía la posibilidad de privatizar, mediante concesiones a Ferronales. Como parte del desarrollo legal de esta modificación a la CPEUM se expidió la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario

#### D.- LA EXPEDICIÓN DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO FERROVIARIO

Las reformas constitucionales fueron complementadas con una Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario (LRSF) que estaba destinada a regular el nuevo sistema ferroviario a partir de la privatización. Esta ley fue publicada el 12 de mayo de 1995 en el Diario Oficial de la Federación.

El propósito de la LRSF fue definir mecanismos y reglas para otorgar concesiones. Esta ley fue creada para regular la edificación, operación, uso y conservación de las vías férreas y el servicio público de transporte ferroviario. La ley postula que los inversores necesitaban una concesión del Estado para participar en el servicio ferroviario. Los requisitos para obtener esta concesión también están fijados por ley. Asimismo, el 19 de junio de 1995, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT) estableció el Comité de Reestructuración del Sistema Ferroviario Nacional, integrado por funcionarios de la SCT y trabajadores de Ferronales. Esta comisión fue la responsable directa del proceso de privatización (Andalón y López, 2003)

El artículo 7 de la LRSF establece que la construcción, operación y uso de los ferrocarriles como vía común de comunicación no requieren concesiones. Además de proporcionar transporte público ferroviario.

Las concesiones son uno de los mecanismos utilizados por los estados para la prestación de servicios públicos. Esto incluye los poderes del Estado para permitir que los individuos (personas físicas o jurídicas) administren y usen los servicios públicos o usen y utilicen la propiedad estatal. Este puede cambiar el regulador original o funcionar como regulador de la prestación de los servicios públicos. Para la producción de bienes del Estado. Hay que tener en cuenta las clases de bienes y/o servicios públicos que pueden ser objeto de concesión. Por otro lado, la facultad del Estado para otorgar estas concesiones no es absoluta, sino limitada a determinadas regiones y bienes públicos (Anaya, et al., 2010)

Las concesiones se otorgan mediante licitación pública que será hecha del conocimiento público en el DOF y en los periódicos oficiales de los Estados en donde se encuentren o se hayan de construir las vías férreas (Artículo 9 LRSF). Las concesiones estarían en vigor por 50 años. Éstas pueden ser prorrogadas hasta por un lapso que no sea mayor a 50 años (Artículo 11 LRSF)

Respecto de las compañías que puedan optar por una concesión, el artículo 17 de la LRSF establece que las concesiones únicamente se darán a personas morales mexicanas. Únicamente se acepta una participación de capital social extranjero no mayor al 49%, en términos del segundo párrafo del artículo en comento.

No obstante, el tercer párrafo del artículo 17 de la LRSF abre la puerta a la extranjerización de las concesiones. Se puede permitir una participación extranjera mayor al 49% con una determinación positiva de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.

El artículo 37 de la LRSF divide al servicio público de transporte ferroviario en servicio de carga y servicio de pasajeros. Según el artículo 42 de la LRSF la concesión para la prestación del servicio público de transporte de carga faculta a los concesionarios para transportar cualquier tipo de bienes. Aunque, establece ciertas regulaciones por parte de la

Secretaría de Comunicaciones y Transportes para materiales, residuos remanentes y desechos peligrosos.

Con respecto al transporte público de pasajeros, el artículo 43 de la LRSF establece obligaciones federales para fomentar la prestación de este servicio a comunidades remotas que -de otro modo- no tendrían transporte público. Los concesionarios tienen la obligación de prestar servicio a esas poblaciones en las condiciones que dicte la SCT. Ante lo ocurrido con el transporte de pasajeros, este artículo anuncia su desmantelamiento. En los años posteriores a la emisión de la LRSF, las rutas de pasajeros fueron canceladas gradualmente hasta dejar de ofrecerse, con excepción del Ferrocarril Chihuahua al Pacífico.

En cuanto a las disposiciones transitorias, la disposición transitoria cuarta permitía a Ferronales continuar sus operaciones de conformidad con su Ley Orgánica hasta que la SCT otorgara concesiones en materia de ferrocarriles, servicios auxiliares y transporte ferroviario. El artículo quinto transitorio establece que las concesiones no afectan los derechos laborales adquiridos tanto de los trabajadores en activo como los trabajadores jubilados de Ferronales.

#### E.- EL PROCESO DE PRIVATIZACIÓN DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE MÉXICO

Para la venta, la red ferroviaria se dividió en sistemas regionales y se ofreció a varias sociedades concesionarias a través de concursos públicos. Quería evitarse la experiencia de privatizaciones como la de Telmex, que dejó de ser un monopolio público, para ser un monopolio privado. Por ende, el sistema ferroviario fue dividido. Las opciones para hacer la división eran dos: a) dividir en varios servicios integrados verticalmente o; b) dividir horizontalmente: infraestructura, operaciones, comercialización, etc El gobierno federal se decantó por la primera opción para el nuevo sistema ferroviario privado porque es la modalidad imperante en los Estados Unidos y Canadá, que son nuestros principales socios comerciales (Sacristán, 2006).

Así las cosas, Ferronales se dividió en tres grandes ferrocarriles regionales: Ferrocarril del Noreste; Ferrocarril del Pacífico Norte. y

Ferrocarril del Sureste. También se habilitó como terminal ferroviaria de tránsito la Terminal Ferroviaria y Ferrocarril del Valle de México, así como varios ferrocarriles de línea corta para ocupaciones locales y tráfico de corta distancia. (Zepeda, 2012).

La privatización de Ferronales fue regulada por los Lineamientos Generales para el Inicio de Inversiones en el Sistema Ferroviario Mexicano, emitido por el DOF el 13 de noviembre de 1995. De acuerdo con este documento, la venta de las acciones del Estado Mexicano a las empresas interesadas se realizaría en tres etapas: Registro de interesados. Calificaciones, licitaciones de títulos representativos de capital social;

**TABLA 1.** *Etapas del proceso de desincorporación de las empresas ferroviarias*

ETAPA	
REGISTRO DE INTERESADOS	El registro tuvo como objeto que la SCT identificara las personas o grupos interesados en participar en el proceso de desincorporación de las empresas ferroviarias
VALUACIÓN TÉCNICO FINANCIERA	Con objeto de asegurar que el proceso de venta fuese transparente, las empresas ferroviarias serían valuadas. La valuación técnico-financiera se llevó a cabo con el objeto de que la SCT contara con elementos de convicción para asegurar al Estado las mejores condiciones de venta. La valuación sería efectuada por la Comisión de Avalúo de Bienes Nacionales.
LICITACIONES	La SCT expediría las convocatorias para la licitación de las empresas ferroviarias en el DOF. Y en dos periódicos de circulación nacional.

Fuente: elaboración propia

Al igual que en los procesos de privatización llevados a cabo en la primera y la segunda etapa, en esta tercera también lo fueron los grupos económicos.

En el caso de Ferrocarriles del Noreste, éste fue adquirido por el grupo Transportación Marítima Mexicana y Kansas City Southern. Juntos crearon Transportación Ferroviaria Mexicana, S.A. de C.V. En abril de 2005 concluyó la compra del control accionariado de TFM al Grupo TMM, con lo que a partir de ese momento ejerce el control de Transportación Ferroviaria Mexicana con plenos derechos de voto y con lo que se crea la empresa Kansas City Southern de México. Esta empresa opera

la “*golden line*” de la Ciudad de México a Santillo, Monterrey y la frontera estadounidense en Nuevo Laredo, junto con las líneas a los puertos de Veracruz y Tampico (en el golfo de México); y Lázaro Cárdenas en el Pacífico (OCDE. 2020)

El Ferrocarril del Pacífico Norte fue adquirido por Grupo México de Jorge Larrea, asociado con Ingenieros Civiles y Asociados, y Union Pacific. Juntos crearon la empresa Ferrocarril Mexicano (Ferromex). Es el operador más grande de México. Esta empresa cubre la costa del Pacífico y las rutas centrales de la Ciudad de México a cinco de los cruces fronterizos estadounidenses, con líneas de conexión de Torreón vía Monterrey, al puerto de Altamira; y de Guadalajara al puerto de Manzanillo.

El Ferrocarril del Sureste fue adquirido por el Grupo Acerero del Norte, en asociación con Grupo Peñoles y la Illinois Central. Esta línea une la Ciudad de México con Veracruz y Coatzacoalcos. La COFECE vetó la unión de Ferrosur con Ferromex en el año 2009.

El acceso al área metropolitana de la Ciudad de México y el Valle de México cuenta con un acceso de vías neutral y una compañía terminal, Ferrocarril y Terminal del Valle de México. Es propiedad conjunta de KCSM, Ferromex, Ferrosur y el gobierno federal. También aloja un ferrocarril suburbano de pasajeros Ferrocarril Suburbano de la Zona Metropolitana del Valle de México (en la ruta Buenavista-Lechería). (OCDE, 2020)

En el año 2015, como parte de las reformas impulsadas por el gobierno de Enrique Peña Nieto, se realizaron reformas a la LRSF para fomentar la competencia entre empresas ferrocarrileras. Se estableció la Agencia Reguladora del Transporte Ferroviario (ARTF) como un órgano desconcentrado de la SCT.

Se ampliaron los derechos de arrastre, que son los que se otorga a una empresa concesionaria para que su equipo de arrastre sea manejado con el equipo tractivo, la tripulación y en la vía férrea de otro concesionario mediante el cobro de una contraprestación al concesionario solicitante; también se regularon los derechos de paso y la interconexión entre subsistemas.

## 5. DISCUSIÓN

Los ferrocarriles tuvieron durante el porfiriato, la Revolución y la post Revolución un carácter estratégico. Eran la columna vertebral del transporte en nuestro país. De ahí que desde el propio gobierno se haya querido intervenir directamente en el servicio. El régimen del General Díaz funda los Ferrocarriles Nacionales de México como empresa de participación estatal mayoritaria. El General Cárdenas completa la nacionalización de todo el sistema ferroviario. De esta manera, el sector quedó en poder del Estado por su importancia. Ahora bien, la gestión estatal fue de claroscuros, y finalmente; durante el gobierno de Ernesto Zedillo se decide vender la empresa en aras de mejorar el servicio. A la luz de los resultados de la privatización, las buenas intenciones que se esbozaron para la enajenación no se cumplieron a cabalidad.

La privatización de Ferronales se encuadra en el tercer período de privatización de las empresas del Estado. Y es que en los dos primeros, no se cuestionó la propiedad estatal de ese medio de transporte. Durante la primera etapa, los ferrocarriles se consideraron desde la Constitución, un área estratégica. Incluso el gobierno redimió los pasivos de la empresa y consolidó en Ferronales todo el sistema ferroviario mexicano. En el segundo período de la privatización, si bien se privatizaron algunos servicios complementarios y la Concarril; la empresa siguió siendo propiedad del Estado.

En medio de una profunda crisis económica, el gobierno de Ernesto Zedillo, durante el tercer período de privatizaciones, plantea vender Ferronales como una manera de hacerse de recursos para poder cumplir los compromisos internacionales; porque el país tenía una fuerte crisis de divisas. Para vender los ferrocarriles fue necesario modificar la Constitución. Debido a que durante el primer período de privatizaciones tenía carácter de actividad estratégica –y por ende– debía ser de propiedad estatal. Se reformó el artículo 4º para considerarla actividad prioritaria, sujeta a concesión, bajo la rectoría del Estado.

Para implementar los cambios fue necesaria la expedición de la LRSF y de los Lineamientos para la apertura a la inversión privada en el servicio ferroviario. Sobre la LRSF, establecía las bases para concesionar, no

solamente la prestación del servicio de transporte ferroviario, sino la construcción, operación y mantenimiento de las infraestructuras. Se establecía que las compañías concesionarias no podían tener participación mayoritariamente extranjera. Aunque se podía recabar autorización de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras para permitir una participación mayoritaria.

Ferromex fue dividida en tres empresas regionales: Ferrocarril de Noroeste; Ferrocarril del Pacífico Norte; Ferrocarril del Sureste. El acceso a la meseta central quedó en manos de una empresa propiedad de las tres grandes regionales y el gobierno federal: Ferrocarril y Terminal del Valle de México. Y también algunos tramos de vía corta. La desincorporación de los ferrocarriles favoreció a empresas mexicano-norteamericanas. Con el paso de los años Kansas City Southern se hizo del control de la “*Golden line*” Ferrocarriles del Noroeste. Y el Grupo México, de Germán Larrea se hizo con el Ferrocarril del Pacífico Norte y le compró a Tribasa el Ferrocarril del Sureste.

El resultado fue que pasamos de un monopolio público a dos monopolios regionales privados. La necesidad de incentivar la competencia real y de permitir la interconexión de sistemas, llevaron al gobierno en 2013 a promover reformas a la LRSF para crear la ARTF y establecer derechos de paso y arrastre entre los subsistemas regionales.

## 6. CONCLUSIONES

Como en el caso de otros sectores que fueron privatizados, los ferrocarriles no fueron la excepción en cuanto a lo contradictorio y errático del proceso. Los resultados, contradictorios con las razones que se esgrimieron. Es claro que el control estatal de los ferrocarriles venía desde antes de la Revolución, que el régimen de Cárdenas concluyó con su estatización por considerarlos pieza fundamental del transporte en el país. La gestión estatal no estuvo exenta de malos manejos y de falta de inversiones que lastraron el servicio.

Al darse el viraje económico en 1982, el gobierno consideró que deberían permanecer en manos del Estado. Incluso se saneó la empresa y se consolidaron todas las empresas ferroviarias propiedad del Estado en

Ferromex. En la segunda etapa del proceso de privatizaciones, Ferromex siguió en poder del Estado y, aunque se establecieron algunas políticas de liberalización, el servicio y la infraestructura siguieron siendo de titularidad Estatal. Si bien se privatizaron los talleres de mantenimiento y la Concaril.

Como tantas veces en otros procesos de venta, se esgrimió una razón de eficiencia económica para privatizar los ferrocarriles. En lugar de privatizar el monopolio, como había ocurrido con otras privatizaciones, se dividió Ferromex en tres grandes empresas regionales. Los compradores fueron empresas mexicano-norteamericanas. Con el tiempo se consolidaron dos monopolios regionales, uno en poder de Kansas City Southern de México y el otro en poder del Grupo México. La falta de competencia en el sistema fue tan fehaciente que fueron necesarias reformas para poder establecer cierta interconexión entre sistemas y se creó un ente regulador la ARTF.

## 7. REFERENCIAS

- Anaya, L.M., Martínez, M. C. y Olmos, M. T. (2010) La concesión administrativa, algunos aspectos teóricos y análisis de un caso práctico, *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, Año 2 (4), pp 1-50
- Andalón, M y López, L (2003) Aspectos laborales en las privatizaciones: Los trabajadores y la privatización de los ferrocarriles mexicanos. *Gestión y Política Pública*, 12 (2) pp 253-289
- Cárdenas, E (2010) La reestructuración económica de 1982 a 1994. En E. Servín (Coord) *Del nacionalismo al neoliberalismo, 1940-1994* (pp 182-241), Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Clavijo, F y Valdivieso, S (2010) Reformas Estructurales y Política Económica, el caso de México 1982-1999. Recuperado de:  
[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1751/S338972C617R\\_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1751/S338972C617R_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Diario Oficial de la Federación [DOF] (Febrero 3, 1983) pp 3-6. Disponible en:  
[https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM\\_ref\\_102\\_03\\_feb83\\_ima.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_102_03_feb83_ima.pdf)

- DOF (Marzo 2, 1995) p 3. Disponible en:  
[https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM\\_ref\\_134\\_02mar95\\_ima.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_134_02mar95_ima.pdf)
- Escalante, F (2015) *Historia mínima del neoliberalismo*, México: El Colegio de México
- Escamilla, A (2015) Privatización y reestructuración de la industria de equipos ferroviarios en México (1993-2012): el caso de Concarriil-Bombardier, *Economía Informa* (395) pp 70-106
- Farah, M (1996) Reformas al artículo 28 Constitucional, *Anuario Jurídico*, 1995, pp 61-64
- Guajardo, G, Salas, F y Velázquez, D. (2010) Energía, infraestructura y crecimiento, 1930-2008. En S Kuntz (Coord) *Historia económica general de México* (pp 667-704), Ciudad de México, México: Secretaría de Economía y Colegio de México.
- Guillén, A. (1996) Balance de la privatización en México, *Revista Iztapalapa* (Extraordinario) pp 13-26.
- Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario, DOF, 12 de mayo de 1995
- Lineamientos Generales para la Apertura a la Inversión en el Sistema Ferroviario Mexicano, DOF, 13 de noviembre de 1995
- Morera, C (1998) El capital financiero en México y la globalización, México: UNAM-Era
- OCDE (2020) *Gobernanza Regulatoria en el Sector Ferroviario*, París, Francia: Servicio de Publicaciones de la OCDE. Recuperado de:  
<https://www.oecd.org/publications/gobernanza-regulatoria-del-sector-ferroviario-en-mexico-853948a7-es.htm>
- Romero, J (2015) *Derecho Económico*. México: Oxford.
- Sacristán, E (2006) Las privatizaciones en México, *Economía UNAM*, 3 (9), pp 54-64
- Salas, A (2017) *La economía política neoliberal en México*, México: Foca
- Salazar, F (2004) Globalización y política neoliberal en México. *El Cotidiano*, 20 (126) p 0
- Salinas, C (1992) Cuarto Informe de Gobierno, *Comercio Exterior*, 42 (11) pp 1068-1088
- Witker, J (2016) *Introducción al derecho económico*. México: Publiblex
- Zepeda, C (2012) Privatizaciones realizadas durante el gobierno de Ernesto Zedillo, *El Cotidiano* (172) pp 32-39.

## EL CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO EUROPEO TRANSNACIONAL

---

ESPERANZA GÓMEZ VALENZUELA  
*Profesora de Derecho internacional privado*  
*Universidad de Almería*

### 1. INTRODUCCIÓN

Es objeto de análisis en este estudio el consentimiento cómo uno de los elementos necesarios para que nazca el contrato y genere derechos y obligaciones para las partes. Este elemento está presente desde el Derecho de la antigüedad en nuestro ordenamiento jurídico, porque ya en el Derecho romano aparecía como elemento esencial del contrato. En la actualidad es de suma importancia en el Derecho europeo de contratos, y se materializa en la concurrencia entre las declaraciones de voluntad necesarias para que contrato nazca a la vida jurídica, esto es oferta y aceptación. En este sentido, se analiza la regulación del consentimiento en el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías y en diversos elementos de *soft law* que resultan de especial importancia en el ámbito de los negocios internacionales en la UE cómo son los Principio Unidroit, el Marco común de referencia y los Principios europeos de Derecho de los contratos.

### 2. REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LOS INTRUMENTOS DE DERECHO TRANSNACIONAL

#### 2.1. CONVENIO DE VIENA.

El CV contiene determinados preceptos relativos a la oferta y a la aceptación contractual que interesan en este trabajo. Este Convenio sigue la tradición de los códigos nacionales utilizando el modelo bilateral de oferta y aceptación, de esta forma, sus arts. 14 a 24 regulan los requisitos

que deben reunir ambos elementos para que se produzca el perfeccionamiento del contrato. En concreto, el art. 14 de la CV indica que: “*la propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. La oferta es suficientemente precisa si se indican las mercaderías y expresa o tácitamente se señala la cantidad o el precio o se prevé un medio para determinarlos*”. De esta forma, cuando se aplica este instrumento no es preciso que en la oferta se especifiquen los elementos constitutivos del contrato (cosa y precio siempre que existan mecanismos que prevean su determinación). Se sustituye así la concreción de ciertos extremos por el establecimiento de mecanismos que permitan la determinación posterior de los elementos del contrato que no quedan especificados<sup>206</sup>.

Con frecuencia, en la contratación electrónica, la oferta se dirige al público en general, por lo que en el caso de los contratos internacionales se plantean dudas de si se está ante una verdadera oferta o no. En este sentido, la CV establece que en este caso se trata de una *invitatio ad offerendum*, salvo que se indique claramente lo contrario (art. 14.2)<sup>207</sup>.

---

<sup>206</sup> Son numerosos los autores que se han pronunciado sobre la oferta contractual en la CV. Sin ánimo de ser exhaustivos pueden mencionarse: FERRARI, F. (1999), *La compraventa internacional. aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; GARRO, A.M., ZUPPI, A.L., *Compraventa Internacional de mercaderías*, La Roca, Buenos Aires; HONNOLD, J. (1987), *Derecho Uniforme sobre Compraventas Internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Edersa, Madrid, pp. 58 y ss; MEDINA DE LEMUS, M. (1992), *La venta internacional de mercancías, Colección de Ciencias Sociales, Serie Derecho*, Tecnos, Madrid, pp. 25-26; PILTZ, B. (1992), *El ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías*, La Ley, Madrid, pp. 942-949; *id.*, *Compraventa Internacional. Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980*, Astrea, Buenos Aires, 1998, pp. 46-87.

<sup>207</sup> Como se ha indicado *supra*, la diferenciación entre oferta y mera invitación a recibir ofertas debe ser tomada en cuenta como una cuestión crucial en la configuración de una página web cuando esta tenga un carácter comercial y este dirigida a personas indeterminadas y que suelen incorporar un catálogo de productos y la posibilidad de adquirirlos mediante la utilización de una TV. Puesto que se verán obligados a cumplir los términos de la oferta si esta resulta aceptada (a diferencia de si se trata de invitaciones a ofrecer que no tienen carácter vinculante). Para evitar resultados no deseados puede ser oportuno que aquellos PSSI que sólo deseen incorporar invitaciones para ofrecer lo expresen de forma clara e inequívoca en su página web, de forma que no haya posibilidad de que los potenciales destinatarios de su contenido las confundan con ofertas vinculantes.

La CV regula la aceptación contractual en los arts. 19-22. Este precepto presenta especial interés en relación con las condiciones de contratación y las llamadas “batallas de formularios”. Con esta expresión se designa aquella situación en que las partes se intercambian, al menos un formulario, que añade algún término que modifica sustancialmente a la oferta. La situación se complica por la práctica habitual de enviar ofertas y aceptaciones que contienen CGC, que con posterioridad, cuando surja el litigio, pueden resultar contradictorias, haciendo compleja la determinación de los términos que rigen el contrato<sup>208</sup>.

De esta forma, en la práctica de los negocios internacionales podría darse el supuesto de un contrato en el que el aceptante se adhiere (acepta) a las condiciones que el oferente publicita y el oferente le envía un mensaje en el que modifica algunos términos de la oferta, por ejemplo relativos al plazo de entrega o la ley aplicable al contrato. En el caso de que surja una controversia relativa a estas cuestiones, puede plantearse qué términos son los que deben regir esta cuestión. Sobre este tema debe indicarse que en primer lugar,

un sector de la doctrina entiende que la batalla de los formularios no está regulada por la CV ya que se trata de una cuestión de validez (art. 4 CV)<sup>209</sup>.

El segundo sector entiende:

*que el problema ha de resolverse de acuerdo con las normas de la Convención, la jurisprudencia avala esta postura*<sup>210</sup>. En relación con este

---

<sup>208</sup> Véase PERALES VISCASILLAS, M.P. (1996), “La batalla de los formularios en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: una comparación con la sección 2-207 UCC y los Principios de UNIDROIT”, *La Ley*, viernes 15 de noviembre de 1996, núm. 4167, pp.1-12; *id.*, “Battle Of The Forms Under The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparison With Section 2-207 UCC And The Unidroit Principles”, *Pace International Law Review*, 1998, vol.10, núm.1, pp. 97-155.

<sup>209</sup> Véase DESSEMONTET, F. (1991), “La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises” F. Dessemontet (ed.), *Les contrats de vente internationale de marchandises*, Cedidac, Lausanne, 1991, p.56; VON HUBER, U. (1979), “Der Uncitral-Entwurf eines Übereinkommens über Internationale Warenkaufverträge”, *RabelsZ*, 1979, vol. 43, núm.3, pp.444-445.

<sup>210</sup> Véase RITONDALE, F (2009), La formazione progressiva del contratto: il complicato discri-men tra puntuazione e perfezionamento dell'accordo”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, fasc. 9, pp. 876 y ss.

sector existen diversas posturas<sup>211</sup>: Una primera postura entiende que la batalla de los formularios es una laguna que ha de resolverse conforme a la aplicación de los principios generales que rigen la CV (teoría del *knock out rule*)<sup>212</sup>.

En este sentido, algunos autores afirman que:

“se aplica el principio de buena fe y llegan a un resultado por el cual, las cláusulas contradictorias contenidas en los formularios se anularían, y la cuestión se regularía por el derecho dispositivo que resulte aplicable, los usos o la buena fe<sup>213</sup>. En segundo extremo, la postura más seguida conduce a la aplicación de la que se conoce como *last shot rule*, ya que el último que envía su declaración controla los términos del contrato”<sup>214</sup>.

---

<sup>211</sup> Véase CIACCAFAVA, F. (2012), “*Contratti*, Egafnet.it, Roma”, pp. 71-92; GRASSANO, A.P., “*Contratti di compravendita internazionale con condizioni generali*”, *Diritto civile e commerciale, Diritto internazionale*, 2005, pp. 28-42.

<sup>212</sup> Son dos los fundamentos para sostener esta tesis. Uno se basa en la propuesta belga que intentaba encontrar una solución mediante la cual los términos contradictorios se anulasen (*knock out rule*) (Documentos Oficiales, arts. 87-103). Véase HELLNER, J. (1986), “The Vienna Convention and Standard Form Contracts”, in P. Volken & P. Sarcevic, *International Sales of Goods*, Oceana Publications, p.342. El segundo entiende que los actos de ejecución contractual no pueden considerarse como actos de aceptación: MOCCIA, C. (1989-1990), “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the “Battle of the Forms”, *Fordham International Law Journal*, vol.13, p.667; VAN DER VELDEN, F., (1984), “Uniform International Sales Law and the Battle of Forms”, *Unification and Comparative Law in Theory and Practice. Contributions in Honour of Jean Georges Sauveplanne*, Kluwer: Deventer, pp.241-243; VERGNE, F.(1985), “The “Battle of the Forms” under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *American Journal of Comparative Law*, pp.255-256.

<sup>213</sup> Esto es, se adopta la solución que se sigue en determinados sistemas jurídicos, como la *knock out rule* de los EEUU en la sección 2-207(3) UCC, la regla del disenso parcial “*partiell Dissens*” rule de los pfos. 154 y 155 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), o la solución del art. 2.22 de los PU. Una variación de esta teoría es la que sostiene que se produce una exclusión tácita del artículo 19 de la CV (véase HENNING S. (1993), “Standard Business Conditions in Germany under the Vienna Convention”, *The Comparative Yearbook of International Business*, vol.15, p.381).

<sup>214</sup> Una aplicación de esta regla en un caso real sería como sigue: un comprador francés pidió ventanas que debían de ser fabricadas por el vendedor (italiano) siguiendo sus especificaciones. El vendedor envió al comprador una confirmación que contenía sus condiciones de venta al dorso, entre las que se incluía una del siguiente tenor: “*los defectos en las mercancías han de comunicarse al vendedor dentro de los 10 días siguientes a la entrega*”; posteriormente, el vendedor envió las mercancías y el comprador las recibió. En este caso, la confirmación se consideró como una contraoferta que resultó aceptada implícitamente por la conducta del comprador al recibir las mercancías. Ahora bien, debe destacarse que este caso se dió en un entorno que no era el electrónico (véase DRAETTA, U. 1996, “La Battle of Forms nella prassi del

Hay autores que abogan por una interpretación alternativa, así Díez-Picazo, entiende que

“(…) el artículo 19 de la CV solo debe aplicarse a las situaciones en las que no ha existido aún ningún acto de ejecución por las partes, ya que si ha existido, el problema no está ya en la existencia del contrato, sino en la determinación de su contenido”<sup>215</sup>.

Por otra parte, el art. 20 y 21 de la CV establecen el plazo de aceptación para la oferta y las implicaciones de la aceptación tardía respectivamente y por último el art. 22 de este texto convencional regula la retirada de la aceptación afirmando que esta puede darse si su retiro llega al oferente antes que la aceptación haya surtido efecto o en ese momento.

### 3. PRINCIPIOS UNIDROIT

En segundo extremo, los PU siguen al igual que la CV el sistema basado en la oferta y la aceptación como elementos necesarios para que tenga lugar el perfeccionamiento del contrato (art. 2.1). Con respecto a la oferta contractual, el art. 2.2 de los PU establece que

“Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación”<sup>216</sup>.

Esta regulación de los PU incluye las ofertas realizadas a través de cualquier medio y dirigida a una generalidad de público o destinatarios, porque, entre otras razones, este instrumento, se fundamenta en el principio de libertad de forma (art. 1.2)<sup>217</sup>.

---

commercio internazionale”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm. 2, p.326; PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato...*, op. cit., p. 719).

<sup>215</sup> Véase DIEZ PICAZO, L. (2006), *La compraventa internacional de mercaderías*, Civitas, Madrid, pp. 42-44.

<sup>216</sup> Resulta de interés la obra DE CUEVILLA MATOZZI, L. (22-28 de noviembre de 1999), “El concepto de oferta contractual en el comercio internacional: un análisis de los Principios de UNIDROIT desde la perspectiva del Derecho Privado español”, AC, núm. 43, p. 1430, señala que en la configuración o delimitación de este requisito de la oferta contractual han prevalecido los criterios de flexibilidad característicos de los sistemas del *common law*, en lugar de la rigidez propia de los sistemas del *civil law*.

<sup>217</sup> La definición de oferta en los PU no se aleja en esencia del concepto que recibe en el Derecho español: “una declaración de voluntad de naturaleza recepticia, como tal dirigida a otro

Este precepto establece jurídicamente la definición de oferta y los elementos mínimos e imprescindibles para que una declaración de voluntad pueda considerarse como tal<sup>218</sup>. Delimitar cuándo una comunicación puede considerarse como una oferta es de suma importancia, ya que sólo las declaraciones de voluntad que reúnan los requisitos legalmente establecidos para ser así consideradas podrán ser aceptadas y consecuentemente dar lugar al nacimiento de un contrato. En relación con la aceptación como elemento necesario para la perfección del contrato se establece en el art. 2.6 de los PU. Este precepto se encarga de indicar cuáles son las formas de manifestar la aceptación a la oferta. En este sentido, la aceptación es una forma de exteriorizar una voluntad que debe contener la intención del aceptante de quedar vinculado; vinculación que se produce cuando su respuesta se torna perfecta sin necesidad de que contenga los elementos materiales que todo contrato debe comprender porque la propia oferta es la encargada de señalarlos<sup>219</sup>.

De otra parte, en relación con la aceptación, también es importante señalar el art. 2.1.22 de los PU que se refiere al igual que la CV a la batalla entre formularios cuando en el proceso de contratación, las partes utilizan condiciones generales de contratación. Del tenor de este artículo se desprende que según los PU las partes contratantes no pueden imponer sus condiciones a la otra parte si estas no las acepta expresamente por el

---

sujeto y emitida con un efinitivo propósito de obligarse si la aceptación se produce (...) conteniendo los requisitos indispensable al fin proyectado y por consiguiente con todos los elementos necesarios para el futuro contrato" [STS de 10 de octubre de 1980, RJ 1980, 3623] (véase DIEZ PICAZO, L.; ROCA TÍAS, E.; MORALES, A.M., *Los Principios del derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 58-79; SCHULZE, R., ZIMMERMANN, R., *Textos Básicos de Derecho privado Europeo*. Recopilación, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, pp. 36-77).

<sup>218</sup> Este precepto presenta algunas similitudes con el art. 14.1 de la CV, aunque en el caso de los PU no se especifican qué elementos hace que la oferta sea así considerada. La CV, por el contrario, sí lo establece: (...) *una oferta es suficientemente precisa cuando se indican las mercaderías y expresa o tácitamente se señala la cantidad y el precio o se prevé un medio para determinarlos*. Una correcta interpretación entre el art. 2.2 de los PU y el mencionado art. 14.1 de la CV conlleva a considerar que no pueden considerarse como contradictorios, sino complementarios (véase AAVV, *Comentario a los Principios de Unidroit... op. cit.*, pp.115-116).

<sup>219</sup> De esta forma, al aceptante, a diferencia del oferente, le basta con emitir una simple respuesta ("acepto", "de acuerdo") para entrar a formar parte del contrato, a menos que el oferente prescriba los términos en los que la respuesta se ha de realizar, el modo en el que el destinatario debe aceptar, el tiempo y el lugar en el que la aceptación debe llegar, etc.

simple hecho de haberlas formulado con posterioridad a la aceptación. Este precepto estipula que las cláusulas contradictorias no podrán entenderse en ningún caso como pactadas, no atribuyéndosele ese valor al silencio del oferente. Se plasma aquí la teoría del *knock out rule*, según la cual

“(…) en caso de discrepancia entre las condiciones utilizadas por el oferente y por el aceptante habría que acudir a los textos de derecho dispositivo, los criterios generales de integración de los contratos, los usos mercantiles y la buena fe”<sup>220</sup>.

#### 4. MARCO COMÚN DE REFERENCIA

El MCR contiene las normas sobre la oferta y la aceptación del contrato en el Cap. IV del Libro II, que sigue el modelo de formación contractual clásico, basado en el intercambio de la oferta y de la aceptación. Como novedad en este texto, cabe resaltar que en la sección I sobre disposiciones generales, el art. II.4: 101 MCR) establece que la concurrencia de oferta y aceptación no es el único medio para la formación del contrato<sup>221</sup>. Este precepto enuncia dos requisitos para que el contrato esté válidamente formado: en primer lugar que haya una intención de establecer una relación jurídica vinculante y en segundo lugar que haya un acuerdo suficiente. Estos requisitos se determinarán según las declaraciones y la conducta de la parte que pretenda vincularse que puedan ser entendidas de este modo por la otra parte<sup>222</sup>. De esta forma, con respecto

---

<sup>220</sup> Como indica P. Perales Viscasillas, “(…) la pretendida neutralidad que se intenta plasmar en este artículo puede dar lugar a situaciones no queridas por ninguna de las partes. Esta autora indica el siguiente ejemplo: En la oferta de un contrato se indica que el plazo de denuncia de la falta de conformidad de las mercancías es de dos meses, mientras que en la aceptación se indica que ese plazo se elevará a dos meses y 15 días. Si, finalmente estas cláusulas se anulan, y se aplican las disposiciones de la Convención de Viena, tendremos que, como dice el artículo 39 de la CV, el comprador dispone de un “plazo razonable” para efectuar tal denuncia, plazo que según la jurisprudencia entorno a la Convención se entiende como muy breve” (véase PERALES VISCASILLAS, P., “La batalla de los formularios en la Convención de Viena...”, loc. cit., pp. 1-12).

<sup>221</sup> Véase SCHULZE, R., “Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law”, *European law publishers* pp. 95-125.

<sup>222</sup> *Ibidem*, p.100.

a la oferta, el MCR en su art. II. 4:201 establece que una propuesta equivale a una oferta si:

“(a) se pretende dar lugar a un contrato cuando la otra parte lo acepte y si (b) es lo suficientemente completa para permitir la formación del contrato”. Asimismo según este precepto la oferta puede hacerse a una o varias personas.

Con el fin de determinar la voluntad del oferente de vincularse en relación con un determinado contrato, el art. 4:102 del MCR establece que habrán de tenerse en cuenta la interpretación que haga el destinatario de las declaraciones o conducta del oferente. Este instrumento, al igual que en el caso de los PECL, hace primar la forma en la que el destinatario entiende que se ha hecho la propuesta sobre la propia voluntad del oferente<sup>223</sup>. En relación a la oferta contractual, destaca el art. 4:201 3º del MCR que establece que:

“La propuesta hecha por un profesional, en anuncios, por catálogo o mediante la exposición de mercancías, de suministrar bienes o servicios a un precio determinado, se entiende como oferta de vender o de suministrar al precio indicado hasta que se agoten las mercancías almacenadas o la capacidad del profesional de prestar el servicio”.

En tercer lugar, la regulación de la revocación de la oferta en el MCR, se hace de forma similar a la CV, este instrumento establece el límite para llevarla a cabo hasta el momento en el que se produzca la aceptación (art. II. 4:202 del MCR)<sup>224</sup>.

Por otro lado, también debe señalarse la regulación de la aceptación en el MCR, que se recoge en el art. II. 4:204 del MCR. Este precepto establece que

“toda forma de declaración o conducta por el destinatario es una aceptación si indica asentimiento a la oferta”.

---

<sup>223</sup> Véase MICKLITZ, H., CAFAGGI, F., (eds.), *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, pp. 201-221.

<sup>224</sup> En el mismo sentido se pronuncian algunos ordenamientos, como es el caso del alemán que sólo prevé la posibilidad de la retirada de la oferta si ésta llega al destinatario antes que la propia oferta (art. 130 BGB en relación con el art. 145 BGB).

Como ocurre en otros textos transnacionales como los PU y los PECL el silencio o inactividad por sí solas no constituyen aceptación<sup>225</sup>. Según el art. 4: 205 (1) el contrato estará concluido cuando la aceptación llegue al oferente. En cualquier caso, si la aceptación puede desprenderse de la conducta del destinatario, el contrato estaría concluido desde que el oferente tenga constancia de esta conducta [art. 4:205 (2)]. Esta cuestión es novedosa con respecto a otros textos normativos, porque no supedita necesariamente el perfeccionamiento del contrato a la aceptación expresa de la oferta sino que la aceptación puede darse también de forma tácita<sup>226</sup>. Este hecho, en la práctica, puede suscitar dificultades en cuanto a la prueba de la correcta formación del consentimiento de las partes<sup>227</sup>. Puede darse el caso de que la aceptación conlleve una modificación sustancial de los términos del contrato de manera que altere sustancialmente la oferta. Del mismo modo, puede ocurrir que la oferta se condicione a la aceptación por el destinatario de todos sus términos. No habrá, en principio, en estos casos una aceptación sino una contraoferta<sup>228</sup>. De esta forma, el contrato se perfecciona cuando conste la intención de la contraparte de vincularse por el contrato, por ejemplo a través de los actos de ejecución<sup>229</sup>.

Con relación a este tema el MCR se sitúa en una línea reformista (como los PECL y los PU), en cuanto dejan el tema abierto y no regulan esta cuestión en particular<sup>230</sup>. Por este motivo habrá que estar al caso

---

<sup>225</sup> Véase DORALT, W. (2011), "The Optional European Contract Law and Why Success or Failure May Depend on Scope Rather than Substance", *Revue des Contrats*, Vol. 2011, nº. 4, pp. 1313-1342.

<sup>226</sup> Véase PERFETTI, U., (2009), "La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo", *Rivista di diritto civile*, vol. 6, pp. 669 y ss.

<sup>227</sup> Véase INFANTE RUÍZ, F.J., (2/2008), "Entre lo político y lo académico: Un Common Frame of Reference de derecho privado europeo", *Indret*, pp. 34-49; DIEGUEZ OLIVA, R., "El derecho de desistimiento en el marco común de referencia", *Indret*, 2/2009, pp. 1-22.

<sup>228</sup> Véase AAVV, "The Common Frame of References for European Private Law-policy choices and Codification Problems", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 28, núm. 4, pp. 659-708.

<sup>229</sup> Véase LARA AGUADO, M.A. (2016), "La oferta y la aceptación contractuales", S. Sánchez Lorenzo (Ed.) *Derecho contractual comparado*, Civitas, Madrid, pp. 681-725.

<sup>230</sup> Véase VALPUESTA GASTAMINZA, E., (2011), "La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: El Draft Common Frame of Reference", AAVV, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, Bosch, Barcelona, pp.86-87. Este autor afirma que "(...) como propuesta personal, un texto

concreto y en si surge una controversia judicial, serán los tribunales los que decidan lo que constituye una variación sustancial de la oferta, con arreglo a la buena fe y a la luz de las prácticas comerciales y los usos<sup>231</sup>.

Con respecto a la aceptación tardía, el art. 2:207 del MCR, al igual que los PECL contiene determinadas reglas sobre la efectividad de estas declaraciones de voluntad. Este precepto establece que surtirán efecto cuando el oferente informe de su admisión al aceptante. En el caso de que las aceptaciones lleguen tarde al oferente, pero se hubieran remitido en plazo, son efectivas desde el momento en el que llegan al oferente. Se recogen por tanto la teoría del conocimiento y de la recepción respectivamente con la salvedad de que el oferente informe al aceptante de que considera la oferta caducada<sup>232</sup>.

En último lugar, y relacionado con la aceptación de la oferta y las cláusulas no negociadas (adhesión) debe destacarse que los PECL y el MCR, al igual que la CV y los PU regulan el supuesto de la incompatibilidad entre condiciones de contratación (batallas de formularios)<sup>233</sup>. En concreto, en los contratos celebrados entre empresarios, ambas partes suelen utilizar sus propias condiciones contractuales de tal forma que cada una

---

*opcional que sirva tanto para contratos de consumo como empresariales, y para contratos nacionales como interestatales, sería la opción menos "agresiva", que permitiría a las partes contractuales elegir un ordenamiento mejor que el nacional, o al menos uno conocido. Con todos sus problemas, su excesivo reglamentismo y su alta impresión (que deberían ser mejorados), el MCR parece un conjunto de reglas mucho más lógico que, al menos, el Derecho español actual".*

<sup>231</sup> Los comentarios sobre estos textos normativos afirman que "(...) una alteración es sustancial cuando resulta sorpresiva, gravosa para la parte sin cuyo conocimiento expreso se ha incorporado, las que requieren un plazo de reclamación más corto que el razonable y, en definitiva, aquéllas que, por ser inusuales o contrarias al equilibrio de prestaciones propio de la clase de contrato o del sector de actividad de que se trate, pueden pasar desapercibidas para la otra parte" (véase MAURER, V., "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", Syracuse Journal of International Law and Commerce, 1989, vol. 15, p. 373).

<sup>232</sup> Véase ARROYO, E; EBERS, M. (enero de 2008), "Los Principios del Derecho Contractual Comunitario", ADC, núm. LXI-1, pp. 211 y ss.

<sup>233</sup> Véase VON BAR, C., CLIVE, E. y SCHULTE NÖLKE, H. (2009), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Sellier, Munich, pp. 85-118.

acepta la declaración de voluntad de la otra pero a través de sus propios formularios, que pueden ser incompatibles.

El art II. 4: 209 MCR trata de dar una solución a esta cuestión concluyendo que si las partes han llegado a un acuerdo, existe contrato aunque la oferta y su aceptación se refieran a condiciones incompatibles, formando parte del contrato en la medida en que coincida “en lo fundamental” (MCR). Esta regla presenta una excepción en el caso de que alguna de las partes hubiera indicado de manera previa, explícita y no por medio de condiciones generales de contratación que no se considerará obligada en esta situación o bien se lo comunique con posterioridad a la otra parte sin demora (II.-4: 209 MCR). Es decir, las condiciones contractuales que sean compatibles entre sí formarán parte del contrato mientras que las que no lo sean, se “anulan” mutuamente.

## 5. PRINCIPIOS EUROPEOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS

Por último, debe hacerse alusión a la regulación que sobre la oferta y la aceptación realizan los PECL. Este instrumento muestra una actitud ambivalente: por un lado, parece querer alejarse del esquema bilateral y establecen en su art. 2:2101, que

“para que se perfeccione un contrato sólo hace falta la intención de las partes de vincularse jurídicamente y que alcancen un acuerdo suficiente”<sup>234</sup>.

Con respecto a la oferta, como ocurre en los demás instrumentos mencionados, en los PECL se exige la intención seria del oferente de quedar vinculado por la oferta en caso de aceptación (art. 2:102 PECL)<sup>235</sup>. La oferta tiene la consideración de una declaración de voluntad cuyo fin es perfeccionar el contrato con la concurrencia de la declaración de voluntad del aceptante<sup>236</sup>.

---

<sup>234</sup> Véase LARA AGUADO, M.A., “La oferta y la aceptación...*loc. cit*”, pp. 681-725.

<sup>235</sup> Arts. 14.1º de la CV, 2.2 de los PU.

<sup>236</sup> Véase PERALES VISCASILLAS, M.P., *La formación del contrato...*, *op. cit.*, p. 270.

En cualquier caso, ninguno de los instrumentos mencionados establece expresamente qué términos debe emplear el oferente para que pueda entenderse que desea quedar vinculado si el destinatario acepta la oferta. Sin embargo, existe unanimidad en que la oferta debe ser seria y realizarse con carácter definitivo para obligar al oferente. Por este motivo, si se incluye en la oferta una cláusula con el enunciado “salvo confirmación”, “salvo aprobación” o “sin compromiso”, implica la voluntad del oferente de no quedar vinculado y de que el destinatario sí quede vinculado en caso de que acepte la citada oferta<sup>237</sup>. En este sentido, el art. 2:102 de los PECL dispone que:

“la voluntad de una parte de vincularse contractualmente se determinará a partir de sus declaraciones o de su conducta, tal y como éstas fueran razonablemente entendidas por la otra parte”.

En cualquier caso, el art. 5: 101 de los PECL establece que la intención común de las partes está por encima del sentido literal de las palabras<sup>238</sup>. Con respecto a las propuestas que se realizan a través de Internet y que van dirigidas a una generalidad de destinatarios, los PECL admiten que puedan considerarse ofertas contractuales.

La oferta necesita un periodo de tiempo de vigencia para que pueda recaer la aceptación debido a que el destinatario ha de tener tiempo suficiente para tomar una decisión sobre esta cuestión<sup>239</sup>. El asunto está en determinar cuál será la duración de la oferta o dicho de otra forma, cuanto tiempo estará en vigor. En relación con este tema, pueden distinguirse dos casos diferentes: el primero sería que la oferta fije expresamente su duración o, por el contrario, que el oferente no fije plazo

---

<sup>237</sup> Esas cláusulas se emplean en algunos ordenamientos como es el caso del francés bajo la expresión “*sans engagement*”; en el Derecho italiano, como “*senza impegno*”; en el Derecho inglés, como “*whithout obligation*” o “*subject to agreement*”, y en el Derecho alemán, como “*freibleibend*” (véase LARA AGUADO, M.A., “La oferta y la aceptación...”, *loc. cit.*, p. 684).

<sup>238</sup> De esta forma, en la mayoría de los casos es la verdadera intención del oferente la que prevalece y sólo en los supuestos que presenten cierta complejidad porque no sea posible hacer coincidir la verdadera intención con lo que se desprende, bien sea de las declaraciones del oferente, bien de su conducta, habrá que hacer primar la interpretación que razonablemente se deriva de dichos actos y declaraciones. Con respecto a esta cuestión se pronuncian diversos autores. Véase entre otros, DIEZ PICAZO, L. (2012), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Tomo II, Civitas, Madrid, p. 331.

<sup>239</sup> Véase DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho...*, *op. cit.*, p. 207.

alguno. En relación con el primer supuesto, está claro que la oferta tendrá vigencia durante el plazo expresamente señalado, o se establece un término inicial a partir del que la oferta será eficaz; o bien un término final de la oferta o plazo de vigencia, a partir de este plazo la oferta tendrá eficacia y ha de producirse la aceptación para que el contrato nazca. En este sentido, el oferente puede determinar el plazo de vigencia de la oferta como plazo final de su validez, aunque no en todas las ocasiones este extremo aparece fijado en las ofertas contractuales<sup>240</sup>. Por tanto, puede resultar controvertido determinar si la oferta conlleva un plazo implícito de vigencia para su aceptación, y en atención a que ordenamiento se fija dicho plazo<sup>241</sup>. Sobre esta cuestión, no existe regulación por parte de la Convención de Viena, ni los PU, en cambio, los PECL recogen expresamente

“(…) la posibilidad de que el oferente establezca un plazo para que el destinatario manifieste su oferta”. Concretamente, el art. 2:206 (1) de los PECL señala que: “(…) para que la aceptación tenga efecto debe llegar al oferente en el plazo dispuesto por él”.

Por su parte, los PECL dedican su art. 2:202 a la revocación de la oferta y establecen que el carácter revocable o irrevocable de una oferta puede venir establecido de forma expresa en la propia oferta o deducirse de su interpretación, de las negociaciones que hayan realizado oferente y destinatario o de los usos utilizados en el ámbito comercial.

Con respecto a la aceptación, según los PECL el contrato puede perfeccionarse a través de la aceptación por uno de los contratantes de la oferta hecha por la otra parte, aceptando un contrato preparado por una tercera persona, o por otras vías (art. 2:2101). De esta forma, la aceptación puede producirse de cualquier manera que evidencie al oferente la voluntad del destinatario de quedar vinculado por el contrato (art. 2:204

---

<sup>240</sup> En el caso de la jurisprudencia española los Tribunales en algunas sentencias [STS 3 noviembre 1993 (RJ 1993, 8963) y STC 16 noviembre 1981 (RTC 1981, 37)], se han pronunciado sobre el hecho de que la oferta no recoja el plazo de vigencia en la misma. En estos supuestos, se aplicará el criterio de razonabilidad para su determinación atendiendo a las específicas circunstancias que rodean a cada oferta.

<sup>241</sup> Véase MORENO QUESADA, B. (1956), “La oferta de contrato”, *RDM*, p. 184 y ss; PADILLA RONCERO, F. (1995), “Oferta-Derecho Civil”, *Enciclopedia Jurídica Básica, III*, Civitas, Madrid, p. 4561.

PECL). La mayoría de los ordenamientos coinciden en que la declaración de voluntad que constituye la aceptación del contrato, y por tanto su perfeccionamiento, sólo surtirá efecto cuando la contraparte haya puesto a disposición del destinatario de la oferta los términos del contrato, indicando su carácter vinculante, por tanto, es necesario que dicha información esté accesible al destinatario antes de su aceptación<sup>242</sup>.

Con respecto a la aceptación, es interesante también destacar si ésta puede tener lugar por silencio o por una determinada conducta del destinatario. En primer lugar, con respecto al silencio, en principio, no constituye aceptación, de modo que si el destinatario de la oferta no hace ni dice nada después de recibir una oferta, no queda vinculado por el contrato. Esto es, antes de que exista un acuerdo suficiente para que el contrato se entienda perfeccionado debe haber una comunicación entre las partes, para que cada una de ellas pueda conocer la intención de la otra (art. 2:204 de los PECL)<sup>243</sup>.

## 6.- BIBLIOGRAFÍA

AAVV (2012), *Unification and harmonization of International commercial Law, Interaction or de harmonization*, Kluwer Law internationa, Reino Unido.

AAVV, “The Common Frame of References for European Privat Law-policy choices and Codification Problems”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 28, núm. 4, pp. 659-708.

Aguilar Grieder, H., (2012), “Desafíos y tendencias en el actual Derecho internacional”, Vol. 4, n° 2, *Cuadernos de Derecho transnacional*, pp. 23-48.

---

<sup>242</sup> Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A. (2022), *Derecho privado de Internet*, Civitas, Madrid, pp. 58-63.

<sup>243</sup> De nuevo, como ocurre en el caso de otros instrumentos como los PU, este precepto al establecer que el silencio “por sí sólo” no constituye aceptación, permiten entender, a *sensu contrario*, que “(...) hay que tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, ya que éstas pueden conducir a atribuir al silencio valor de declaración de voluntad positiva o negativa. En este caso al no precisar cuáles son tales circunstancias, se desplaza la responsabilidad de su concreción al intérprete pues no es posible enumerar todos los factores que pueden condicionar el valor del silencio. Del mismo modo, cuando entre las partes ha habido unas negociaciones previas y una de ellas formula una oferta definitiva a la otra, se genera un deber de responder, entendiéndose, en caso contrario, que hay aceptación” (véase DIEZ PICAZO, L., *Los principios de Derecho europeo...*, op. cit., pp. 12-23).

- Arroyo, E; Ebers, M., (enero de 2008), “Los Principios del Derecho Contractual Comunitario”, ADC, núm. LXI-1.
- Arroyo Amayelas, E., (2003), “Formación y perfección del contrato”, S. Cámara Lapuente (Coord.), Derecho privado europeo, Colex, Madrid, p. 350.
- Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González Javier, (2006), “Los contratos internacionales y el mito de la Nueva Lex Mercatoria”, Estudios sobre contratación internacional, Madrid, Colex.
- Campanale, S. (2005), Diritto del Commercio internazionale e normativa comunitaria, Giuffrè editore, Milán.
- Ciaccafava, F. (2012), Contratti, Egafnet.it, Roma, pp. 71-92;
- Grassano, A.P. (2005), “Contratti di compravendita internazionale con condizioni generali”, Diritto civile e commerciale, Diritto internazionale, pp. 28-42.
- Da Gama, L. (2010), “D. Presente y futuro de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales”, Tendencias y relaciones del Derecho internacional privado americano actual, Universidad Ciudad De México, México, pp. 525-534.
- De Cuevilla Matozzi, L. (22-28 de noviembre de 1999), “El concepto de oferta contractual en el comercio internacional: un análisis de los Principios de UNIDROIT desde la perspectiva del Derecho Privado español”, AC, núm. 43, p. 1430 y ss.
- De Miguel Asensio, P.A., (2022), Derecho privado de Internet, Civitas, Madrid, pp. 58-63.
- Dessemontet, F. (1991), "La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises" F. Dessemontet (ed.), Les contrats de vente internationale de marchandises, Cedidac, Lausanne, p.56 y ss.
- Dieguez Oliva, R., (2/2009) “El derecho de desistimiento en el marco común de referencia”, Indret., pp. 1-22.
- Diez Picazo, L (2006), La compraventa internacional de mercaderías, Civitas, Madrid.
- Los principios de Derecho europeo de contratos (2002), Civitas, Madrid.
- Fundamentos del Derecho civil patrimonial (2012), Tomo II, Civitas, Madrid, p. 331.
- Diez Picazo, L.; Roca Tías, E.; Morales, A.M. (2002), Los Principios del derecho Europeo de Contratos, Civitas, Madrid.
- Doralt, W., (2011) “The Optional European Contract Law and Why Success or Failure May Depend on Scope Rather than Substance”, Revue des Contrats, Vol., n°. 4, pp. 1313-1342.

- Draetta, U., (1986) "La Battle of Forms nella prassi del commercio internazionale", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm. 2, pp.326 y ss.
- Fernández Barreiro, A. y Paricio J. (2000), *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, Paidea Ediciones, Madrid.
- Fernández De Buján, A. (2013), *Derecho Privado Romano*. 6ª Edición, Editorial Iustel, España.
- Ferrari, F. (1999), *La compraventa internacional. Aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Fitchen, J. (2020), *The private international Law of authentic instruments*, Hart publishing, Oxford.
- Frier, Bruce W. (2021), *A casebook on the Roma Law of contracts*, Oxford University Press, Oxford.
- Garcimartín Alferéz, F.J. (2001), "La racionalidad económica del Derecho internacional privado", *Cursos de Derecho internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, pp. 87-154.
- Garro, A.M., Zuppi, A.L. (1990), *Compraventa Internacional de mercaderías*, La Roca, Buenos Aires.
- Gómez Valenzuela, E., (2022), *Ley aplicable al perfeccionamiento del contrato electrónico*, Colex, Madrid, pp.74-77.
- Goode, R. (2003), *Contract and Commercial Law: the logic and limits of harmonisation*, *Ius Commune*, pp. 24-36.
- Hellner, J. (1986), "The Vienna Convention and Standard Form Contracts", in P. Volken & P. Sarcevic, *International Sales of Goods*, Oceana Publications, p.342.
- Henning S., (1993) "Standard Business Conditions in Germany under the Vienna Convention", *The Comparative Yearbook of International Business*, vol.15, p.381.
- Hoektra, J. (2010), *Non- State Rules in International Commercial Law. Contracts, Legal Authority and application*, Routledge, Londres y Nueva York.
- Honnold, J. (1987), *Derecho Uniforme sobre Compraventas Internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Edersa, Madrid, pp. 58 y ss.
- Iglesias Santos, J. (2007): *Derecho Romano*, 16ª edición, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, pp. 259-262.
- Infante Ruíz, F.J., (2/2008) "Entre lo político y lo académico: Un Common Frame of Reference de derecho privado europeo", *InDret*, pp. 34-49.

- Lara Aguado, M.A. (2016), "La oferta y la aceptación contractuales", S. Sánchez Lorenzo (Ed.) Derecho contractual comparado, Civitas, Madrid, 2016, pp. 681-725.
- Maurer, V., (1989), "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", Syracuse Journal of International Law and Commerce, vol. 15
- Medina De Lemus, M. (1992), La venta internacional de mercancías, Colección de Ciencias Sociales, Serie Derecho, Tecnos, Madrid, pp. 25-26.
- Michinel Álvarez, M.A., (2012), Derecho internacional privado en los tiempos hipermodernos, Dykinson.
- Moccia, C (1989-1990), "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the "Battle of the Forms", Fordham International Law Journal, vol.13, p.667.
- Pablo-Romero Gil-Delgado, M.C., (marzo 2014), "Avances en la aplicación de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes", CDT, vol. 6, núm. 1, pp. 253-268.
- Perales Viscasillas, M.P., (viernes 15 de noviembre de 1996), "La batalla de los formularios en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: una comparación con la sección 2-207 UCC y los Principios de UNIDROIT", La Ley, núm. 4167, pp.1-12.
- "Battle Of the Forms Under The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparison With Section 2-207 UCC And The Unidroit Principles", Pace International Law Review, 1998, vol.10, núm.1, pp. 97-155.
- Perfetti, U. (2009), "La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo", Rivista di diritto civile, vol. 6, pp. 669 y ss.
- Piltz, B. (1992), El ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías, La Ley, Madrid.
- Compraventa Internacional. Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, Astrea, Buenos Aires, 1998, pp. 46-87.
- Ritondale, F. m" La formazione progressiva del contratto: il complicato discrimen tra puntuazione e perfezionamento dell'accordo", La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, fasc. 9, pp. 876 y ss.
- Sanchez Lorenzo, S. (2012), Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis, Atelier, Madrid, pp. 25-27.

Scott, C., Cafaggi, F., Senden, L. (2011), *The challenge of transnational private regulation: conceptual and constitutional debates*, wiley-blackwell, Oxford., pp.78-79.

*Principios del Derecho Romano*, Editorial Civitas, Madrid, 1990.

Schötz, G.J., (diciembre 2013), “El favor debilis como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas”, *Ars Iuris Salmanticensis*, (Ediciones Universidad de Salamanca), vol. 1, pp. 115-150.

Schulze, R., “Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law”, *European law publishers*, pp. 95-125.

Valpuesta Gastaminza, E. (2011), “La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: El Draft Common Frame of Reference”, *AAVV, Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, Bosch, Barcelona, pp.86-87.

Van Der Velden, F. (1984), "Uniform International Sales Law and the Battle of Forms", *Unification and Comparative Law in Theory and Practice. Contributions in Honour of Jean Georges Sauveplanne*, Kluwer: Deventer, pp.241-243.

Vergne, F., (1985) "The "Battle of the Forms" under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *American Journal of Comparative Law*, pp.255-256.

Von Bar, C., Clive, E. y Schulte Nölke, H. (2009) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, Munich, pp. 85-118.

## LA VOLUNTAD ANTICIPADA COMO ACTO JURÍDICO UNILATERAL Y ALGUNOS DE SUS EFECTOS

---

MARIO IVÁN SAUCEDO RIVERA

*Universidad Autónoma de Baja California*

YOLANDA SOSA Y SILVA GARCÍA

*Universidad Autónoma de Baja California*

ROBERTO VILLA GONZÁLEZ

*Universidad Autónoma de Baja California*

### 1. INTRODUCCIÓN

Pensar en nuestra partida resulta para la mayoría de las personas emocionalmente complicado, ha sido por esta realidad, entre otras razones, que el hombre ha buscado, a través de la medicina, prolongar la vida humana lo más posible; ha sido esta búsqueda la que nos ha llevado a explorar en los campos de la ética y el derecho, la pregunta ¿cuál es el alcance de las decisiones que debe y puede tomar el médico o los familiares en la salud del paciente en etapa terminal? Dicha búsqueda nos ha encaminado a través de la historia en múltiples escenarios, a buscar responder esta interrogante, y al ir desarrollando esta respuesta, se han encontrado antecedentes normativos que han coadyuvado a definir los alcances de la autonomía de los pacientes y los límites médicos que pueden tomarse en la salud del enfermo en etapa terminal, lo que ha surgido esta figura jurídica conocida como voluntad anticipada.

Esta figura tiene sus antecedentes en los Estados Unidos, Inglaterra y Francia, entre otros, los cuales se han pronunciado sobre el alcance de la autonomía del paciente en etapa terminal con diversas figuras jurídicas similares o iguales a la de la voluntad anticipada; en México encontramos en algunas entidades federativas que han regulado sobre la materia al expedir leyes estatales de voluntad anticipada como medida de protección a la autonomía de los pacientes, siendo la principal de ellas

la Ciudad de México; sin embargo, en otras entidades federativas no han establecido suficientes mecanismos de protección a este grupo en situación de vulnerabilidad.

Es por lo anterior que es necesario ahondar de manera enunciativa mas no limitativa, en el origen de la voluntad anticipada y cuáles han sido algunos de los antecedentes que han contribuido a dar forma a esta figura.

### 1.1. ORIGEN DE LA VOLUNTAD ANTICIPADA

La voluntad anticipada tuvo su nacimiento en 1969 en los Estados Unidos, conocida con el término “*testamento vital*” (“*living will*”), por la intervención de un abogado de Chicago, Luis Kutner, quien concibió el modelo del documento en el que cualquier persona podría expresar su deseo o voluntad de que no se le aplicara un determinado tratamiento o cesara su aplicación en caso de una enfermedad terminal<sup>244</sup>. En ese mismo año se funda la asociación denominada Concern for the Dying (Preocupación por los Moribundos) con el objetivo de educar a la sociedad acerca del living will, documento que constituye un proceso de reflexión e inclusión de los ciudadanos en los temas relativos a su salud, autorizando a cada paciente a expresar su voluntad anticipadamente.

En 1976 la Ley de Muerte Natural (Natural Death Act) del Estado de California, legalizó por primera vez todo lo relativo a las instrucciones sobre las voluntades anticipadas en torno a su aplicación, interrupción o rechazo de tratamientos médicos al final de la vida, sin exigir responsabilidad alguna a los médicos que siguieran las disposiciones del paciente.

Existen dos casos que ayudaron al desarrollo de la ley que regula la voluntad anticipada: el primero referente a Ann Karen Quinlan en 1976 y el segundo de Nancy Cruzan en 1990, antecedentes clave que marcaron la evolución de las voluntades anticipadas. En el primer caso los padres de Ann pedían el retiro de la respiración artificial, tras el grave daño

---

<sup>244</sup> Kutner, Luis (1969); *Due Process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal*; Lugar de la publicación: Maurer School of Law: Indiana University, recuperado el 02 de diciembre 2022 en: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2525&context=ilj>

cerebral provocado por una sobredosis de barbitúricos y alcohol, sin embargo, el hospital se negó al respecto e invocó la Encíclica de Su Santidad Pío XII. Fue el Tribunal Supremo de New Jersey el que autorizó la retirada del respirador el 31 de marzo de 1976, Ann comenzó a respirar espontáneamente y logró vivir 10 años más, en forma vegetativa, falleció a causa de una neumonía<sup>245</sup>. El segundo caso es el de Nancy Cruzan, en 1988 sufrió un grave accidente de tráfico que la llevó a un estado vegetativo, sus padres solicitaron el retiro del soporte vital, pero el Tribunal Supremo del Estado de Missouri rechazó su solicitud; el 25 de junio de 1990 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos autorizó a la Administración sanitaria la retirada del tratamiento médico (los tubos que la alimentaban y la hidrataban artificialmente)<sup>246</sup>.

Fue en este contexto que en 1983 se aprobó en el estado de California la primera Ley del Poder Notarial de Duración Indefinida para el Cuidado de la Salud (Power of Attorney for Health Care Decisions).

Desde 1994 hasta la actualidad, casi todos los estados de la Unión Americana reconocen la eficacia jurídica de la voluntad anticipada, ésta (dependiendo del estado) maneja diferentes modalidades.

## 1.2. ORIGEN DE LA VOLUNTAD ANTICIPADA EN LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea también se pronunció sobre la figura de la voluntad anticipada el 29 de enero de 1976, con un documento llamado La Recomendación (779) en el que expone los derechos de los enfermos y moribundos; reconoce que los médicos deben ante todo respetar la voluntad del interesado en todo lo concerniente al tratamiento que se le ha de aplicar. Estima que el derecho de los enfermos a la dignidad y a la integridad, así como a la información y a los cuidados apropiados, deben estar definidos con precisión y concedidos a todos; y finalmente considera que la profesión médica está al servicio del hombre, para la

---

<sup>245</sup> G. Bastera, Fransico (12 de junio de 1985); Falleció Karen Quinlan, tras permanecer 10 años en estado de coma profundo; lugar de publicación: EL PAÍS, consultado el 02 de diciembre 2022 en: [https://elpais.com/diario/1985/06/13/sociedad/487461609\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1985/06/13/sociedad/487461609_850215.html)

<sup>246</sup> Desconocido (s.f.); CASO NANCY CRUZAN; lugar de publicación: Facultad de Medicina Clínica Alemania – Universidad del Desarrollo, recuperado el 02 de diciembre 2022 en: <https://medicina.udd.cl/centro-bioetica/files/2010/10/nancy.pdf>

protección de la salud y el alivio de los sufrimientos, en el respeto de la vida humana y convencida que la prolongación de la vida no debe ser en sí el fin exclusivo en la práctica médica<sup>247</sup>.

### 1.2.1. Inglaterra y la voluntad anticipada

Inglaterra, después de pronunciarse a favor sobre el documento llamado La Recomendación emitido por la Unión Europea el 29 de enero de 1976, emitió una ley llamada Law Mental Capacity (Ley de la Capacidad Mental), en 2005, lo cual permitió que sean adoptadas las decisiones anticipadas para rehusar un tratamiento. Anteriormente ya existían criterios jurisprudenciales (los testamentos vitales eran una práctica corriente, pero sin legislar). Tiene su origen en el denominado HL Paper 21-1 de 1994 dedicado al derecho a rechazar la prolongación de la vida y manifestar el consentimiento libremente y en la Reference Guide to consent for examination or treatment (guía de referencia al consentimiento para el tratamiento o terminación) de 2001<sup>248</sup>.

### 1.2.2. Francia y la voluntad anticipada

Asimismo, la Asamblea Nacional de Francia aprobó la Ley número 2016-87, el 2 de febrero, por la que se crean nuevos derechos de los enfermos y de las personas en fase terminal. La Ley 2016-87 tiene como precedente legal la llamada Ley ‘Leonetti’ en fecha 22 de abril de 2005. La proposición de Ley fue presentada, con el apoyo del Gobierno, por el diputado conservador Jean Leonetti. El diputado Leonetti también es co-ponente de la vigente Ley de 2 de febrero de 2016, junto con el diputado socialista Alain Claeys, y ha tenido una intervención relevante en el proceso ante el Tribunal de Estrasburgo como amicus curiae, la ley modifica varias disposiciones del Código de Salud Pública y del Código de Acción Social y Familiar<sup>249</sup>.

---

<sup>247</sup> San Vicente Parada, Aida del Carmen (2014); REGULACIÓN LEGAL DE LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS EN MÉXICO; lugar de publicación: Amicus Curiae, recuperado el 02 de diciembre 2022 en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/view/47477>

<sup>248</sup> Ibidem.

<sup>249</sup> García y García, Antonio (2016); Apuntes sobre la Ley Francesa de 2 de febrero de 2016 por la que se crean nuevos derechos de los enfermos y de las personas al final de su vida y la

### 1.3. MÉXICO Y LA VOLUNTAD ANTICIPADA

Finalmente conociendo algunos de los antecedentes de la voluntad anticipada, también es menester saber el antecedente en México, siendo en la Ciudad de México; ésta fue la primera entidad federativa en aprobar la Ley de Voluntad Anticipada el 5 de diciembre de 2007 y publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 7 de enero de 2008. Más adelante el 4 de abril de 2008 se publicó su reglamento y, para la mejora de dicha ley, se presentó iniciativa para reformarla y modificarla, por lo que el 07 de diciembre del 2011 se celebró Asamblea Legislativa del Distrito Federal en la que se aprobó dichas modificaciones, firmándose y ratificándose en dicho acto por los diputados que conformaron dicha Asamblea, por lo que más adelante el 27 de julio de 2012 se publicó el decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones a la misma, siendo la modificación más reciente que se ha realizado; el propósito fue regular el mecanismo, por lo que una persona que se encuentre en un estado de coma o un sufrimiento irreversible, sin la capacidad de decidir por sí misma, pueda expresar su deseo de no prolongar su vida de forma artificial para permitirle que tenga una calidad de vida aceptable durante ese trance y que su muerte sea digna<sup>250</sup>.

El 13 de diciembre de 2011 se hace pública la sesión de la Asamblea Legislativa donde se aprobó las modificaciones a la Ley de Voluntad Anticipada<sup>251</sup>, en la cuales participaron la Comisión de Salud, la Asistencia Social, de Administración, la Procuración de Justicia, en apoyo de las siguientes leyes que fueron la Ley de Salud y el Código Penal para

---

sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de junio de 2015, recaída en el caso Lambert y otros contra Francia; lugar de publicación: Dialnet, recuperado el 02 de diciembre 2022 en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6295123>

<sup>250</sup> Asamblea Legislativa del Distrito Federal (13 de diciembre de 2011); Dictamen de las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social y de Administración y Procuración de Justicia de la iniciativa de Decreto que reforma la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, la Ley de Salud para el Distrito Federal y el Código Penal del Distrito Federal; publicado en la Gaceta Parlamentaria de la ALDF, recuperado el 02 de diciembre 2022 en: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-da10e62d8cffe8f7dc88f25e7c06257d.pdf>

<sup>251</sup> Desconocido (13 de diciembre de 2011); *APRUEBAN REFORMAS A LEY DE VOLUNTAD ANTICIPADA*; publicado en la Gaceta Parlamentaria de la ALDF, recuperado el 05 de diciembre 2022 en: <http://aldf.gob.mx/comsoc-aprueban-reformas-ley-voluntad-anticipada--9661.html>

el Distrito Federal para la modificación de la ley de dicha figura, el cual en sus resolutivos aprueban lo siguiente:

**Único.-** Es procedente la Iniciativa de Decreto que reforma la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, la Ley de Salud para el Distrito Federal y el Código Penal del Distrito Federal, con las modificaciones contenidas en el presente Dictamen.<sup>252</sup>

Esta iniciativa tenía como propuesta la modificación de la normativa de la Ley de la Voluntad Anticipada la definición de eutanasia; el establecimiento de un Comité de Ética como órgano interdisciplinario dependiente de la Secretaría de Salud para la autorización de los documentos que plasmen dicha voluntad; el integramiento de dicho comité por medio de un médico especialista en la materia de salud, un especialista en bioética, un psicólogo y un jurista que la Secretaría de Salud designe; establecer facultades a dicho comité para el recibir y analizar las solicitudes con respecto a la voluntad anticipada; y el designar al médico que cumpla con la voluntad de dicho paciente, en caso que el médico tratante sea objetor de conciencia.

Dicho esto (entre otras modificaciones al Código Penal y a la Ley de Salud), se aprobó en su totalidad la iniciativa propuesta por el diputado Israel Betanzos Cortez, siendo esta la reforma más reciente que se ha tenido hasta la fecha.

Siguiendo el ejemplo del Distrito Federal (ahora Ciudad de México), en el estado de Guanajuato también aprobaron la Ley de la Voluntad Anticipada que fue publicada el 29 de junio del 2012 en el periódico oficial del gobierno del estado, en el cual su objetivo principal fue garantizar la atención médica a los enfermos en situación terminal, respetando su voluntad y dignidad humana mediante la manifestación de su voluntad anticipada, la cual se exterioriza a través de los formatos y documentos que en los presentes lineamientos se detallan.

---

<sup>252</sup> Ibidem, pg. 24

## 2. OBJETIVO

El objetivo de esta investigación es presentar en qué consiste la voluntad anticipada, qué regula, cuáles son sus alcances, beneficios, algunos de sus efectos y qué derechos protege al que lo suscribe; asimismo, se pretende demostrar la necesidad de incluir esta figura en nuestra legislación mexicana.

## 3. METODOLOGÍA

El enfoque metodológico para la presente investigación constará de los siguientes puntos:

- Dogmática/teoría jurídica. Se efectuará un análisis dogmático de la figura materia de la investigación, qué conceptos se han venido manejando y cuáles son comunes en las diferentes legislaciones estatales, así como un breve estudio exegético de la Ley de Voluntad Anticipada de la Ciudad de México y cómo se ha regulado dicha materia.

## 4. RESULTADOS

La Secretaría de Salud Federal define a la voluntad anticipada como "la voluntad anticipada es el conjunto de preferencias que una persona tiene respecto del cuidado futuro de su salud, de su cuerpo y de su vida, y que decide cuando está en pleno uso de sus facultades mentales, en anticipación a la posibilidad de que en algún momento en el futuro se encuentre incapacitada para expresar esas preferencias y tomar decisiones por sí misma".<sup>253</sup>

Por otro lado, el Colegio de Bioética de México define la voluntad anticipada como "declaración unilateral de la voluntad efectuada por una persona mayor de edad o emancipada, con plena capacidad de goce y

---

<sup>253</sup> Ávila Funes, José Alberto (21 de marzo 2013), *¿Qué es la voluntad anticipada?*, Gobierno de México, recuperada el 05 de diciembre 2022 en <http://www.innsz.mx/opencms/contenido/investigacion/comiteEtica/voluntadanticipada.html#:~:text=La%20voluntad%20anticipada%20es%20el,se%20encuentre%20incapacitada%20para%20expresar>

ejercicio mediante la cual, privilegiando el principio de autonomía, señala de manera anticipada que es lo que desea para sí en relación a él o los tratamientos y cuidados de salud, en caso de encontrarse en un escenario determinado que no le permita manifestarse al respecto, particularmente en caso de encontrarse en una situación de enfermedad terminal derivada de un proceso natural o como consecuencia de un accidente fortuito"<sup>254</sup>.

En la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México), contempla en la fracción III del artículo 2º, el concepto de documento de voluntad anticipada, la cual expresa lo siguiente:

Artículo 2.- Las disposiciones establecidas en la presente ley, son relativas a la práctica médica aplicada al enfermo en etapa terminal, consistente en el otorgamiento del tratamiento de los Cuidados Paliativos, protegiendo en todo momento la dignidad del enfermo en etapa terminal.

III. Documento de Voluntad Anticipada: instrumento, otorgado ante Notario Público, en el que una persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta la petición libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada de ser sometida o no a medios, tratamientos o procedimientos médicos, que propicien la Obstinación Terapéutica;

En la Ley de Voluntad Anticipada para el Guanajuato contempla en la fracción III del artículo 4º, el concepto de documento de voluntad anticipada, la cual expresa lo siguiente:

Artículo 4. Para efectos de esta Ley se entenderá por:

III. Documento de voluntad anticipada: es el documento suscrito ante Notario, a través del cual toda persona con capacidad de ejercicio, en pleno uso de sus facultades mentales manifiesta su voluntad, libre, inequívoca, consciente e informada, a rechazar tratamientos médicos, que prolonguen su vida si llegare a encontrarse como enfermo en situación terminal;

De acuerdo con los conceptos previamente citados, podemos concluir que es el acto jurídico unilateral de la voluntad, mediante el cual se

---

<sup>254</sup> Colegio de Bioética (2016), *Voluntades anticipadas*, Colegio de Bioética, A.C., recuperado el 05 de diciembre 2022 en: <http://colegiodebioetica.org.mx/voluntad-anticipada/voluntad-anticipada/>

expresa de manera categórica, libre y anticipada si desea ser sometida o no a tratamientos o procedimientos médicos que prolonguen su vida en caso de no poder expresar dicha voluntad en algún escenario futuro.

Por otra parte, es necesario esclarecer que el propósito de dicho documento es regular la figura de la ortotanasia<sup>255</sup> y no la eutanasia, siendo el propósito de esta última el provocar la muerte del paciente a través del suministro de algún medicamento, por lo que todo documento es declarado nulo en caso de que en el contenido del documento se advierta alguna solicitud por parte del suscribiente en el que busque se le provoque su muerte.

Dicha nulidad puede provocar la siguiente interrogante, ¿por qué limitar el documento únicamente a la ortotanasia y no incluir la eutanasia si puede ser la voluntad del suscribiente que se le practique? En esto, es necesario aclarar que la voluntad anticipada como documento que regula la ortotanasia surge como una opción para aquellos países o estados que prohíben en su cuerpo normativo la eutanasia o que sigue en debate si debe ser incluido o no, por lo que, dependiendo del país que se trate, puede manejarse un documento similar (mas no igual) en el que la persona plasme si desea ser sometido a tratamientos que le provoquen la muerte.

Una vez establecido el concepto y propósito de la voluntad anticipada, ¿cuáles son los efectos y alcances de dicho documento, y qué derechos protege? En cuanto a lo primero, algunos de sus efectos son los siguientes:

---

<sup>255</sup> El Comité de Ética en Investigación del Gobierno de México define la ortotanasia de la siguiente manera: "La ortotanasia se refiere a permitir que la muerte ocurra "en su tiempo cierto", "cuando deba de ocurrir", por lo tanto los profesionales de la salud están capacitados para otorgar al paciente todos los cuidados y tratamientos para disminuir el sufrimiento, pero sin alterar el curso de la enfermedad y por lo tanto el curso de la muerte." Gobierno de México (28 de diciembre 2017), Eutanasia, Ortotanasia y Distanasia, recuperado el 05 de diciembre 2022 en: <https://www.horizontemedico.usmp.edu.pe/index.php/horizontemed/articulo/view/114/111#:~:text=La%20M.S.,deliberadamente%20la%20muerte%20del%20paciente%E2%80%9D>.

- La autoridad médica se encuentra obligada a respetar el contenido de la voluntad anticipada de su paciente y llevar a cabo la solicitud que este dejó plasmado en su documento, no importa si sus familiares solicitan que se continúe con los tratamientos;
- El contenido no puede ser alterado ni revocado por ninguna autoridad o familiar, únicamente por quien lo suscribe de acuerdo con lo que establezca la ley, por lo que existe la certeza para el paciente que su voluntad será respetada y protegida de la obstinación terapéutica;
- El documento puede ser declarado nulo si del contenido se advierte que la voluntad del paciente es que la autoridad médica acelere su muerte, toda vez que el propósito de dicha figura es regular exclusivamente la ortotanasia, o que no cumpla con las formalidades que la ley establezca; y
- La voluntad anticipada puede ser revocada o modificada en cualquier momento únicamente por quien lo suscribe.

En cuanto a lo segundo, se enumera de manera enunciativa mas no limitativa, algunos de los derechos que se encuentran protegidos a través de dicha figura:

- Derecho de autonomía: Lizbeth Quesada dice: “el derecho a la autonomía implica que toda persona con enfermedad terminal tiene el derecho de decidir sobre el tratamiento, su aplicación o no y el derecho a que se respete su deseo o voluntad”<sup>256</sup>, esto reconoce que todo paciente tiene la facultad de establecer los límites médicos sobre su propio cuerpo al momento de llegar a un estado terminal sin oportunidad de curarse, debiendo respetar las autoridades de salud dicha decisión del paciente.

Sin embargo, para hablar de derecho a la autonomía, necesitamos definir esta palabra. La palabra autonomía se encuentra compuesta por dos

---

<sup>256</sup> Quesada Tristán, Lizeth (2008), Derechos Humanos y Cuidados Paliativos, recuperado el 05 de diciembre 2022 en: <http://www.cuidadospaliativos.org/uploads/2010/04/Derechos%20Humanos%20y%20Cuidado%20Paliativo.pdf>

vocablos griegos, *autos* (propio, mismo) y *nomos* (ley), por lo que podemos entenderla como la facultad que tienen las personas para decidir de manera libre sobre sí mismos; la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la autonomía de la persona es expresada jurídicamente en el libre desarrollo de la personalidad<sup>257</sup>, por lo que para conocer mejor la autonomía en la persona necesitamos conceptualizar el principio del libre desarrollo de la personalidad, la cual puede manejarse como sinónimo para el campo que nos ocupa. El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define el libre desarrollo de la personalidad como :

“el principio general de libertad que autoriza a las personas a llevar a cabo todas las actividades que la ley no prohíba o someta a condiciones, sin que pueda coartarse el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la autodeterminación que comporta”<sup>258</sup>.

El Dr. Roberto Niembro Ortega define al libre desarrollo de la personalidad de la siguiente manera:

“es la esfera de autonomía de todas las personas, es una esfera de autonomía en la que el Estado no puede interferir, en la que el ciudadano puede hacer lo que quiera con su vida, siempre y cuando no afecte a terceros”<sup>259</sup>;

otro autor lo define de la siguiente manera:

“el derecho al libre desarrollo de la personalidad es aquel derecho que tiene en su núcleo el valor de la libertad y protege la autonomía de la persona para la realización de un proyecto de vida”<sup>260</sup>.

Conforme a lo anterior podemos entender a la autonomía y al libre desarrollo de la personalidad como aquella facultad que tiene toda persona

---

<sup>257</sup> 2009591, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 1a./J. 28/2015 (10a.)

<sup>258</sup> Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (s.f.), dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, recuperado el 05 de diciembre de 2022 en: <https://dpej.rae.es/lema/dignidad-de-la-persona-y-libre-desarrollo-de-la-personalidad>

<sup>259</sup> Miguel Carbonell (27 de junio 2019), ¿Qué es el libre desarrollo de la personalidad?, recuperado el 05 de diciembre 2022 en: <https://www.youtube.com/watch?v=ECxDPMZykdK>

<sup>260</sup> Oscar Guillermo Barreto Nova (s.f.), EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, ANÁLISIS Y PROPUESTA DE CONCEPTO, recuperado el 05 de diciembre 2022 en: <https://juridica.iberu.mx/index.php/juridi/article/download/82/57/>

para decidir sobre sí mismos el estilo de vida que deseen llevar, en este caso, aplicado a la voluntad anticipada, sobre si desea que se le suministren o no los tratamientos para su condición de salud.

- Derecho a la dignidad: Es el derecho que tenemos todos los seres humanos a ser valorados como sujetos individuales y sociales, con nuestras características particulares, por el simple hecho de ser personas, El Consejo de Salubridad General dice al respecto:

“Es inherente al ser humano. Se basa en cuatro valores: libertad, igualdad, solidaridad y seguridad jurídica. Núcleo de derechos básicos: libertad de elección, autonomía individual, independencia, satisfacción de necesidades básicas y consecución de planes de vida. Tratar al ser humano como fin y nunca como medio”<sup>261</sup>.

- Derecho al libre desarrollo de la personalidad: Kevin Villalobos dice al respecto con este derecho: “[Es] aquel [...] que posee todo ser humano de desarrollarse, autodeterminar, diseñar y dirigir su vida según su voluntad, conforme a su propios propósitos, proyecto de vida, expectativas, intereses, vocación, deseos, preferencias e inclinaciones”<sup>262</sup>, deriva del principio de autonomía personal, y consiste en la capacidad de elegir y materializar libremente planes de vida e ideales de excelencia humana, sin la intervención injustificada de terceros, el cual es un principio que irradia a todos los derechos contenidos en la Constitución.
- Derecho a la salud: Son los servicios de salud, como son medicinas, atención médica y hospitalaria, a los tratamientos o cuidados paliativos, consistentes en “el cuidado activo y total de aquellas enfermedades que no responden a tratamiento

---

<sup>261</sup> Varios (julio 2018), Guía de Manejo Integral de Cuidados Paliativos, recuperado el 05 de diciembre 2022 en: [http://www.geriatria.salud.gob.mx/descargas/publicaciones/Guia\\_cuidados\\_paliativos\\_completo.pdf](http://www.geriatria.salud.gob.mx/descargas/publicaciones/Guia_cuidados_paliativos_completo.pdf)

<sup>262</sup> Villalobos Badilla, Kevin Johan (2012), EL DERECHO HUMANO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, recuperado el el 05 de diciembre 2022 en: <https://www.cor-teidh.or.cr/tablas/r31089.pdf>

curativo. El control del dolor, y de otros síntomas, así como la atención de aspectos psicológicos, sociales y espirituales.

- Derecho del cuidado paliativos: Se considerará a los cuidados paliativos como un derecho humano al cual todos los mexicanos tendrán acceso sin distinción de ninguna clase, los cuidados paliativos no es curar la enfermedad, sino aliviar los síntomas y mejorar la calidad de vida de los pacientes y de sus familias. Estos cuidados se necesitan sobre todo en los lugares donde hay una gran proporción de pacientes cuya enfermedad se encuentra en fase avanzada y con pocas probabilidades de curarse.
- Derecho a la integridad personal: En la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 5 establece: toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, y nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.<sup>263</sup>

## 5. DISCUSIÓN

Conforme a lo anterior, la voluntad anticipada surge como una opción viable para proteger la autonomía y dignidad de los pacientes en situación terminal de la obstinación terapéutica, y elude todo conflicto ético para el médico tratante toda vez que su propósito no es la práctica de la eutanasia sino de la ortotanasia, por lo que dicha figura puede ser contemplada en cualquier marco normativo independientemente si en dicho país se encuentra prohibido o en debate la opción de acelerar la muerte del paciente en situación terminal.

---

<sup>263</sup> Desconocido (22 de noviembre de 1969) CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José), recuperada el 18 de diciembre de 2022 en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

Es necesario destacar que el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) emitió un comunicado el 24 de enero de 2022<sup>264</sup> en el que refiere que, en México, la causa principal de fallecimiento de enero a junio de 2021, fue el COVID-19, entre otras como enfermedades al corazón y diabetes, sin embargo, en cuanto a la primera de las mencionadas, debe precisarse que, ante la evidente situación tan precaria que se vivió en 2020 y 2021 derivado de la pandemia, el documento de la voluntad anticipada pudo haber sido una alternativa para aquellos que se encontraron en una situación irreversible, y que sigue siendo una oportunidad para aquellos que se encuentran con una enfermedad en etapa terminal pero desean pasar sus últimos minutos con sus seres queridos.

## 6. CONCLUSIONES

Es necesario precisar que la voluntad anticipada cuenta con varios beneficios para aquellos pacientes que lleguen al estado de no poder expresar por sí mismos su voluntad a continuar con los tratamientos; dicha figura otorga la opción que, previo a llegar a un estado vegetativo, en coma, o en general cualquier situación que no permita al paciente comunicarse, las personas puedan expresar anticipadamente, de forma escrita, su voluntad para que el médico tratante y sus familiares respeten su decisión en cuanto a la renuncia de los tratamientos médicos, es por ello la importancia que los ciudadanos decidan de manera anticipada en pleno uso de sus facultades mentales, cuáles deberán ser las medidas que los médicos deberán tomar en caso de llegar a un estado que no pueda expresarse el paciente.

Son los médicos y enfermeros que están día a día buscando proteger la salud y la vida del paciente en etapa terminal, y la introducción de esta figura traería mayor alivio, seguridad, y certeza tanto los pacientes como los médicos, por lo que la difusión de las ventajas de la voluntad anticipada no es imposible de transmitir, ya que existe una gran necesidad de

---

<sup>264</sup> INEGI (24 de enero 2022), COMUNICADO DE PRENSA NÚM. 24/22, recuperado el 18 de diciembre de 2022 en <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2022/dr/dr2021.pdf>

un documento legal en algunos países y estados que brinden mayor protección al paciente y a la integridad del sector médico.

En resumen, se demuestra que la Voluntad Anticipada trae grandes beneficios no solamente al que lo suscribe, sino que también da protección jurídica al médico tratante, motivo por el cual su inclusión a la legislación mexicana traería como consecuencia mayor protección a la autonomía de los pacientes, y se evitaría dejar la decisión de los mismos a terceros, eludiendo de esta manera cualquier situación que pudiera comprometer la salud o dignidad de aquellos que se encuentren con alguna enfermedad en etapa terminal.

## 7. REFERENCIAS

- Kutner, Luis (1969); *Due Process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal*; Lugar de la publicación: Maurer School of Law: Indiana University, recuperado el 02 de diciembre 2022 en: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2525&context=ilj>
- G. Basterra, Fransico (12 de junio de 1985); *Falleció Karen Quinlan, tras permanecer 10 años en estado de coma profundo*; lugar de publicación: EL PAÍS, consultado el 02 de diciembre 2022 en: [https://elpais.com/diario/1985/06/13/sociedad/487461609\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1985/06/13/sociedad/487461609_850215.html)
- Desconocido (s.f.); *CASO NANCY CRUZAN*; lugar de publicación: Facultad de Medicina Clínica Alemania – Universidad del Desarrollo, recuperado el 02 de diciembre 2022 en: <https://medicina.udd.cl/centro-bioetica/files/2010/10/nancy.pdf>
- San Vicente Parada, Aida del Carmen (2014); *REGULACIÓN LEGAL DE LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS EN MÉXICO*; lugar de publicación: *Amicus Curiae*, recuperado el 02 de diciembre 2022 en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/view/47477>
- García y García, Antonio (2016); *Apuntes sobre la Ley Francesa de 2 de febrero de 2016 por la que se crean nuevos derechos de los enfermos y de las personas al final de su vida y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de junio de 2015, recaída en el caso Lambert y otros contra Francia*; lugar de publicación: *Dialnet*, recuperado el 02 de diciembre 2022 en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6295123>

- Asamblea Legislativa del Distrito Federal (13 de diciembre de 2011); Dictamen de las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social y de Administración y Procuración de Justicia de la iniciativa de Decreto que reforma la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, la Ley de Salud para el Distrito Federal y el Código Penal del Distrito Federal; publicado en la Gaceta Parlamentaria de la ALDF, recuperado el 02 de diciembre 2022 en: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-da10e62d8cffe8f7dc88f25e7c06257d.pdf>
- Desconocido (13 de diciembre de 2011); APRUEBAN REFORMAS A LEY DE VOLUNTAD ANTICIPADA; publicado en la Gaceta Parlamentaria de la ALDF, recuperado el 05 de diciembre 2022 en: <http://aldf.gob.mx/comsoc-aprueban-reformas-ley-voluntad-anticipada-9661.html>
- Ávila Funes, José Alberto (21 de marzo 2013), ¿Qué es la voluntad anticipada?, Gobierno de México, recuperada el 05 de diciembre 2022 en <http://www.innsz.mx/opencms/contenido/investigacion/comiteEtica/voluntadanticipada.html#:~:text=La%20voluntad%20anticipada%20es%20el,se%20encuentre%20incapacitada%20para%20expresar>
- Colegio de Bioética (2016), Voluntades anticipadas, Colegio de Bioética, A.C., recuperado el el 05 de diciembre 2022 en: <http://colegiodebioetica.org.mx/voluntad-anticipada/voluntad-anticipada/>
- Padre Alberto Redaelli, Dra. Anabelle Cifuentes (2017), Voluntad Vital Anticipada, Gobierno de la República de Ecuador, recuperado el 05 de diciembre 2022 en <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2018/02/VOLUNTAD-VITAL-ANTICIPADA.pdf>
- Gobierno de México (28 de diciembre 2017), Eutanasia, Ortotanasia y Distanasia, recuperado el 05 de diciembre 2022 en: <https://www.horizontemedico.usmp.edu.pe/index.php/horizontemed/articulo/view/114/111#:~:text=La%20O.M.S.,deliberadamente%20la%20muerte%20del%20paciente%E2%80%9D>
- Quesada Tristán, Lizeth (2008), Derechos Humanos y Cuidados Paliativos, recuperado el 05 de diciembre 2022 en: <http://www.cuidadospaliativos.org/uploads/2010/04/Derechos%20Humanos%20y%20Cuidado%20Paliativo.pdf>
- 2009591, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 1a./J. 28/2015 (10a.)
- Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (s.f.), dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, recuperado el 05 de diciembre de 2022 en: <https://dpej.rae.es/lema/dignidad-de-la-persona-y-libre-desarrollo-de-la-personalidad>

- Miguel Carbonell (27 de junio 2019), ¿Qué es el libre desarrollo de la personalidad?, recuperado el 05 de diciembre 2022 en:  
<https://www.youtube.com/watch?v=ECxDPMZykdk>
- Oscar Guillermo Barreto Nova (s.f.), EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, ANÁLISIS Y PROPUESTA DE CONCEPTO, recuperado el 05 de diciembre 2022 en:  
<https://juridica.iberico.mx/index.php/juridi/articulo/download/82/57/>
- Varios (julio 2018), Guía de Manejo Integral de Cuidados Paliativos, recuperado el 05 de diciembre 2022 en:  
[http://www.geriatria.salud.gob.mx/descargas/publicaciones/Guia\\_cuidados\\_paliativos\\_completo.pdf](http://www.geriatria.salud.gob.mx/descargas/publicaciones/Guia_cuidados_paliativos_completo.pdf)
- Villalobos Badilla, Kevin Johan (2012), EL DERECHO HUMANO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, recuperado el 05 de diciembre 2022 en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31089.pdf>
- Desconocido (22 de noviembre de 1969) CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José), recuperada el 18 de diciembre de 2022 en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)
- INEGI (24 de enero 2022), COMUNICADO DE PRENSA NÚM. 24/22, recuperado el 18 de diciembre de 2022 en  
<https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2022/dr/dr2021.pdf>

SECCIÓN IV

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS:  
INNOVACIONES JURÍDICAS Y  
SUS EFECTOS ECONÓMICOS

---

## EL TIEMPO EN LA INNOVACIÓN: EL CASO DE LA PUBLICACIÓN DE PATENTES

---

BENEDICTO ACOSTA  
*Universidad de Salamanca*

BRALIND KIRI  
*Universidad de Granada*

### 1. INTRODUCCIÓN

Las patentes suelen entenderse como derechos exclusivos que obtienen los inventores por parte del Estado, a cambio de que publiquen cierta información tecnológica y comercial. A esta manera de entender las patentes como un intercambio se la llama “*bargain theory*” o argumento del “*quid pro quo*”. En este sentido, las patentes serían una creación cultural (y especialmente, jurídica e institucional) orientada a mantener en equilibrio una balanza entre los intereses de los particulares y el Estado, en lo que respecta las invenciones y la innovación. Este argumento del *quid pro quo* y, en general, la metáfora de la patente como una balanza de intereses que hay que estabilizar, ha sufrido ciertas críticas (Ghosh, 2004), sobre todo por parte de los defensores del derecho natural, del derecho a la propiedad de nuestras ideas. En cualquier caso, suele reconocerse que las patentes son unos derechos que resultan de un conflicto de interés. A la sociedad le interesa que se difunda la información tecnológica del país y que esta no permanezca en el secreto industrial, puesto que una información accesible evita duplicidades y estimula la innovación posterior (v.g., Heller y Eisenberg, 1998; Galasso y Schankerman, 2015); por eso, como dicen Lück et al. (2020), se ha de proporcionar el suficiente inventivo a un inventor para que haga pública su invención, y de ahí la exclusividad comercial.

Heller y Eisenberg (1998) hacen hincapié en la posibilidad de que una mala regulación de patentes pueda llevarnos a una “tragedia de anti-

comunes”, una idea bautizada con este nombre a partir de la conocida “tragedia de los comunes” de Hardin (1968). La tragedia de anti-comunes hace referencia a la gran posibilidad de una infrautilización de la información tecnológica debido a la fragmentación o el solapamiento de estrategias de propiedad (Heller y Eisenberg, 1998, p. 701). Desde nuestra perspectiva, este punto de vista va alineado también con la idea de Michael Polanyi sobre los rasgos implícitos del conocimiento y las limitaciones que pueda tener una regulación excesiva. Según Polanyi (1962), las iniciativas innovadoras privadas podrían coordinándose mutuamente entre sí, a través de la “ortodoxia dinámica”, que abarca esa tensión continua entre la conformidad (v.g., normas del área científica sobre la formulación de las hipótesis y su contrastación) y la disidencia. Aunque Polanyi se refería a la ciencia académica, sus ideas nos puedan resultar válidas y extrapolables para la parte técnica del conocimiento plasmado en las patentes.

En el caso de las patentes, los efectos de la difusión son difíciles de alcanzar porque la revelación del conocimiento se enfrenta también a las paradojas, como las anunciadas por Arrow (1963). Ciertas tensiones vienen de los rasgos de incerteza y serendipia que caracterizan en gran parte las actividades en el ámbito de innovación y desarrollo tecnológico (Dosi et al., 2006, p. 892). Y no solo eso, sino que, como señalan Lück et al. (2020, p. 2): “*Los inventores en su carrera (...) a menudo se enfrentan a un tipo de problema del dilema del prisionero*”<sup>265</sup>. De hecho, inventar y desarrollar tecnologías innovadoras es costoso e implica grandes riesgos para las empresas que las emprenden. Los riesgos es sabido que se pueden reducir a través de la cooperación con otros agentes y empresas públicas o privadas (v.g., empresa conjunta<sup>266</sup>). Sin embargo, la cooperación (i.e., intercambio de datos e información) corre el riesgo de grandes pérdidas, ya que la información tecnológica valiosa pueda beneficiar a los demás, a coste de la empresa que fue la principal iniciadora de dichos inventos.

---

<sup>265</sup> Traducción en castellano de lo siguiente: “Inventors in a race (...) are often confronted with a Prisoner’s Dilemma type of problem”.

<sup>266</sup> Traducción en castellano del término “*joint venture*”.

Considerando los argumentos anteriores, se podrá fácilmente inferir que la variable tiempo en relación con la publicación de solicitud y concesión de las patentes es de máxima importancia. Obviamente, el tiempo podrá influir tanto sobre el progreso de la innovación posterior (o futura) como sobre los incentivos de emprender proyectos innovadores nuevos. Asimismo, como veremos en los siguientes apartados, podrá incidir directamente sobre las estrategias empresariales a fin de maximizar los beneficios.

Sin embargo, la variable tiempo en relación con las consideraciones anteriores ha sido escasamente analizada. Denicolò y Franzoni (2004) han estudiado el diseño óptimo de las patentes en la relación con la variable tiempo cuando los inventores pueden optar por la estrategia del secreto industrial. No obstante, los autores, en su modelo teórico, tienen en mente la variable tiempo en relación con la duración de las patentes desde el momento de la concesión hasta la caducidad; y por tanto, omiten la repercusión que pueda tener el tiempo de procesamiento y publicación de solicitud. De todas formas, el estudio afirma que la variable tiempo, visto desde la anterior perspectiva, afecta distintas industrias en distintas maneras. Por otra parte, si observamos el tiempo relativo a la publicación, y no tanto de la comercialización o la explotación, es un punto de estudio paralelo, pero más inexplorado, relacionado a la vez con el propósito social de las patentes, los flujos de información y la gestión de la tecnología y la innovación. Ahora bien, para que la publicación surta los efectos deseados e incida en una posible innovación futura, hay que tener en cuenta cuándo se publica un invento, ya que unas demoras suficientemente largas en la publicación pueden afectar a los flujos de información necesarios para la innovación y, antes incluso, a la promesa misma del intercambio, al pacto entre Estado e inventores, que quedaría roto. El objetivo en lo que sigue es derivar consecuencias pragmáticas, económicas y epistémicas en relación con el problema del tiempo en la publicación de las patentes.

## 2. METODOLOGÍA Y OBJETIVOS

Antes de continuar es importante señalar un dato relativo a la publicación de los documentos de patentes, a saber, que la mayoría de las legislaciones del mundo, y también la española, exigen que una solicitud de patente se publique en los dieciocho meses siguientes a su fecha de presentación (Silverman, 2001; EPO, 2023; UPSTO, 2023).

Dado que este período de tiempo es compartido, con matices, por la mayoría de los países, la cuestión del tiempo en la publicación de la innovación resulta razonable examinarla, por tanto, desde una perspectiva global o trascendental. *Mutatis mutandi*, el esquema temporal con el que se detallan los períodos de tiempo de la publicación se ofrecen aquí también desde este punto de vista más o menos compartido por los diferentes Estados.

Aunque el primer estado en adoptar este período de año y medio fue Países Bajos en 1964, ese plazo se ha extendido ya por todo el orbe. Los motivos históricos que hicieron aparecer este plazo son una materia de estudio muy interesante que, sin embargo, rebasa el interés principal de este artículo. No obstante, sí es importante reseñar que, por lo general, antes del año 1964 la solicitud no se publicaba cuando se presentaba en la Oficina, sino que se publicaba cuando se decidía su concesión. El motivo por el que los 18 meses se convirtieron en el plazo más habitual tuvo que ver con el *backlog* o desfase de las oficinas, el cual aumentó con los años (Tegernsee Experts Group, 2012). Dado que antes de los años 60 del pasado siglo las oficinas solían tardar bastante menos de año y medio en conceder las patentes, ésta se publicaba con anterioridad a los 18 meses. Como a día de hoy las oficinas tardan en concederlas muchos más meses, e incluso años, en ocasiones se termina publicando dentro de los 18 meses sin que se haya tomado la decisión de la concesión, algo que genera problemas en lo que respecta a la protección de la innovación. En lo que sigue nos planteamos discutir los motivos existentes para esta fecha de 18 meses en la publicación de las patentes; en especial, nos centramos en los argumentos en contra de la fecha, y concluimos con una discusión en torno a los puntos que quedan por tratar al

respecto de la publicación de las patentes, orientando así futuros trabajos a este respecto.

### 3. RESULTADOS

#### 3.1. ARGUMENTOS A FAVOR DE LOS 18 MESES

El principal argumento que explica la fecha de los 18 meses es que resulta un tiempo *suficiente* para que el inventor retire su solicitud de patente, deteniendo así el costoso proceso de la patente, en caso de que no vea clara su comercialización o ésta fluctúe con el tiempo, o en caso de que considere el secreto industrial como una estrategia óptima (Thompson y Kuhn, 2020, p. 6 y ss.). Es oportuno tener en cuenta aquí que muchas empresas parecen combinar el secreto industrial y las patentes cuando el nivel de protección de patentes en su sector es elevado, cuando existe una incertidumbre sobre la evolución tecnológica, o cuando sus innovaciones son novedosas y requieren un alto grado de inversión (Crass et al., 2019, p. 138).

Otro argumento generalmente empleado a favor de los 18 meses repara en el hecho de que, dado que las patentes suelen publicarse antes de los 18 meses<sup>267</sup>, la *balanza* suele servir mejor incluso que ese plazo “máximo” a los intereses de ambos agentes.

Un argumento, que está a su vez relacionado con los anteriores, empleado a favor de este límite temporal es que es suficiente para evitar:

- La duplicación de esfuerzos de los competidores (cf. Lück et al., 2020). Parece que los dieciocho meses son los justos, es decir, no son tantos como para que la competencia, por poner como ejemplo, no repare en que otro ha inventado algo parecido a lo que está desarrollando; así pues, le permitiría detener su esfuerzo y evitar así el coste de duplicar.
- Las infracciones. Esto es porque los legítimos poseedores de un invento, con base en la doctrina de protección previa a la concesión

---

<sup>267</sup> Por ejemplo, en los Estados Unidos la inmensa mayoría de solicitudes se publican antes de los 18 meses, como puede consultarse fácilmente en la web de la USPTO o a través de los “USPTO *annual reports*”.

(*pregrant protection*), pueden reclamar daños por infracciones que tengan su origen desde la fecha de publicación de su solicitud (algo que ocurre fundamentalmente en la UE, si bien en EE. UU. y UK resulta más difícil de probar).

### 3.3. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LOS 18 MESES

Frente al principal argumento a favor de los dieciocho meses puede responderse que ese tiempo sí es demasiado, habida cuenta del ritmo tecnológico actual. La idea es que resulta un límite temporal que responde al siglo pasado, cuando se concibió. No obstante, la falta de estudios empíricos concluyentes no permiten tampoco desarrollar demasiado este punto, algo que comentamos en la discusión.

Si entramos en la respuesta al segundo argumento a favor, que sostenía que los 18 meses eran una fecha justa para evitar duplicación de esfuerzos e infracciones, también cabe contraargumentar lo siguiente:

- Si queda demostrado o al menos justificado que los 18 meses son muchos para el actual progreso tecnológico, algo que apoyaría el hecho mismo de que cada vez hay más solicitudes de patentes (WIPO, 2022) entonces no es suficiente con decir que 18 meses son una fecha justa para evitar la duplicación de esfuerzos.

- Igualmente, habría que tener en cuenta que los litigios aumentan, un síntoma de que sí hay duplicación y solapamiento entre inventores diferentes, así como estrategias que la propia industria ha acordado para no “pisar” a los competidores, como los *pool* de patentes<sup>268</sup>.
- Si en dieciocho meses se termina publicando la solicitud y a partir de ahí cometen infracciones los imitadores, de esto se sigue que adelantar los dieciocho meses podría ser provechoso para el inventor, ya que asegura y protege mejor su invención

---

<sup>268</sup> Ciertamente debería ver más con la exigencia del examen sustantivo y la exigencia de novedad, pero igualmente debe hacer reflexionar sobre la adecuación del año y medio.

de la imitación de otros. Esto es un razonamiento deductivo claro.

- Otro contraargumento sería relativo a las estrategias anticompetitivas: cuanto más tiempo tarde en publicarse una patente, más oportunidades se da a aquellos que desarrollan sus patentes como una estrategia desleal. Y es que el tiempo es también una variable para dificultar o al menos intervenir en la publicidad de un invento. Habría numerosas pruebas que apoyan esta afirmación:
- La primera prueba es de naturaleza empírica. Por ejemplo, un reciente artículo de Zhang et al. (2020) muestra cómo diferentes empresas adoptan diferentes estrategias de tiempo dependiendo de sus objetivos. Mientras unas se acogen a una publicación temprana (*early disclosure*), otras empresas quieren que se publique el invento desde que se presenta en la oficina, si bien otras corporaciones prefieren que se publique desde la fecha de prioridad en otro país, etc. Este hecho no demostraría en sí mismo nada negativo del límite de 18 meses, pero sería suficiente para acordar que existen diferentes estrategias empresariales, con lo que, a su vez, quedaría demostrado que el tiempo sirve a los intereses de los agentes económicos: por lo general, si puedo evitar que la competencia conozca qué he inventado, y puedo retrasarlo, mejor.

Que esto último ocurra parece chocar con el contraargumento que nos hablaba de las infracciones, unos párrafos atrás. Pero el hecho es que hay empresas que prefieren que se conozca su invento solo para que otros no infrinjan la protección, mientras que hay otras que prefieren ocultarlo tanto tiempo como puedan. Resulta, en suma, cuestión de estrategia. Parece que, en ambos casos, y esto es lo que resulta relevante en nuestro artículo, reducir el límite de 18 meses ayudaría a la innovación: frente a la primera estrategia, evita ocultamientos, intervenciones indebidas; frente a la segunda estrategia, haría que otros posibles infractores conozcan qué se ha inventado *antes*.

- A todo esto habría que añadir el *backlog* o la demora que aqueja a las Oficinas de patentes. Esta circunstancia acontece solo en algunos países, la mayoría fuera de Europa. El problema de la demora en relación con el equilibrio entre inventores y la sociedad ha sido tratado en un informe encargado por la USPTO<sup>269</sup>, en el que se sostiene lo siguiente: “la disponibilidad de información potencialmente lucrativa durante el período de tiempo entre la publicación de 18 meses y la concesión de la patente brinda a los competidores de todo el mundo la oportunidad de copiar o diseñar en torno a tecnologías que están atascadas en el *backlog* de exámenes.”

¿Qué quiere decir esto? Pues muy sencillo: si algo se publica, sea a los 18 meses o cuando fuere, y todavía no se ha concedido la patente, algo habitual debido al *backlog*, entonces un competidor puede usar toda esa información y comercializar el invento. Esto presupone que no hay infracción desde el momento de la publicación, algo que suele suceder en ciertas jurisdicciones, como la de EE. UU. Aunque existe cierta protección de inventos publicados que aún no se han concedido (*pregrant protection*), lo cierto es que, debido al *backlog*, llegado el caso resulta realmente difícil litigar, porque los requisitos son estrictos, con lo que no habría tanta protección de los inventores como pareciera a primera vista. En EE. UU., la protección previa a la concesión está disponible bajo el artículo 154(d) del Código de Patentes, que permite al propietario de una patente obtener una indemnización razonable en virtud de las actividades infractoras que hayan ocurrido antes de la fecha de concesión de la patente. No obstante, este derecho a obtener “daños provisionales” requiere que el titular de la patente demuestre que el infractor tenía un “aviso claro” de la solicitud de la patente publicada; que las actividades infractoras ocurrieron después de la publicación de la solicitud de patente; y por último, que las reivindicaciones patentadas son sustancialmente idénticas a las reivindicaciones en la solicitud publicada.

---

<sup>269</sup> El informe se puede acceder al siguiente enlace: [https://www.uspto.gov/sites/default/files/ip/global/18\\_months\\_publication.pdf](https://www.uspto.gov/sites/default/files/ip/global/18_months_publication.pdf)

## 5. DISCUSIÓN

El principal problema que nosotros encontramos está, desde luego, en ese desfase, en ese *backlog*, que en combinación con los 18 meses resulta, por decirlo en pocas palabras, una “bomba de relojería”. Hay que recordar de nuevo aquí que las solicitudes denegadas se publican, incluso antes de que se denieguen, precisamente por el *backlog*.

Por esto que hemos señalado y por lo que sigue, cualquier propuesta de acortamiento pasa por reducir el *backlog*. Así lo indica la propia Oficina Estadounidense: “si las evaluaciones de todas las solicitudes pudieran terminarse en un tiempo más corto y los contenidos de los inventos concedidos de las patentes pudieran publicarse, entonces la publicidad temprana de todas las solicitudes podría tener efectos sustanciales” (Tegernsee Experts Group, 2012).

Dados todos estos argumentos, a favor y en contra, nos interesa resaltar algunos puntos que no se han tomado en consideración por la bibliografía existente.

El argumento que atañe al ritmo de progreso tecnológico sería el primero de ellos, como adelantamos en el anterior punto. Mientras que el problema del *backlog* o las patentes submarinas y demás elementos se encuentran bien situados en la bibliografía, como se ha visto, parece que nadie se cuestiona que 18 meses era una fecha propuesta para 1964. Si no se reduce el *backlog* y continúa una fecha máxima de publicación, con más motivo habría que estudiar la relación de todas las variables con el ritmo actual de desarrollo tecnológico, teniendo especialmente en cuenta ese componente situacional que es parte de las estrategias empresariales, tal como se demuestra en relación con las patentes (Crass et al., 2019).

Hay que añadir a todo lo anterior que, aunque en la bibliografía se ha indagado en las estrategias de *early disclosure* o publicación temprana (Baruffaldi y Simeth, 2020), estos estudios siguen siendo escasos. Estas estrategias nos dicen cosas interesantes y creemos que son un buen síntoma de un mundo sin 18 meses como fecha máxima de publicación, pero la publicación temprana es una parte pequeña del sistema, cuyos

resultados no parecen extrapolables a una situación hipotética en que fuese general una fecha menor a los 18 meses.

Hay muchos estudios sobre la protección previa a la fecha de publicación (*pregrant protection*) y, específicamente sobre la publicidad temprana (*early disclosure*), que animan al optimismo. Hemos encontrado estudios que afirman que esta publicidad temprana parece promover la difusión del conocimiento, reducción de los costes relativo al patentar y la reducción de la duplicación de esfuerzos (Hegde et al., 2022; Graham and Hegde, 2015).

También ha aparecido la propuesta de Rassenfosse y Higham (2021) para eliminar los 18 meses. Esto quiere decir que no somos los únicos en discutir esta posibilidad. Estos autores sostienen que: “el *statu quo* en muchas oficinas de patentes es la publicación de todas las solicitudes de patente después de 18 meses (si no se solicita una publicación acelerada). Sin embargo, no es obvio que deba haber un retraso en la publicación de la solicitud desde el punto de vista del pacto social. La divulgación es uno de los aspectos más fundamentales del sistema de patentes; de hecho, es la mitad del "gran trato" que la sociedad hace con los inventores (Graham y Hegde, 2015), y es tan útil como oportuno (Senado de los Estados Unidos, 1992)”.

## 6. CONCLUSIONES

La conclusión que nos gustaría resaltar es que habría que investigar las consecuencias de eliminar o reducir los 18 meses, la extensión del problema, y modelizar cómo sería un sistema que publique antes. Lo que nuestro artículo demuestra es que hay motivos para pensar que es posible eliminar o reducir los 18 meses desde la presentación. La hipótesis que podemos lanzar al respecto, y que se sigue de la propia naturaleza de las patentes, es que la fecha óptima deberá variar según los sectores tecnológicos, ya que el comportamiento de los agentes económicos no es el mismo en química, computación o mecánica.

Sin mejores modelos y sin una aplicación más concluyente de la publicación temprana (*early disclosure*) no puede preverse de qué modo la balanza y el pacto por las patentes entre sociedad y particulares se ve

realmente afectado. Sea como fuere, puede concluirse de todo lo anterior que la demora (*backlog*) en la concesión de las patentes, pero sobre todo las demoras en la publicación respecto al ritmo del progreso tecnológico, suponen un problema epistémico grave al que se enfrentan los sistemas de patentes. Hay motivos por tanto para plantearse, a la espera de modelos y resultados empíricos, eliminar o reducir el año y medio. Cómo se cifra lo que es una demora es precisamente lo que debe investigarse a partir de ahora, pero el hecho de que exista una de estas demoras en la publicación afecta a la innovación y al intercambio es algo que nos parece queda fuera de toda duda.

## 7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Benedicto Acosta realiza su investigación gracias a una ayuda FPU del Ministerio de Universidades. Bralind Kiri quiere agradecer la ayuda del Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Referencia: PID2019-105783GB-I00.

## 8. REFERENCIAS

- Arrow, K. (1963). *Social Choice and Individual Values* (2nd ed.). John Wiley & Sons, New York.
- Baruffaldi, S., & Simeth, M. (2020). Patents and knowledge diffusion: The effect of early disclosure. *Research Policy*, 49(4). <https://doi.org/10.1016/j.respol.2020.103927>
- Crass, D., Garcia Valero, F., Pitton, F., & Rammer, C. (2019). Protecting Innovation Through Patents and Trade Secrets: Evidence for Firms with a Single Innovation. *International Journal of the Economics of Business*, 26(1), 117-156. <https://doi.org/10.1080/13571516.2019.1553291>
- Denicolò, V., & Franzoni, L., A. (2004). Patents, Secrets, and the First-Inventor Defense. *Journal of Economics & Management Strategy*, 13(3), 517-538. <https://doi.org/10.1111/j.1430-9134.2004.00021.x>
- Dosi, G., Malerba, F., Ramello, G. B., & Silva, F. (2006). Information, Appropriability, and the Generation of Innovative Knowledge Four Decades after Arrow and Nelson: An Introduction. *Industrial and Corporate Change*, 15(6), 891-901. <https://doi.org/10.1093/icc/dtl028>

- EPO. (2023). Publication of the European patent application. [https://www.epo.org/applying/european/Guide-for-applicants/html/e/ga\\_c5\\_3.html](https://www.epo.org/applying/european/Guide-for-applicants/html/e/ga_c5_3.html)
- Galasso, A., & Schankerman, M. (2015). Patents and Cumulative Innovation: Causal Evidence from the Courts. *The Quarterly Journal of Economics*, 130(1), 317–369. <https://doi.org/10.1093/qje/qju029>
- Ghosh, S. (2004). Patents and the Regulatory State: Rethinking the Patent Bargain Metaphor After Eldred. *Berkeley Technology Law Journal*, 19(4), 1315–1388. <http://www.jstor.org/stable/24116735>
- Graham, S., & Hegde, D. (2015). Disclosing patents' secrets. *Science*, 347(6219), 236-237. <https://doi.org/10.1126/science.1262080>
- Hardin, G. (1968). The Tragedy of the Commons. *Science*, 162(3859), 1243-1248. <https://www.science.org/doi/10.1126/science.162.3859.1243>
- Hegde, D., Herkenhoff, F., K., & Zhu, C. (2022). Patent publication and innovation. National Bureau of Economic Research.
- Heller, M., A. & Eisenberg, R., S. (1998). Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research. *Science*, 280(5364), 698-701. <https://www.science.org/doi/10.1126/science.280.5364.698>
- Lück, S., Balsmeier, B., Seliger, F., & Fleming, L. (2020). Early Disclosure of Invention and Reduced Duplication: An Empirical Test. *Management Science*, 66(6). <https://doi.org/10.1287/mnsc.2019.3521>
- Polanyi, M. (1962). The Republic of Science: Its Political and Economic Theory. *Minerva*, 1(1), 54-73. <https://www.jstor.org/stable/41821153>
- Rassenfosse, G. de, & Higham, K. (2021). Decentralising the patent system. *Government Information Quarterly*, 38(2). <https://doi.org/10.1016/j.giq.2020.101559>
- Senado de los Estados Unidos. (1992). The Patent System Harmonization Act of 1992: Joint hearing before the Subcommittee on Patents, Copyrights, and Trademarks of the Senate Committee on the Judiciary. <https://catalog.hathitrust.org/Record/008517993>
- Silverman, B., A. (2001). Can Publishing Your U.S. Patent Application Reveal Confidential Information? *JOM*, 53(9). <https://doi.org/10.1007/s11837-001-0075-y>
- Tegernsee Experts Group. (2012). Study mandated by the Tegernsee Heads: 18-month publication. [https://www.uspto.gov/sites/default/files/ip/global/18\\_months\\_publication.pdf](https://www.uspto.gov/sites/default/files/ip/global/18_months_publication.pdf)

- Thompson, N., & Kuhn, J. (2020). Does Winning a Patent Race lead to more follow-on Innovation? *Journal of Legal Analysis*, 12, 183–220.  
<https://doi.org/10.1093/jla/laaa001>
- UPSTO. (2023). Eighteen-Month Publication of Patent Application.  
<https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/s1120.html>
- WIPO. (2022). Worldwide IP Filings Reached New All-Time Highs in 2021, Asia Drives Growth.  
[https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2022/article\\_0013.html](https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2022/article_0013.html)
- Zhang, G., Xiong, L., Duan, H., & Huang, D. (2020). Obtaining certainty vs. creating uncertainty: Does firms' patent filing strategy work as expected? *Technological Forecasting and Social Change*, 160.  
<https://doi.org/10.1016/j.techfore.2020.120234>

## HORIZONTES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CABLES SUBMARINOS ANTE UN NUEVO ORDEN MUNDIAL

---

NOELIA ARJONA HERNÁNDEZ

*Centro Universitario San Isidoro adscrito a la Universidad Pablo de Olavide*

### 1. INTRODUCCIÓN\*

Estamos asistiendo al fin de una época geopolítica y al nacimiento de otra y como diría Magris, cuando un mundo termina y el otro no ha nacido es la época de los monstruos<sup>271</sup>. Esta época es precisamente en la que se insertan las denominadas infraestructuras críticas, como los cables submarinos.

Los cables submarinos permiten a los consumidores, las empresas y los gobiernos, comunicarse entre sí y acceder a Internet. Las empresas privadas y estatales de telecomunicaciones y tecnología operan unos 486 cables submarinos de telecomunicaciones, que conectan todos los continentes excepto la Antártida. Estos cables de propiedad privada transportan alrededor del 99% de las comunicaciones digitales transoceánicas (por ejemplo, voz, datos, Internet), incluyendo billones de transacciones financieras internacionales diarias, y sirven de columna vertebral para la Internet mundial<sup>272</sup>.

La invasión de Ucrania por parte de Rusia ha aumentado la preocupación por la seguridad de los cables comerciales de telecomunicaciones submarinos entre algunos dirigentes de países de la Organización del

---

\*Todas las referencias y enlaces a páginas de internet han sido consultados el 8 de enero de 2023.

<sup>271</sup> Véase: DEZCALLAR DE MAZARREDO, J., *Abrazar el mundo. Geopolítica: hacia dónde vamos*, La esfera de los libros, S.L., 2022, pp. 368.

<sup>272</sup> Véase: GALLAGHER, Jill C., "Undersea Telecommunication Cables: Technology Overview and Issues for Congress", CRS Report R47237, 2022, p. 1.

Tratado del Atlántico Norte (OTAN), dados los informes anteriores sobre la capacidad de Rusia para cortar o intervenir cables submarinos y sus actividades cerca de la infraestructura submarina de los países de la OTAN. En marzo de 2022, el Servicio de Investigación del Congreso estadounidense, publicó un informe que hacía referencia a la seguridad y resistencia de las infraestructuras críticas en orden a contrarrestar las ciberamenazas rusas y de otros Estados<sup>273</sup>. Así, por ejemplo, el Departamento de Justicia de Estados Unidos planteó cuestiones relacionadas con los cables comerciales submarinos que conectan Estados Unidos con China, citando el aumento de la posibilidad de que el gobierno chino acceda a los sistemas de cables submarinos para obtener información personal, datos y comunicaciones. Sin ir más lejos, un ciberataque a un cable comercial de telecomunicaciones submarino que conectaba Hawái y la región del Pacífico ha aumentado la concienciación y la preocupación de los funcionarios estadounidenses sobre la ciberseguridad de los cables comerciales de telecomunicaciones submarinos<sup>274</sup>. No puede olvidarse, que en su reciente “Estrategia de Seguridad Nacional”, el presidente Biden se centra en China y Rusia<sup>275</sup>, y ha declarado que China “es el único país que tiene tanto la intención de remodelar el orden internacional como, cada vez más, el poder económico, diplomático, militar y tecnológico para avanzar en ese objetivo”<sup>276</sup>.

Por un lado, los cables submarinos de comunicación son activos privados, mantenidos por sus propietarios, con pocas interrupciones registradas. Por otro lado, dado que estos cables atraviesan varios espacios marinos de diferentes Estados, dada la gran dependencia de los cables comerciales submarinos para las comunicaciones incluidas las gubernamentales y algunas militares, y dadas las crecientes amenazas, los

---

<sup>273</sup> HUMPHREYS, B.E., “Critical Infrastructure Security and Resilience: Countering Russian and Other Nation-State Cyber Threats”, CRS In Focus IF12061, 2022, pp. 1-3.

<sup>274</sup> GALLAGHER, Jill C., “Undersea Telecommunication Cables: Technology Overview and Issues for Congress”, *op.cit.*, 2022, p. 1.

<sup>275</sup> The White House, “FACT SHEET: President Biden and G7 Leaders Formally Launch the Partnership for Global Infrastructure and Investment”, statements and releases, 2022, disponible en: <https://bit.ly/3It3pV0>.

<sup>276</sup> SANGER, David E., “Biden’s National Security Strategy Focuses on China, Russia and Democracy at Home”, *New York Times*, 2022, disponible en: <https://bit.ly/3QllwwZ>.

Estados deberían aumentar la supervisión y la participación para garantizar la seguridad de los cables comerciales de telecomunicaciones submarinas<sup>277</sup>. De otra parte, desde las explosiones de Nord Stream, y en el contexto de una crisis energética en Europa, se han disparado las preocupaciones en la Unión Europea por las tuberías y cables submarinos<sup>278</sup>. Precisamente, la Armada española está trabajando para detectar embarcaciones que puedan captar el tráfico digital que se envía a través de los cables submarinos<sup>279</sup>.

En este orden de cosas, ¿Se podría conceder la denominada “inmunidad derivada” del Estado a estos cables submarinos por afectar a los intereses o actividades soberanas de un Estado? ¿Llegaría a ser admitida esta invocación por los tribunales internacionales o nacionales? ¿Está preparado el Derecho internacional para tal cuestión?<sup>280</sup>.

## 2. OBJETIVOS

El objetivo general de este trabajo es analizar los principales instrumentos jurídicos que regulan el régimen internacional de protección de los cables submarinos de comunicación. De este modo, se pretende analizar la efectividad de este régimen para hacer frente a las nuevas amenazas que se plantean en torno a estas infraestructuras críticas, en el desconcertante tablero geopolítico.

---

<sup>277</sup> Véase: GALLAGHER, Jill C., “Undersea Telecommunication Cables: Technology Overview and Issues for Congress”, *op.cit.*, 2022, p. 1.

<sup>278</sup> Véase: RUIZ, Rebecca R., SCHECK, J., “In Nord Stream Mystery, Baltic Seabed Provides a Nearly Ideal Crime Scene”, *The New York Times*, 2022, disponible en: [bit.ly/3Gq1b7p](https://bit.ly/3Gq1b7p). PLUCINSKA, J., “Nord Stream gas ‘sabotage’: who’s being blamed and why?”, *Reuters*, 2022, disponible en: <https://bit.ly/3GpnybO>. Véase también: RATNER, M., “The Role of Russian Natural Gas”, *CRS Report IN11900*, 2022, pp. 1-4.

<sup>279</sup> FERNÁNDEZ, Juan J., “La Armada vigila la actividad de barcos rusos sobre cables submarinos en aguas españolas”, 2022, disponible en: <https://bit.ly/3WWIIgw>.

<sup>280</sup> Véase: ARJONA HERNÁNDEZ, N., La inmunidad soberana en os espacios marinos, Dykinson, 2023, forthcoming; SHVETS, D., “Submarine Cables as an Object of Legal Regulation under International Law”, *Spanish yearbook of international law*, Issue 25, 2021, pp. 119-127.

Los objetivos específicos son detectar la naturaleza de dichas obligaciones jurídicas, puesto que no solo el plano convencional podría aportar soluciones jurídicas para la protección de estos cables.

### 3. METODOLOGÍA

El método eje utilizado ha sido el sincretismo metodológico y como ejemplos concretos de la combinación de métodos, sin ánimo de ser exhaustivos: el método comparado, el método rawlsiano, el método sistémico y el método sociológico-jurídico. A continuación, destacamos los principales:

El método sociológico-jurídico nos ha hecho entender que el derecho no puede estudiarse como un dominio aislado, sino que debe estudiarse en relación con la realidad social y como una mera parte de esta. Se trata de investigar el porqué de todos los convenios y normas internacionales (y nacionales) relacionados con la protección de los cables submarinos más allá de su mera relación sistémica.

El método anterior se ha visto complementado por el método rawlsiano, en virtud del cual la jurisprudencia aporta una valiosa documentación sobre la inmunidad del Estado y su posible aplicación a los cables submarinos.

### 4. RESULTADOS

Putin sabe que los cables submarinos son el talón de Aquiles de Occidente. Moscú ha invertido en capacidades navales subterráneas que ponen en riesgo la infraestructura mundial de Internet<sup>281</sup>. En 2022, después de que Rusia invadiera Ucrania, el gobierno de Estados Unidos sancionó de nuevo a las empresas e individuos rusos que apoyaban al Servicio Federal de Seguridad de Rusia (FSB), adquiriendo equipos de buceo submarino para así mejorar las capacidades cibernéticas y submarinas de Rusia. El Tesoro de Estados Unidos afirmó que un individuo creó una

---

<sup>281</sup> STRINGER, E., "Putin knows that undersea cables are the West's Achilles heel", *Financial Times*, 2022, disponible en: <https://bit.ly/3WWIIGw>.

empresa tapadera en Finlandia para eludir las sanciones estadounidenses y adquirir equipos de buceo subacuático con el fin de apoyar al FSB y mejorar las capacidades cibernéticas y subacuáticas de Rusia<sup>282</sup>.

La OTAN superó ampliamente al Pacto de Varsovia. Tal y como destaca el exdirector de Operaciones del Ministerio de Defensa del Reino Unido, Stringer, nos destacamos en tecnología aeroespacial y construimos submarinos superiores: La revolución digital, impulsada en gran medida desde Silicon Valley, amplió aún más el abismo. La asociación de inteligencia Five Eyes, con ojos y oídos en el espacio, es la reina<sup>283</sup>. Pero el espacio y el ciberespacio se están democratizando cada vez más y ahora se puede acceder a ellos a bajo coste. Las potencias hostiles han calculado que es ahí donde pueden atacar a los países de la OTAN con gran efecto<sup>284</sup>.

El profundo análisis sobre la práctica de los Estados de la UE efectuado por Bueger et al., estableció que entre los Estados miembros de la UE existía un mínimo de concienciación, así como procesos de gobernanza con respecto a los cables submarinos. Sin embargo, este análisis también demuestra que existen diferencias significativas entre los Estados. El factor clave en cuanto a la concienciación, en palabras de los anteriores autores, es si se presta o no atención a una potencial amenaza rusa y si tales preocupaciones son tomadas en serio por las armadas nacionales<sup>285</sup>.

Además de Rusia, China también mantiene poderosas capacidades cibernéticas que utiliza en tiempos de paz y puede emplear en conflicto armado. Estos Estados parecen tener capacidad para cortar, interrumpir o intervenir los cables submarinos entrando en contacto físico con la

---

<sup>282</sup> U.S. Department of Treasury, "Treasury Targets Sanctions Evasion Networks and Russian Technology Companies Enabling Putin's War", *press release*, March 31, 2022, disponible en: <https://bit.ly/3VTtrnl>.

<sup>283</sup> STRINGER, E., "Putin knows that undersea cables are the West's Achilles heel", *op. cit.*

<sup>284</sup> *Ibidem*.

<sup>285</sup> BUEGER, C., LIEBETRAU, T. y FRANKEN, J., "Security threats to undersea communications cables and infrastructure - consequences for the EU", *In-Depth analysis Requested by the SEDE sub-committee, Policy Department for External Relations, Directorate-General for External Policies of the Union, PE 702.557*, Brussels, European Union, 2022, pp. 36-38.

infraestructura del fondo marino o mediante una intrusión o ataque cibernético no material<sup>286</sup>.

Aunque Rusia tiene capacidad naval para dañar o intervenir los cables submarinos de otros Estados, es uno de los Estados mejor posicionados para evitar una interrupción importante de sus propios sistemas. La Federación Rusa, que se extiende por toda la masa terrestre euroasiática, es uno de los Estados menos vulnerables a las roturas de los cables submarinos, ya que ninguno de los cables aterriza en Rusia. Todas las principales vías de información de Rusia son líneas de comunicación continentales e internas<sup>287</sup>.

#### 4.1. AMENAZAS A LOS CABLES SUBMARINOS

El poder amenazar la inviolabilidad de los sistemas financieros y de información es una enorme ventaja estratégica. Y como Vladimir Putin sabe desde hace tiempo, el único punto físico de fallo del sistema que puede ser amenazado abiertamente son los cables submarinos<sup>288</sup>. Señala Stringer que poner en peligro estos cables es una forma garantizada de abrir una brecha entre Kiev y Occidente<sup>289</sup>. Inicialmente, las fuerzas rusas tenían como objetivo el suministro de energía, desplegando drones y misiles contra la red eléctrica ucraniana y cortando el suministro de gas de Nord Stream a Europa. Cuando estas medidas no surtieron efecto inmediatamente, el Kremlin subió la apuesta. Tres explosiones inexplicables destrozaron el oleoducto submarino de Nord Stream I frente a la costa de Dinamarca, y menos de un mes después el cable submarino que suministra Internet a las islas Shetlands se cortó en dos puntos<sup>290</sup>. Este tipo de incidentes suelen ser accidentes, pero la presencia de un buque ruso de investigación submarina, y el reciente trío de explosiones submarinas que cortaron el gaseoducto Nord Stream, hacen mucho más

---

<sup>286</sup>KRASKA, J. y PEDROZO, R., "Seabed Warfare" Disruptive technology and the law of naval warfare, Oxford University Press, 2022, p.189.

<sup>287</sup>Ibidem.

<sup>288</sup>STRINGER, E., "Putin knows that undersea cables are the West's Achilles heel", *op. cit.*

<sup>289</sup>Ibidem.

<sup>290</sup>Ibidem.

plausible el sabotaje de Moscú<sup>291</sup>. Pero las roturas del cableado submarino son mucho más difíciles de atribuir, ya que pueden ser dañadas accidentalmente por los buques de arrastre o los terremotos. De hecho, esta ambigüedad favorece a Putin puesto que ha recordado a Occidente que tiene capacidad para cortar tuberías y cables si así lo desea, al tiempo que le reta a demostrar que Moscú fue responsable.

La explosión del gaseoducto Nord Stream I en el Mar Báltico es uno de los últimos hechos que ponen de relieve una realidad innegable: Las cuestiones van más allá de los intereses comerciales. Se trata de infraestructuras esenciales para la vida de un Estado que permiten una mirada a la soberanía del Estado.

Por su parte, China no solo ha aprovechado el hecho de que los Estados latinoamericanos tendrán que construir unos 30 cables submarinos en la próxima década para satisfacer sus demandas de conectividad, sino que, además y según el Departamento de Justicia de Estados Unidos, está aumentando la posibilidad de que el gobierno chino acceda a los sistemas de cables submarinos para obtener información personal, datos y comunicaciones<sup>292</sup>. De este modo, China también está explotando la vulnerabilidad de la red introduciéndose en el mercado de los cables submarinos y ofreciendo el tendido de cables a precios preferenciales. Esto se ha convertido en la denominada China's Belt and Road Initiative (BRI) consistente en el programa chino de inversión en infraestructuras para mejorar las conexiones físicas y digitales entre China y el resto del mundo, facilitando el comercio y el crecimiento económico<sup>293</sup>.

En cualquier conflicto a través del estrecho de Taiwán, los cables de telecomunicaciones de Taiwán correrían el riesgo de ser atacados por la marina china. Al menos 10 cables submarinos y seis estaciones de desembarco de cables conectan Taiwán con el mundo exterior. La estación

---

<sup>291</sup> AZARIA, D., ULFSTEIN, G., Are sabotage of submarine pipelines an 'armed attack' triggering a right to self-defence?, *Blog of the European Journal of International Law*, 2022, disponible en: [bit.ly/3VREnBP](https://bit.ly/3VREnBP).

<sup>292</sup> Véase Bnamericas, Los próximos cables submarinos de América Latina, 2022, disponible en: [bit.ly/3QrONXJ](https://bit.ly/3QrONXJ).

<sup>293</sup> SUTTER, Karen M., SCHWARZENBERG, Andres B. y SUTHERLAND, Michael D., "China's "One Belt, One Road" Initiative: Economic Issues", *CRS In Focus IF11735*, 2022.

de Yilan en Toucheng, en el noreste de Taiwán, conecta a Taipei con los estados del Pacífico Norte y América del Norte, mientras que la estación de Pingtung en Fangshan, en el sur, conecta a Taiwán con el sudeste asiático y Australia. Dañar estos cables estratégicos y las estaciones de aterrizaje no sólo interrumpiría significativamente la economía de Taiwán y las comunicaciones con sus principales socios comerciales y de seguridad, sino que también tendría un efecto devastador en los negocios internacionales y los mercados financieros de Japón, Singapur, Indonesia y Australia<sup>294</sup>.

Por otro lado, China e India pretenden controlar el tendido de cables submarinos en sus plataformas continentales y en su ZEE. Según el artículo 79 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM,) sin embargo, los Estados ribereños pueden regular los cables submarinos extranjeros en la plataforma continental sólo en la medida en que tales acciones sean “medidas razonables para la exploración... [o] la explotación de sus recursos naturales”<sup>295</sup>.

#### 4.2. HORIZONTE NORMATIVO

Muy pocos Estados tipifican como delito los daños a los cables submarinos en sus aguas territoriales y fuera del mar territorial. En caso de que no exista legislación nacional relativa a la protección de los cables submarinos dentro de su mar territorial o fuera de sus aguas territoriales, los Estados pierden la posibilidad de proporcionar medios eficaces de prevención e investigación de los ataques contra los cables submarinos en esos espacios marítimos. La adopción de una Convención Mundial podría ser una tarea especialmente difícil, sobre todo teniendo en cuenta la actual situación geopolítica y de seguridad y la existencia de diferentes intereses<sup>296</sup>. El futuro Convenio mundial sobre la protección de la infraestructura de información crítica submarina sustituiría al Convenio para la Protección de los Cables Telegráficos Submarinos de 1884. Este

---

<sup>294</sup> KRASKA, J., PEDROZO, R., *Disruptive technology and the law of naval warfare*, Oxford University Press, 2022, p. 191.

<sup>295</sup> *Ibidem*, p. 192.

<sup>296</sup> LEHTO, M. et al., “Arctic Connect Project and cyber security control, ARCY”, *Informaatioteknologiantiedekunnanjulkaisu*, Issue 78, 2019, pp. 42-43.

Convenio debería abordar exhaustivamente los derechos y obligaciones de los Estados en lo que respecta a la protección de los cables submarinos, incluso contra los daños intencionales a la luz de las amenazas cinéticas y no cinéticas dentro del mar territorial y fuera de las aguas territoriales<sup>297</sup>. El Convenio de 1884 sí que tipifica como delito punible “romper o dañar un cable submarino, deliberadamente o por negligencia culpable, de forma que pueda interrumpir u obstruir las comunicaciones telegráficas”. Sin embargo, el efecto de esta disposición es limitado porque el Convenio de 1884 no se aplica a situaciones de conflicto armado; por lo que responde menos a las amenazas planteadas por los actores que buscan dañar intencionadamente los cables<sup>298</sup>.

Australia y Nueva Zelanda han promulgado leyes para impedir que se interfiera o merodee la infraestructura de cables submarinos. Camberra también tomó precauciones al instalar su propio cable a las Islas Salomón. Europa occidental, en cambio, ha sido menos vigilante con respecto a quién fabrica o instala sus cables. Uno de los que detectó pronto esta vulnerabilidad fue el entonces diputado Rishi Sunak, que escribió un artículo en 2017 sobre la creciente amenaza de sabotaje<sup>299</sup>. Ahora que es primer ministro y el riesgo se ha convertido en una realidad, ¿Invertirá en capacidades marítimas y submarinas de protección como recomendó entonces?<sup>300</sup>.

Muchos Estados miembros de la UE han olvidado en gran medida la implicación geopolítica y de seguridad nacional de la red de cable submarinos. No obstante, la reconsideración de las amenazas de Rusia tras la guerra de Ucrania de 2022 indica que la atención en los Estados miembros de la UE está claramente en aumento<sup>301</sup>. Así pues, en la 68ª Sesión

---

<sup>297</sup> *Ibidem*.

<sup>298</sup> KRASKA, J., “The Law of Maritime Neutrality and Submarine Cables”, *Blog of the European Journal of International Law*, 2020, disponible en: [bit.ly/3VQMkY4](http://bit.ly/3VQMkY4).

<sup>299</sup> SUNAK MP, R., “Undersea Cables: Indispensable, insecure”, *Policy Exchange*, 2017.

<sup>300</sup> STRINGER, E., “Putin knows that undersea cables are the West's Achilles heel”, *op. cit.* Para una respuesta al interrogante véase KONRAD, J., “Sunak Cancels Boris Johnson's Yacht To Build Pipeline And Cable Protection Ships”, *gCaptain.com: Maritime News*, 2022, disponible en: [bit.ly/3vMUWEn](http://bit.ly/3vMUWEn).

<sup>301</sup> BUEGER, C., LIEBETRAU, T., FRANKEN, J., “Security threats to undersea communications cables and infrastructure - consequences for the EU”, *op.cit.*, p.39.

Anual de la Asamblea Parlamentaria de la OTAN refiriéndose a la explosión del gasoducto Nord Stream I, el ministro español Albares, ha recalcado que, “Europa no puede quedar sometido al chantaje gasístico de nadie. Las infraestructuras críticas deben estar protegidas”<sup>302</sup>. Este incidente contextualiza las preocupaciones de seguridad que tienen los Estados sobre las infraestructuras submarinas críticas, como los oleoductos y los cables.

En noviembre de 2017, R. Sunak publicó el ya citado informe sobre las vulnerabilidades de los cables submarinos que analizaba la amenaza rusa<sup>303</sup>. Argumentó que los cables tienen una protección insuficiente en el derecho internacional. Una serie de documentos indican la atención de alto nivel que presta el Reino Unido a esta cuestión. Entre ellos se encuentran la 2021 *UK's Integrated Review of Security, Defense, Development and Foreign Policy*, un informe del Parlamento Británico de 2022 sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, así como la reciente actualización de la *National Maritime Security Strategy*<sup>304</sup>.

## 5. DISCUSIÓN

Los cables submarinos no cuentan con ninguna protección especial, salvo los sistemas de vigilancia integrados que pueden enviar alertas solo si hay una amenaza cerca<sup>305</sup>. Una de las recomendaciones de Sunak para mejorar la seguridad de los cables submarinos incluyeron, entre otras, el establecimiento de zonas de protección de cables. Australia y Nueva Zelanda han declarado zonas protegidas sobre rutas de cable claves, en las que están prohibidas las actividades que plantean un riesgo -

---

<sup>302</sup> AGUILERA, S., “Albares asegura que la UE y la OTAN no cederán al “chantaje gasístico” tras el “ataque” al Nord Stream”, *El español*, 2022, disponible en: [bit.ly/3vPZZ7c](https://bit.ly/3vPZZ7c).

<sup>303</sup> SUNAK MP, R., “Undersea Cables: Indispensable, insecure”, *op.cit.*

<sup>304</sup> Véase International Relations and Defence Committee, “UNCLOS: fit for purpose in the 21st century?”, United Kingdom House of Lords, 2021; HM Government, National Strategy for Maritime Security (Presented to Parliament by the Secretary of State for Transport by Command of Her Majesty) CP 724, 2022.

<sup>305</sup> SEIBT, S., “Threat looms of Russian attack on undersea cables to shut down West's internet”, *France24*, 2022, disponible en: [bit.ly/3jWlIXf](https://bit.ly/3jWlIXf).

como la pesca, fondeo y dragado-. Ambos países impusieron severas sanciones por violar las zonas. Las sanciones que la Comisión Federal de Comunicaciones concluyó en un informe de 2014 constituyeron una fuerte disuasión para actividades potencialmente dañinas cerca de las rutas de cable. Pero la cuestión de si las zonas de protección de cables pueden extenderse más allá de las aguas territorial de los Estados no es diáfana. Los autores del *Manual 2.0 de Tallinn sobre el derecho internacional aplicable a las operaciones cibernéticas* argumentaron, que, “aunque los Estados estaban perfectamente dentro de sus derechos para crear zonas de protección de cables en su Mar Territorial, (subrayan, no obstante, que) “no existe una norma clara con respecto a la Zona Económica Exclusiva o a la Plataforma Continental, y ciertamente no para Alta Mar”. Las zonas podrían proteger los cables en las zonas costeras de los Estados, pero las rutas en aguas profundas que preocupan a la OTAN seguirían siendo un problema<sup>306</sup>. Los Estados Partes en la Convención sobre el Derecho del Mar deben adoptar leyes que castiguen los daños causados intencionadamente o por negligencia a un cable de comunicación submarino en alta mar (Convención sobre el Derecho del Mar, art. 113). Este requisito se aplica por extensión a la ZEE (Convención sobre el Derecho del Mar, Art. 58(2). A este respecto, tanto los Estados costeros como los Estados que tienden cables tienen la misma responsabilidad de prescribir normas contra los daños a los cables de comunicación submarinos.

Este déficit en la protección de los cables submarinos podría verse suplido por la denominada “inmunidad derivada del Estado” del artículo 6.2 b) de la Convención de Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus bienes (CNUIJ), a pesar de que estos no sean de propiedad estatal o sean pertenecientes a empresas participadas por el Estado. Por otra parte, ¿Sería posible otorgar a estos cables el estatuto jurídico de un buque de guerra o de un buque de Estado? De

---

<sup>306</sup> SCHMITT, M.N. (ed.), “Rule 54 – Submarine communication cables”, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Second Edition, Cambridge University Press, 2017, pp. 252-258.

este modo, estos cables estarían protegidos en cualquiera de los espacios marinos.

Por último, una solución ideal sería la elaboración de un tratado internacional específico sobre la protección de los cables submarinos, para el que parece haber poco interés. Otras sugerencias para mejorar el régimen normativo abarcan desde la utilización de la estructura de las convenciones de la ONU contra el terrorismo, por encima de las propuestas de creación de zonas nacionales de protección de los cables, hasta el despliegue de una agencia internacional arraigada en el sistema de la ONU con responsabilidad jurídica y política sobre los cables submarinos, que podría dirigir el desarrollo de una ley adicional. La negociación del nuevo tratado de alta mar bajo el epígrafe de Biodiversidad más allá de las jurisdicciones nacionales también podría ofrecer nuevas oportunidades para la protección de los cables en Alta Mar o tal vez la respuesta esté en la propia CNUDM a través de su enmienda o modificación.

Privar al mundo de Internet no es tan sencillo como cortar los cables eléctricos en el frente en el año 1939<sup>307</sup>. Tal y como documenta Aben, atacar un cable de Internet es comparable con destruir un solo carril en una autopista de diez carriles. Si la autopista tiene suficiente capacidad, el tráfico no lo notará. Los países altamente conectados, como la mayoría de los estados europeos, Estados Unidos o los países asiáticos, dependen de mucho más de un cable para conectarse al mundo, precisamente porque estas infraestructuras son muy vulnerables<sup>308</sup>.

Aparte de algunas islas aisladas, hay muy pocos países que se verían privados de Internet si sólo se dañaran dos o tres cables, ha explicado Liebetrau. Entre las islas que se verían afectadas están el archipiélago de las Azores, la isla de Madeira y el estado australiano de Tasmania. Según Liebetrau, Rusia tendría que montar una operación militar a gran escala para amenazar realmente el acceso a Internet de objetivos como Estados Unidos o Europa. Necesitarían hacer muchas operaciones de

---

<sup>307</sup> Véase BUEGER, C., en SEIBT, S., "Threat looms of Russian attack on undersea cables to shut down West's internet", *op.cit.*

<sup>308</sup> Véase ABEN, E., en SEIBT, S., *ibídem.*

reconocimiento para saber exactamente dónde se encuentra cada cable, porque, aunque existen mapas, son deliberadamente poco precisos<sup>309</sup>.

Según Bueger, un lugar para atacar sería el canal de Suez, porque es un punto de estrangulamiento para la transferencia de datos entre Europa y Asia. Pero habría que usar explosivos<sup>310</sup>. Señala Radakin, que un ataque de este nivel sería considerado un acto de guerra por Occidente. Moscú probablemente no estaría dispuesto a intensificar una operación de este tipo, que requeriría muchos recursos sin tener un impacto significativo en las capacidades militares de la OTAN<sup>311</sup>. Es posible, sin embargo, que Rusia lance algún ataque menor, sólo para demostrar su poder, como todo parece apuntar con relación a las islas Shetlands.

## 6. CONCLUSIONES

Los cables submarinos constituyen una infraestructura altamente estratégica que debe ser defendida, tanto de la posibilidad de un ataque físico como de posibles operaciones de espionaje.

A tenor de la norma consuetudinaria que contiene el artículo 6(2) de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (CNUIJ), que permite recurrir a la invocación indirecta cuando el proceso ante un tribunal de un Estado afecta a los intereses o actividades soberanas de un Estado, los cables submarinos de comunicación propiedad de consorcios privados estarían provistos de inmunidad, puesto que estos cables transmiten, por ejemplo, información que afecta a la seguridad nacional del Estado.

Aunque la disuasión puede ofrecer algunas protecciones, las ciberamenazas suelen considerarse por debajo del umbral de la guerra, lo que hace difícil justificar una respuesta militar. En la respuesta militarista se sugiere una acción multilateral siempre que sea posible, ya que ningún Estado puede defender por sí solo la extensa red mundial de cables submarinos. La inmediatez de esta respuesta se clasifica como alta, ya que

---

<sup>309</sup> Véase LIEBETRAU, T., *ibidem*.

<sup>310</sup> Véase BUEGER, C., *ibidem*.

<sup>311</sup> Véase RADAKIN, T., *ibidem*.

los componentes que aún no se han incorporado a la política de Estados Unidos podrían comenzar inmediatamente. La clasificación de riesgo medio representa la posibilidad de que se produzca una escalada del conflicto tras una mayor implicación militar.

## 7. REFERENCIAS

- Aguilera, S., “Albares asegura que la UE y la OTAN no cederán al “chantaje gasístico” tras el “ataque” al Nord Stream”, *El español*, 2022, disponible en: [bit.ly/3vPZZ7c](https://bit.ly/3vPZZ7c).
- Arjona Hernández, N., *La inmunidad soberana en los espacios marinos*, Dykinson, 2023, forcoming.
- Azaria, D., Ulfstein, G., Are sabotage of submarine pipelines an ‘armed attack’ triggering a right to self-defence? *Blog of the European Journal of International Law*, 2022, disponible en: [bit.ly/3VREnBP](https://bit.ly/3VREnBP).
- Bnamericas, *Los próximos cables submarinos de América Latina*, 2022, disponible en: [bit.ly/3QrONXJ](https://bit.ly/3QrONXJ).
- Bueger, C., Liebetrau, T. y Franken, J., “Security threats to undersea communications cables and infrastructure - consequences for the EU”, *In-Depth analysis Request-ed by the SEDE sub-committee, Policy Department for External Relations, Directorate-General for External Policies of the Union, PE 702.557*, Brussels, European Union, 2022, pp. 36-38.
- Dezcallar De Mazarredo, J., *Abrazar el mundo. Geopolítica: hacia dónde vamos*, La esfera de los libros, S.L., 2022, pp. 368.
- Fernández, Juan J., “La Armada vigila la actividad de barcos rusos sobre cables submarinos en aguas españolas”, 2022, disponible en: <https://bit.ly/3WWIIGw>.
- Gallagher, Jill C., “Undersea Telecommunication Cables: Technology Overview and Issues for Congress”, *CRS Report R47237*, 2022, p. 1.
- Hm Government, *National Strategy for Maritime Security (Presented to Parliament by the Secretary of State for Transport by Command of Her Majesty) CP 724*, 2022.
- Humphreys, B.E., “Critical Infrastructure Security and Resilience: Countering Russian and Other Nation-State Cyber Threats”, *CRS In Focus IF12061*, 2022, pp. 1-3.
- International Relations and Defence Committee, “UNCLOS: fit for purpose in the 21st century?”, *United Kingdom House of Lords*, 2021.

- Konrad, J., “Sunak Cancels Boris Johnson’s Yacht to Build Pipeline And Cable Protection Ships”, gCaptain.com: Maritime News, 2022, disponible en: [bit.ly/3vMUWEn](https://bit.ly/3vMUWEn).
- Kraska, J., PEDROZO, R., *Disruptive technology and the law of naval warfare*, Oxford University Press, 2022, p.191.
- Kraska, J., “The Law of Maritime Neutrality and Submarine Cables”, Blog of the European Journal of International Law, 2020, disponible en: [bit.ly/3VQMkY4](https://bit.ly/3VQMkY4).
- Lehto, M. et al., “Arctic Connect Project and cyber security control, ARCY”, Informaatio-tekniikan tiedekunnan julkaisu, Issue 78, 2019, pp. 42-43.
- Plucinska, J., “Nord Stream gas 'sabotage': who's being blamed and why?”, Reuters, 2022, disponible en: <https://bit.ly/3GpnybO>.
- Ratner, M., “The Role of Russian Natural Gas”, CRS Report IN11900, 2022, pp. 1-4.
- Ruiz, Rebecca R., SCHECK, J., “In Nord Stream Mystery, Baltic Seabed Provides a Nearly Ideal Crime Scene”, The New York Times, 2022, disponible en: [bit.ly/3GqIb7p](https://bit.ly/3GqIb7p).
- Sanger, David E., “Biden’s National Security Strategy Focuses on China, Russia and Democracy at Home”, New York Times, 2022, disponible en: <https://bit.ly/3QIIwwZ>.
- Schmitt, M.N. (ed.), “Rule 54 – Submarine communication cables”, Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations, Second Edition, Cambridge University Press, 2017, pp. 252-258.
- Seibt, S., “Threat looms of Russian attack on undersea cables to shut down West’s internet”, France24, 2022, disponible en: [bit.ly/3jWIIXf](https://bit.ly/3jWIIXf).
- Shvets, D., “Submarine Cables as an Object of Legal Regulation under International Law”, Spanish yearbook of international law, Issue 25, 2021, pp. 119-127.
- Stringer, E., “Putin knows that undersea cables are the West’s Achilles heel”, Financial Times, 2022, disponible en: <https://bit.ly/3WWIIGw>.
- Sunak Mp, R., “Undersea Cables: Indispensable, insecure”, Policy Exchange, 2017.
- Sutter, Karen M., SCHWARZENBERG, Andres B. y SUTHERLAND, Michael D., “China’s “One Belt, One Road” Initiative: Economic Issues”, CRS In Focus IF11735, 2022.

The White House, “FACT SHEET: President Biden and G7 Leaders Formally Launch the Partnership for Global Infrastructure and Investment”, statements and releases, 2022, disponible en: <https://bit.ly/3It3pV0>.

U.S. Department of Treasury, “Treasury Targets Sanctions Evasion Networks and Russian Technology Companies Enabling Putin’s War,” press release, 2022, disponible en: <https://bit.ly/3VTtrnl>.

## SMART CONTRACTS Y ACTIVOS DIGITALES A LA LUZ DEL DERECHO SUCESORIO ECUATORIANO

---

ANA CAMILA ORDÓÑEZ

*Universidad Internacional del Ecuador*

ROQUE JAVIER ALBUJA

*Universidad Internacional del Ecuador*

### 1. INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías facilitan aspectos de la vida humana que permiten la realización de diversas actividades de manera mucho más barata, rápida y eficaz. El mundo del derecho no es ajeno a esta nueva revolución.

Actualmente estamos acostumbrados a escuchar términos como smart contracts, activos digitales y blockchain, aspectos que se ven necesariamente inmiscuidos en la vida diaria de las personas a tal grado que el derecho necesita adaptarse a estos nuevos cambios para generar regulaciones conscientes y adecuadas. La eficacia de la regulación jurídica surge de una determinada base sólida-científica que permite identificar los aspectos básicos de estas herramientas tecnológicas que se adaptarán a actos normativos adecuadamente regulados, lo que permitirá ampliar el espectro de derechos protegidos y buscar nuevas herramientas idóneas para su ejercicio y protección.

### 2. OBJETIVOS

- Distinguir los conceptos doctrinales de activos digitales, smart-contracts y blockchain.
- Identificar a los activos digitales como patrimonio transmisible dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

- Determinar si el smartcontract sucesorio constituye testamento a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

### 3. METODOLOGÍA

En el curso de la investigación se utilizarán los siguientes métodos científicos generales, los cuales se basan en el análisis de contenido meramente doctrinal ante la falta de legislación comparable.

- Método descriptivo: Para analizar los diversos conceptos doctrinales de activos digitales, smart contracts, blockchain y sus principios generales.
- Método analítico-sintético: Para analizar la posibilidad de otorgar activos digitales como patrimonio transmisible y reconocido dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.
- Método sintético-estructural/funcional: Determinar si los smartcontracts constituyen testamento dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano; e identificar las dificultades de estas herramientas tecnológicas a la luz del Código Civil.

## 4. CONCEPTUALIZACIÓN DE BLOCKCHAIN, SMART CONTRACTS Y ACTIVOS DIGITALES

### 4.1. BLOCKCHAIN

Blockchain surge a partir del año 2008, con la creación del proyecto “Bitcoin” de autoría de Satoshi Nakamoto (pseudónimo de una persona o grupo de personas que no han sido identificadas). Autores como D. Tapscott (2017) y A. Tapscott (2017), explican que el funcionamiento de esta tecnología disruptiva parte de la idea de que la cadena de bloques:

Es una especie de hoja de cálculo o registro que usa los recursos de una amplia red entre iguales para verificar y aprobar todas y cada una de las transacciones hechas en bitcoin. Todas las cadenas de bloques están *distributedas*: es decir, se ejecutan en diferentes ordenadores que ofrecen voluntariamente las personas de todo el mundo que deseen participar en este proceso. La blockchain es *pública*: todo el mundo puede verla

cuando quiera porque residen en la red, y no en manos de una determinada institución que se encargue de auditar las transacciones y llevar los registros. Y, además, está *encriptada*: usa una encriptación como una combinación de números y letras (únicos) que son claves públicas y privadas, también denominados hash criptográficos<sup>312</sup> que garantizan una total seguridad y privacidad en las transacciones. (p.17)

Lo relevante de esta tecnología surge de los principios o bases del funcionamiento de blockchain, que le caracteriza como un tipo de tecnología disruptiva y a la vanguardia que perfectamente podría ser usada o replicada para otros aspectos en la vida diaria. Recurriendo a Phil Champagne (2014), en su obra "El Libro de Satoshi", hemos podido identificar y recopilar los principios más importantes del blockchain, que sirven para utilizarla en otras actividades:

1. *Integridad*: La tecnología blockchain es un sistema abierto que permite realizar cualquier tipo de transacción de manera directa, sin intermediarios, lo que garantiza una integridad del sistema mismo.
2. *Seguridad y control*: Toda transacción realizada en la cadena de bloques contará con un altísimo grado de protección a través del uso de claves públicas y privadas (hash criptográfico), con el fin de asegurar la información y la comunicación de los usuarios. Esta tecnología es mucho más resistente a ataques cibernéticos.
3. *Disponibilidad*: La cadena de bloques asegura su funcionamiento en todos los lugares donde exista acceso a internet, solo será necesario la creación de un portafolio o "wallet" digital para realizar transacciones.
4. *Privacidad*: Blockchain no permite la filtración de información y datos personales de los usuarios en la red. Garantiza confidencialidad y anonimato en todas las transacciones.

---

<sup>312</sup> Los hash criptográficos son algoritmos matemáticos que se usan como claves o códigos únicos que permiten transformar cualquier bloque de información o datos ingresados a un procesador en un nuevo carácter o bloque de información determinado, único, irrepetible y auténtico. Este contendrá la información del bloque anterior permitiendo de esta manera convertir una cadena de bloques.

5. *Transparencia y descentralización:* Al utilizar una red distribuida de nodos computarizados, los "mineros" se encargan de verificar y validar las transacciones en la red de bloques, además de actualizar el libro de contabilidad pública que es de acceso a todos los usuarios en la red. La información será pública e inmutable o inmodificable, lo cual también brinda un alto grado de seguridad y autenticidad de las transacciones.

En definitiva, blockchain es una tecnología con un enorme potencial que no se limita a los criptoactivos y puede ser adaptada al campo jurídico en temas de gobernabilidad, democracia, organización social, gestión pública y específicamente, cómo objeto de la presente investigación, al derecho sucesorio a través de la implementación del testamento en blockchain. Sus ventajas son compatibles con el funcionamiento de los smartcontracts que se gestionan en este tipo de red, que brindan practicidad a esta tecnología para el otorgamiento y ejecución del testamento tradicional cómo se analizará a continuación.

#### 4.2. SMART CONTRACTS

Para el autor Jorge Padilla (2020), en su artículo "Blockchain y Contratos Inteligentes", los smartcontracts son:

un mecanismo de ejecución automática de obligaciones mediante un código computacional, que pretende reducir la ambigüedad propia de todo contrato y la intervención del juicio humano en su ejecución. Dicho mecanismo tiene la potencialidad de simplificar el desarrollo de contratación, reducir costos de transacción al eliminar intermediarios y facilitar la ejecución contractual. El concepto no es nuevo, pero su potencial desarrollo únicamente se hizo latente con la creación de la blockchain. (párr. 5)

Pese a sus limitadas aplicaciones, la celebración de smartcontracts tiene grandes ventajas para la regulación de relaciones jurídicas entre privados: a) Elimina la intervención de intermediarios, b) Irrevocabilidad/Inalterabilidad, c) Eficacia en tiempos y costos.

Bajo esta perspectiva, el smartcontract es una herramienta de ejecución de un contrato tradicional. Son un tipo de herramienta que utiliza la tecnología blockchain, con la finalidad específica de brindar confianza y

seguridad a las partes al momento de celebrar un contrato, con la ventaja que pueden auto ejecutarse y dar cumplimiento a las obligaciones acordadas por las partes una vez que se reúnan ciertas condiciones anteriormente pre-programadas.

### 4.3. ACTIVOS DIGITALES

La tecnología facilita desarrollar plataformas y herramientas que han permitido que una persona constituya un patrimonio digital por monetización de contenido virtual. En palabras del jurista Ordellín (2020):

El desarrollo de la tecnología y la utilización de esta para realizar actividades de la vida diaria implica la existencia de un conjunto de bienes digitales que conforman el patrimonio digital de una persona. Los bienes o activos digitales no son más que todo aquello que alguien posee almacenado en un archivo digital, ya se encuentre en un dispositivo determinado o en otro lugar, por medio de un contrato con el propietario, lo que incluye el almacenamiento en la nube. En este sentido, dentro de dicha categoría se encuentran un conjunto de bienes, de disímil naturaleza, de carácter digital, que pueden o no poseer un valor económico y estar almacenados de manera local u *online*.

En un primer análisis los activos o bienes digitales son un tipo de propiedad que puede tener un marcado carácter patrimonial/ económico, o no, pero que siguen formando parte de esta categoría; lo relevante de ellos es su intangibilidad o inmaterialidad (no tienen forma física por lo que no se podrían percibir por los sentidos), en comparación a los demás bienes físicos o materiales como una casa, un automóvil, etc. A este respecto, Solé (2019), clasifica los activos digitales en dos grandes grupos que pueden gestionarse por separado:

- a) Activos digitales patrimoniales: 1. Cuentas de correo, 2. Cuentas de servicios y contraseñas, 3. Servicios de suscripción, 4. Cuentas bancarias y otros fondos financieros de carácter digital o virtual (billeteras virtuales y monedas digitales); y,
- b) Contenido personal: Relacionado a la identidad virtual de personas en internet. (p.442).

Los aportes doctrinarios permiten concluir que un activo digital es todo recurso que una persona posee de manera digitalizada o que se encuentra

en un soporte electrónico, que pueden ser clasificados como activos digitales de carácter patrimonial o como activos digitales de contenido personal o extrapatrimonial. Los activos digitales patrimoniales serán objeto de este estudio a fin de determinar si se configuran como un patrimonio transmisible a la luz del derecho sucesorio ecuatoriano.

## 5. LOS ACTIVOS DIGITALES COMO PATRIMONIO TRANSMISIBLE DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO.

El desarrollo de la tecnología y su uso constante en las actividades cotidianas implica la creación de un nuevo conjunto de bienes de carácter digital, que propone desafíos en el campo jurídico. En consideración a la importancia que tienen los activos digitales en nuestras vidas, se analiza si pueden constituir otra clase de patrimonio distinto al material y si son susceptibles de derechos de propiedad, así como si son transmisibles mortis causa.

### 5.1. DEFINICIÓN DE PATRIMONIO A LA LUZ DEL CÓDIGO CIVIL

De manera tradicional el patrimonio se considera un atributo de la personalidad que se constituye por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una persona, susceptibles de ser valorados económicamente y que conforman una universalidad jurídica (pues es único, indivisible e inalienable). El Código Civil se refiere al patrimonio de manera incidental en ciertos temas y no lo regula como institución independiente. La mayor aproximación al patrimonio se observa en la regulación de las sucesiones, en que lo considera como un conjunto de los derechos y obligaciones propios de una persona que se transmiten por su muerte. En concordancia con ello, Herrera (2014) ha señalado que, “el patrimonio como institución no se encuentra sistematizado en el Código Civil, los efectos para las instituciones por las que nació esta figura, la llamada prenda general táctica, la subrogación real y la transmisión hereditaria, tienen su propia regulación en sendos libros de la norma civil”. Para el

autor, cuando el Código Civil habla de patrimonio lo hace siempre utilizándolo como sinónimo de "bienes" institución regulada en la ley.

La legislación ecuatoriana acoge la teoría de los bienes para clasificarlos en corporales (materiales o tangibles) e incorporeales (inmateriales o intangibles). Los primeros suponen una existencia física (es decir, que pueden ser perfectamente distinguidos y percibidos por los sentidos, mientras que los segundos no, calificándolos como meros derechos.

Actualmente dicha clasificación ha sido considerada por la doctrina cómo imprecisa y descabellada. Autores como Jara (2021) califican la agrupación del Código cómo simple pues, "¿Qué pasa cuando existe "algo", que no tiene un ser corporal, ni tampoco consiste en un derecho propiamente tal? En este punto, pareciera que se produce un limbo jurídico, en el cual existen bienes que son imposibles, o al menos muy difíciles, de clasificar en estos dos grupos".

Frente a este reto, la doctrina se ha propuesto a distinguir la naturaleza de "bienes" y "cosas", concluyendo que la noción de bien es más amplia que la de cosa, ya que incluye objetos sin corporalidad como las energías, creaciones del intelecto humano y otros bienes jurídicos, como la protección del ambiente o atributos de la personalidad (párr. 38).

Siguiendo la misma línea, Díez Picazo y Gullón Ballesteros (2016) determinan que para que un objeto inmaterial pueda ser considerado "bien" y por ende conformar parte del patrimonio de una persona, debe reunir una serie de características:

- (i) entidad, como presupuesto de existencia real autónoma e inteligible;
- (ii) apropiabilidad, que se someta a la voluntad de su titular;
- (iii) utilidad, como medio para satisfacer necesidades humanas;
- (iv) valor económico, economicidad de la cosa; y,
- (v) no estar fuera del tráfico jurídico. (p.20).

En conclusión, existen ciertos bienes intangibles que pueden ser objeto de derechos reales. Por las razones expuestas anteriormente, los activos digitales se encasillan en la clasificación general de "bien" por lo tanto, estos también constituyen parte del patrimonio de una persona. A la luz de las características que debe reunir todo bien para ser considerado cómo patrimonio, se concluye que los activos digitales cumplen con los mismos.

## 5.2. ACTIVOS DIGITALES COMO PATRIMONIO TRANSMISIBLE ‘MORTIS CAUSA’ A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

La sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio que tiene por objeto regular las consecuencias jurídicas que se desprenden tras el fallecimiento de una persona, pues su muerte supone el cambio de titular sobre el dominio de los bienes.

Por regla general prevista en el Código Civil ecuatoriano, son objeto de transmisión por causa de muerte todos los bienes, derechos y obligaciones, no obstante, la misma ley establece en diferentes artículos, ciertas excepciones a la regla, como por ejemplo, se entiende que no serán objeto de transmisión por causa de muerte: los bienes comunes a todos los hombres (art. 602), los bienes nacionales (art. 604), los bienes destinados al culto religioso, los derechos intransmisibles (que deben ser claramente determinados por la propia ley. Art. 787, 833 y 1115), y los derechos personales y personalísimos (art. 778 usufructo, art. 825 uso y habitación, entre otros), que, por su naturaleza jurídica, se extinguen con la muerte de la persona.

En este sentido, respecto a los bienes intangibles o cosas incorpóreas, no existe regulación por parte del Código Civil de su valoración y susceptibilidad dentro de la sucesión por causa de muerte. En este caso particular, los autores consideran que el hecho de que la ley no lo prevea (considerando la época en la cual fue redactado nuestro Código Civil), no significa que su transmisión quede prohibida por la misma. Recordemos que en base al principio angular del Derecho Privado: "permissum videtur id omne quod non prohibetur" ("*Se considera permitido todo lo no prohibido*")<sup>313</sup>, todo lo que no esté prohibido por la ley, queda permitido.

En este caso, los activos digitales, no se encuentran inmersos en ninguna prohibición, por ello la doctrina ha considerado factible su transmisión por causa de muerte, considerando que estos son bienes corporales de

---

<sup>313</sup> El artículo 8 del Código Civil determina que: "A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley".

carácter inmaterial (únicamente por su falta de tangibilidad) que se encuentran sujetos a los derechos de dominio, y en el caso particular concierne, al derecho de transmisión por sucesión. No obstante, cabe destacar que los únicos activos digitales transmisibles por causa de muerte pueden ser los activos digitales patrimoniales por su evidente sentido y susceptibilidad económica.

## 6. EL SMART CONTRACT SUCESORIO COMO TESTAMENTO A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

El mundo digital que nos absorbe día a día ha propuesto un cambio de paradigma no solo en las relaciones privadas, sino en la ejecución de varios actos jurídicos tradicionales. La posibilidad de que actualmente una persona pueda constituir un nuevo tipo de patrimonio a través del compendio de diferentes bienes o activos de carácter digital también presupone el estudio de una nueva forma de proteger dicho patrimonio a la luz de la transmisión de dichos bienes tras la muerte de su titular. En esta sección se analizará la herramienta de los smart contracts cómo un nuevo mecanismo de protección de bienes digitales a través de su reconocimiento cómo “testamento” válido a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano, y la utilidad de esta tecnología para la disposición del testamento tradicional.

### 6.1. SMART CONTRACT SUCESORIO Y SU CONTRASTE CON EL TESTAMENTO TRADICIONAL

Entendido el funcionamiento integral de un smartcontract, inmediatamente nos surge la duda de si sus características y naturaleza pueden responder e integrarse a la autoejecución no solo de contratos, sino a diferentes actos jurídicos. Al igual que todo contrato, un acto jurídico unilateral o bilateral debe cumplir con los requisitos de existencia y requisitos de validez para que produzcan los efectos jurídicos deseados. Para el autor Horacio Granero (2020), es técnicamente posible otorgar testamento por medio de un smart contract, pues nace para garantizar

que ciertas acciones o efectos se produzcan en el marco de un conjunto de condiciones preestablecidas.

Es decir, los smartcontracts sucesorios o también denominados testamentos inteligentes fueron creados como un tipo de instrumento legal para planificar el reparto futuro de los bienes entre herederos y legatarios sin la necesidad de abogados ni escribanos, con el fin de que las instrucciones dadas realmente se cumplan al momento de fallecer el testador. Por lo tanto, quedan definidos como un tipo de herramienta que utiliza la tecnología blockchain el cual permite la tramitación digital del testamento y las asignaciones realizadas por el causante de manera automática, simple, instantánea en tiempo real, de manera diferente a cómo se venían ejecutando y otorgando los testamentos tradicionales.

A continuación, se procede a analizar los elementos contractuales comunes del smartcontract y el testamento tradicional según la legislación ecuatoriana, manteniendo un ejercicio de asimilación bajo el siguiente detalle:

## 6.2. ACTO JURÍDICO UNILATERAL

El testamento no se puede configurar como un acto jurídico bilateral o un contrato porque no concurren dos voluntades en donde exista una contraprestación de la una con respecto a la otra (es decir, el causante no deja una parte de su patrimonio a favor de un asignatario determinado con el objeto de que este le dé algo a cambio). Solo comparece el testador y únicamente él manifiesta su voluntad sobre el destino que le quiere dar a su patrimonio. No existe un concurso de voluntades, porque básicamente eso sería ingerir en la voluntad del testador respecto a la disposición de sus bienes.

En este sentido cabe recalcar que, los contratos inteligentes son secuencias de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una o varias prestaciones de un contrato o acto (por tanto, programas de ordenador), con la particularidad de que, una vez activadas, las partes dejan de tener el control de su cumplimiento, que se realizará por sí mismo (Mora, 2021, p.62).

Varios juristas como Barea y Álvarez (citados por Pérez Gallardo, 2004), realizan aseveraciones sobre la supuesta naturaleza contractual del testamento pues, esta teoría forzada pretende argumentar que el testamento se configura por la voluntad del declarante, pero no causará efectos jurídicos sin la voluntad de los asignatarios para aceptar o no la herencia. Este argumento carece de fundamento puesto que el acto testamentario es válido y eficaz previo cumplimiento de ciertos requisitos determinados en la ley. En este aspecto, un contrato inteligente al no ser considerado un contrato per se o estrictu sensu, sus características perfectamente encajan en la aplicación de un testamento pues la finalidad es la misma: las cláusulas o disposiciones testamentarias (en este caso) pueden ser integrados en dichos programas informáticos de modo que ante su ejecución automática asegura y agiliza el cumplimiento de la última voluntad del causante.

La naturaleza unilateral del testamento no es incompatible con la celebración de un smartcontract. Es posible que el testador, en presencia del notario digital y los testigos, otorgue las instrucciones sobre cómo se ha de resolver la situación de su patrimonio, para que tales instrucciones sean ejecutadas a favor de los beneficiarios, una vez que se produzca la muerte del testador. Se insiste que la bilateralidad no es un requisito indispensable para que se pueda utilizar la herramienta del smartcontract sucesorio.

### 6.3. ACTO MÁS O MENOS SOLEMNE

Un acto en el ámbito jurídico dependiendo de los requisitos o formalidades a las que debe someterse es solemne o no solemne. Según lo establece el artículo 1037 del Código Civil ecuatoriano “el testamento es un acto más o menos solemne”. La connotación jurídica que realiza el legislador respecto a esta precisión es incorrecta, puesto que aquello no significa que el testamento es relativamente solemne, siempre lo va a ser, sin embargo, en base a ciertas circunstancias o eventos previstos en la ley (artículo 1068: testamento militar y marítimo) dependerá el nivel de solemnidad (es decir, el cumplimiento de menos o diferentes solemnidades) para su plena validez.

Justamente, para la eficacia y validez de un smartcontract dentro de cualquier ordenamiento jurídico, este deberá cumplir con los requisitos que la norma civil prevé para cualquier tipo de contrato o acto jurídico en general, es decir: consentimiento y voluntad, capacidad, objeto lícito, causa lícita, y solemnidades que prevé la ley. En este sentido un smartcontract sucesorio cumpliría con los requisitos de existencia y validez de los actos jurídicos de manera general, sin embargo, respecto de las solemnidades propias de los testamentos se ha iniciado un debate doctrinal. La mayoría coincide en que el hecho de que un testamento sea "digitalizado" o se encuentre en un soporte electrónico como en este caso a través de la tecnología blockchain, no significa que sea un testamento "diferente" o "nuevo".

El testamento por excelencia según lo prevé la norma civil es el testamento solemne o privilegiado, cada uno se encuentra sujeto al cumplimiento de diferentes solemnidades, no obstante, respecto a los testamentos solemnes cerrados que son los más recomendables de aplicar al caso particular de los smartcontracts, siempre serán notariales según lo indica el artículo 1059 del Código Civil. El ordenamiento jurídico ecuatoriano no reconoce los testamentos ológrafos u otras declaraciones testamentarias realizadas en privado. Los testamentos, por su naturaleza, están sujetos al cumplimiento ciertas solemnidades y en este caso la doctrina prevé que para que un smartcontract sea plenamente válido, deberá estar sujeto a las mismas disposiciones (por ejemplo, otorgado ante notario y testigos). Para Ordellín (2020) el reto se centra en identificar la manera en que el testamento tradicional puede adaptarse a las condiciones cambiantes del mundo digital.

A la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano es posible otorgar dos tipos de testamentos de manera ordinaria. El primero es el testamento abierto, que tiene las características de ser público, pues el testador pone en conocimiento de toda la sociedad el contenido de cada una de las disposiciones testamentarias. En este caso particular se considera que será necesario que el testador otorgue el acto respetando las solemnidades previstas en los artículos 1052 a 1058 del Código Civil y que además del registro físico también otorgue el testamento por medio de un smart contract sucesorio. El problema práctico va a surgir en el momento de

la ejecución del acto siempre que la persona cuente con bienes que están sujetos a registro público de su dominio, pues el contrato no se podrá autoejecutar, sino que también requerirá de la intervención de las correspondientes instituciones públicas. Este problema es de fácil solución, si estas oficinas también participan del testamento y están conectadas a la misma comunidad en que se ancla la cadena de bloques y se celebra el testamento vía smart contract.

El testamento cerrado es otra opción de testamento a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano y tiene la característica de que su contenido es secreto y permanece tal hasta el momento mismo de la muerte del testador. En este caso existe una particularidad. El testador debe saber leer y escribir y tiene que llevar el contenido escrito del testamento ante el notario, en un sobre cerrado, que posteriormente será protegido por una cubierta cerrada, que garantiza que se pueda identificar si algún sujeto ha pretendido alterar el contenido del testamento. El artículo 1061 segundo inciso del Código Civil dispone que “el testamento deberá estar escrito o a lo menos firmado por el testador.” La doctrina ha señalado que se puede utilizar cualquier tipo de escritura, incluso la escritura en máquina de escribir o computador. Este testamento incluso puede ser otorgado en el idioma del testador y no existe una limitación expresa sobre el idioma.

Nos preguntamos si un testamento redactado bajo las instrucciones del testador, encriptado utilizando la tecnología blockchain y ejecutable como smartcontract constituye testamento escrito y si podría ser presentado frente al notario y testigos a fin de que se cumpla con las restantes solemnidades previstas en los artículos 1059 a 1068 del Código Civil. Surgen preocupaciones respecto a posibles vicios del consentimiento que se podrían presentar al momento mismo en que el testador otorgue las instrucciones para que su testamento sea registrado como un smartcontract, pues el codificador podría alterar las instrucciones del testador. En este sentido, se podría establecer que, si el testador es un analfabeto en el lenguaje utilizado para codificar su testamento o este no es sumamente comprensible y verificable para él, no se podría otorgar este tipo de testamentos. Si el testador puede comprender y verificar todo el

contenido del testamento, no debería haber limitación de ningún tipo para que así proceda.

La segunda dificultad surge por el hecho que la ley exige que la diligencia de apertura del testamento cerrado se realice previo a su ejecución. Nuevamente, parecería que la ley no restringe de ninguna manera esta diligencia. Por el contrario, las seguridades propias de la encriptación garantizarían la inalterabilidad del contenido del testamento con mayor seguridad que la cubierta cerrada. Sin embargo, al momento de la ejecución pueden surgir las mismas complicaciones con los registros públicos, a las que ya nos referimos anteriormente, pues si estas oficinas no están interconectadas a la cadena de bloques, no se podrá ejecutar el acto.

En nuestro ordenamiento jurídico no se prevé otro tipo de testamentos, por lo que no existe una norma jurídica que permita tomar al smartcontract como válido si este no se utiliza en complemento de las solemnidades previstas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para el otorgamiento de testamentos abiertos y cerrados. No consideramos que con relación a las otras solemnidades pueda surgir algún tipo de problema, sobre todo si se considera que el Código de Comercio reconoce que la firma electrónica es un equivalente de la firma autógrafa. Consideramos además que lo antes expuesto es un aporte al testamento, pues facilita la superación del anonimato del suscriptor propio de los sistemas blockchain y puede garantizar la aclaración de instrucciones para su obtención. Estamos conscientes que vulnera ciertos principios de blockchain, pero facilita una compatibilidad entre el derecho positivo y el derecho digital mientras no se produzca una reforma.

#### 6.4. ACTO POR CAUSA DE MUERTE

En vida del testador, los herederos y legatarios nada adquieren hasta que se produzca la muerte del causante, una vez que fallezca surtirán todos los efectos jurídicos de la sucesión por causa de muerte.

Haciendo uso del blockchain como tecnología que facilita los testamentos inteligentes, se podrá consolidar el acto jurídico mortis-causa por excelencia. Es un tipo de solución tecnológica que permite la correcta y

eficaz forma de ejecutar la última voluntad del causante, es decir, que sus disposiciones se cumplirán de manera automática una vez que el causante fallezca, por ello no habrá necesidad de recurrir a la justicia ordinaria ni demás autoridades competentes, para ejecutar el testamento.

La función y naturaleza de los smartcontracts sucesorios o testamentos inteligentes derivan de las propias características del testamento tradicional y sobre todo de la sucesión por causa de muerte. Es decir, la herramienta se configura como instrumento tecnológico que planifica el reparto futuro de los bienes del causante hacia sus herederos o legatarios, además del contenido de otras disposiciones extrapatrimoniales que se ejecutarán de manera automática y ágil una vez que se produzca el fallecimiento del causante, como condición pre-programada para que se dé cumplimiento a sus disposiciones testamentarias, no antes. Esta particularidad es compatible con los smart contracts, que requieren una condición para ejecutar su contenido.

#### 6.5. ESENCIALMENTE REVOCABLE

Una de las principales características del testamento es la revocabilidad. El causante tiene la facultad de revocar cualquier disposición testamentaria o el testamento en su totalidad si así lo desea, hasta antes que este fallezca. Una vez revocado el testamento o una disposición determinada, no será válido y por ende inejecutable en su totalidad o en la disposición expresamente revocada.

Dentro de las características del blockchain se observó que uno de los mayores beneficios de utilizar esta tecnología es la falta de intermediación, transparencia, privacidad e inalterabilidad de la información contenida en este. En palabras sencillas, una vez que un testamento quede digitalizado o contenido en el soporte blockchain, será irrevocable e inalterable.

Esta característica se puede considerar un arma de doble filo, puesto que el propio causante no podrá modificar, bloquear o cambiar de alguna manera las condiciones testamentarias. Según la doctrina, entre otras cosas, es la búsqueda de esta irrevocabilidad lo que ha hecho de blockchain el entorno de desarrollo de “contratos inteligentes” por excelencia, ya

que permite evitar que cualquiera de las partes pueda interferir en el proceso de ejecución de las condiciones pactadas. (Mora, 2021, p. 63), no obstante, según expertos tecnológicos no es imposible modificar dichas disposiciones (las modificaciones o cambios que se hagan quedarán registrados en la blockchain), pero técnicamente sí es posible hacerlo, la desventaja es su alto costo.

Otra desventaja de blockchain que aún no se logra superar es el tiempo que tarda el proceso de generación del hash para la creación de un nuevo bloque, si se entiende que la revocatoria del testamento tendría que ser aprobada de esta forma, significa volver a empezar todo el proceso para crear un nuevo testamento y la generación de dos bloques en la nueva cadena. Por lo tanto, es un proceso que no solo significa un alto costo económico sino de tiempo.

## 6.6. ACTO PERSONALÍSIMO Y DE UNA SOLA PERSONA

Se entiende que los testamentos no se pueden otorgar por dos o más personas. El único que puede otorgar testamento, es el causante. La facultad de testar es indelegable y se prohíbe testamentos mancomunados o de más de una voluntad.

Dicha característica no es un simple elemento estático que plasma los acuerdos o actos y que son articulados en los smart contracts. Esta tecnología refuerza la relación jurídica privada, asegurando la ejecución de las obligaciones contractuales (en este caso de las disposiciones testamentarias) de manera segura en relación al objeto del contrato o acto y a las personas que forman parte de este. Es decir, los smart contracts sucesorios se encuentran sujetos a las mismas disposiciones que los contratos y es que estos sean ejecutables y exigibles a las personas que los celebren. En el caso del testamento inteligente, lo que se determina es que en efecto éste sólo podrá ser otorgado por el causante respecto a su patrimonio, y es el mismo el que tiene la facultad de realizar disposiciones testamentarias (herencias o legados) sobre determinados asignatarios.

Algunos consideran que la característica de prohibición de delegar el testamento para que sea realizado y dispuesto únicamente por el testador es quebrantado con el uso de esta tecnología, no obstante, cabe señalar

que no existe ninguna voluntad de por medio que realice disposiciones a nombre del causante o a favor de terceros. El contenido del testamento es trabajo exclusivo del testador, esta tecnología en blockchain lo que permite es simplemente que estas disposiciones testamentarias se encuentren en un soporte informático que traduce el lenguaje ordinario o común a un lenguaje matemático y criptográfico a fin de que las disposiciones y la voluntad del testador sea ejecutable de manera automatizada tras su fallecimiento. El insertar un código informático dentro de una relación o acto jurídico mortis-causa, facilita el cumplimiento de la sucesión, y no afecta en nada su carácter personal.

### 6.7. ACTO ESENCIALMENTE VOLUNTARIO

Con este elemento se pretende asegurar la voluntad del causante, evitando vicios del consentimiento. El testamento en el que haya intervenido la fuerza, por ejemplo, será completamente nulo según lo prevé la ley.

Ligado a la capacidad de testar, nos enfrentamos a un problema respecto al funcionamiento de los testamentos inteligentes, y es la dificultad de determinar o verificar que el consentimiento del testador ha sido un acto voluntario y no ha intervenido ningún tipo de vicio del consentimiento, sobre todo porque el proceso se puede realizar de forma anónima o limitando la información personal del causante. A pesar de que existen medios para poder identificar a una persona, nada realmente garantiza que su consentimiento es plenamente válido. Por ello, la necesidad de que el testamento deba ajustarse a las solemnidades determinadas por la ley, es decir, se solventaría el problema si el testamento a la hora de ser redactado y otorgado mediante un smart contract, cuenta con la presencia del notario y testigos que den fe de su plena validez.

### 6.8. CAPACIDAD PARA TESTAR

El testamento es un acto que tiene sus propias reglas sobre la capacidad. Según el Código Civil, será capaz de testar toda persona que no haya sido determinada por la ley como inhábil.

Cuando se habla de smartcontracts uno de los primeros problemas que salen a relucir siempre es la problemática de identificación de las partes

y, por tanto, la imposibilidad de verificar su capacidad. Ciertamente el no poder verificar la capacidad de las partes contratantes puede tener graves consecuencias como la anulabilidad del contrato o acto (Mora, 2021, p.65).

Sin embargo, lo mismo ha sucedido con el uso del internet y demás herramientas tecnológicas que a la par han ido desarrollando mecanismos capaces de verificar la capacidad de las personas, por ejemplo, a través del uso de la firma electrónica que podrían ser perfectamente aplicables al caso concreto de los smartcontracts sucesorios.

## 7. CONCLUSIONES

De la investigación realizada, se puede concluir dos aspectos esenciales a los problemas jurídicos planteados:

- Según lo establecido por el ordenamiento jurídico ecuatoriano y con relación a las características de los bienes patrimoniales determinados por la doctrina, se concluye que existe viabilidad para que los activos digitales de carácter patrimonial conformen parte del patrimonio de una persona, y, por lo tanto, serán susceptibles de transmisión ‘mortis causa’.
- Los smart contracts a través de redes blockchain son un mecanismo y tecnología útil para otorgar testamento dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Con relación a las características, ventajas y naturaleza de los smartcontracts, podemos concluir que los mismos son compatibles a pesar de que como ya lo destacó la doctrina, el smartcontract no puede ser considerado un ‘nuevo tipo de testamento’. Dicha tecnología posee facilidades y virtudes que pueden ajustarse a los testamentos ya existentes en nuestra legislación.

## 8. REFERENCIAS

- Champagne, P. (2014). El Libro de Satoshi. Blockchain España.  
<https://doi.org/978-0-9960613-0-8>
- Código Civil. (2015). Registro Oficial Ecuador.
- Picaso, L., Gullón Ballesteros, A. (2016). Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Tecnos. España.
- Granero, H. (2021). Inteligencia Artificial y Derecho: un Reto Social. Albremática. <https://doi.org/978-978-8343-34-1>
- Herrera, J. (2014). El Patrimonio. Revista de Derecho UNAM(1), 67-100.  
<https://doi.org/https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3915/6.pdf>
- Jara, N. (2021). El Derecho de Propiedad sobre los Datos. Revista Chilena de Derecho Privado, 1(42). <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722021000300101>
- Mora, A. (2021). Smartcontracts: Reflexiones sobre su Concepto, Naturaleza, y Problemática en el Derecho Contractual. Revista UNED (27), 57-97.  
<https://doi.org/https://doi.org/10.5944/rduned.27.2021.31068>
- Ordellín, J. (2020). Bienes digitales personales y sucesión mortis causa: la regulación del testamento digital en el ordenamiento jurídico español. Revista de Derecho de Valdivia, 1(33).  
<https://doi.org/http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502020000100119>
- Pérez Gallardo, L. (2004). El acto jurídico testamentario. - contenido e interpretación. Vniversitas, 107(2), 747-795. <https://doi.org/0041-9060>
- Solé, J. (2019). Internet y los Derechos de la Personalidad. Tirant lo Blanch.  
<https://doi.org/978-84-1313-530-4>
- Tapscott, D. y. Tapscott, A. (2017). La Revolución Blockchain. (J. Salmerón, Trad.; 1.ª ed.) Deusto. (Trabajo original publicado en 2017).  
<https://doi.org/978-84-234-2715-4>

# EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN RADIOCOMUNICACIONES APLICADA PARA LA SEGURIDAD MARITIMA

---

RAQUEL ESTHER REY CHARLO  
*Universidad de Cádiz*

## 1. INTRODUCCIÓN

La gran cantidad de siniestros producidos en los buques debido al desconocimiento y, sobre todo, la imposibilidad de una rápida intervención para asistirlos como consecuencia de una ausencia de comunicaciones eficaces entre el buque y tierra, fueron las causas más relevantes que amenazaban la seguridad de la navegación. Como consecuencia de ello, los gobiernos adoptaron incrementar la seguridad marítima como un objetivo primordial. La necesidad de un sistema de comunicaciones en los buques fue, y es hoy día, extremadamente importante, siendo los avances tecnológicos la clave para ello. Es por este motivo que han sido estudiados por muchos autores, como fue el ingeniero Harsh Vardhan, que publicó “Radio Broadcast Technology” donde recorre la historia de la radio difusión y concluye que se realiza grandes cambios tecnológicos en el área de procesamiento y transmisión de la señal, por lo que la tecnología brinda calidad y fiabilidad (Vardhan, 2002).

Guglielmo Marconi perfeccionó con éxito los avances científicos logrados con anterioridad en el campo de las ondas electromagnéticas facilitando el hacer posible las comunicaciones con los buques, cuyas necesidades estaban cubiertas por la implantación de la telegrafía sin hilo (TSH) (Zegers, 1906). Otros investigadores en su artículo “Wireless communications: past, present and future”, hacen referencia al desconocimiento exacto de las comunicaciones inalámbricas, pero que se consideró a Marconi como el padre de las comunicaciones (Nassa, n.d.)

En 1848, en el marco geopolítico se originó nuevos gobiernos, y ello conllevó a una evolución de sus sistemas democráticos, al mismo tiempo se produjo una revolución tecnológica. Un ejemplo claro está reflejado en caso de nuestro estudio, las comunicaciones, donde hubo avances que originó la llegada de la telegrafía eléctrica.

En un primer momento esos primeros avances de la telegrafía que se realizaron en 1830, tuvieron lugar en Inglaterra, Estados Unidos, y en las principales comunidades de los países europeos al ser países con un alto poder adquisitivo y que apoyaban a sus ingenieros en sus investigaciones. Aun así, en esos países que se encontraban más desarrollados, tenían un problema, el cual consistía en que la telegrafía se encontraba frenada internacionalmente por las fronteras que existían entre los países. A tenor de esta singularidad, también se determinó que se producía otros inconvenientes como la consecuencia de la variedad de idiomas, los asuntos técnicos, ya que cada país disponía de sus propias estructuras, los aranceles, los cuales eran impuestos por cada uno de ellos, etc. Esto implicó la necesidad de realizar acuerdos entre las administraciones de los países más cercanos, creando entre sí sus propios Convenios. Algunos de esos acuerdos bilaterales fueron entre Prusia y Australia, Prusia y Sajonia, etc... Con el tiempo dichos convenios se unificaron y formaron la Unión Telegráfica Austro-alemana (UTAA). El resto de los países europeos occidentales continuaron su ejemplo, hicieron en un principio acuerdos bilaterales hasta que se unificaron y formaron la Unión Telegráfica de Europa Occidental (UTEEO), Sin embargo, estas dos unificaciones (UTAA y UTEEO) no eran muy consistente y como se expandía la telegrafía internacionalmente muy rápido, se vieron obligados a formar una única unidad (Al Qemzi & Al Mansoori, 2015).

La unicidad producida en 1865 de los 20 países (UTAA más UTEEO), hizo que se firmara el primer Convenio Internacional de Telégrafos dando origen a la Unión Telegráfica Internacional (UIT, hoy día Unión Internacional de Telecomunicaciones). Se trata de un órgano especializado en telecomunicaciones de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), cuya sede se encuentra en Ginebra (Suiza), fundada el 17 de mayo de 1865 (ver UIT, 1865).

Este convenio se caracterizó por tener distintas sesiones. En la primera de ellas tuvo como finalidad normalizar el manejo del tráfico telegráfico. En la segunda se estableció que para ir reemplazando los convenios se crearía un comité integrado, el cual estaría formado por los directores de las redes telegráficas ya que poseían experiencias técnicas. Dicho comité se reunió en varias ocasiones para analizar los detalles de la Convención Internacional de Telégrafos. Y en la tercera sesión fue donde realmente nació este primer convenio, donde se definió;

- la normalización de los equipos telegráficos,
- la tarificación
- y la contabilidad.

Fue en esas normas básicas iniciales donde se estableció el uso del código morse para los servicios telegráficos internacionales se implantó la priorización de los telegramas donde adquirió la mayor importancia los emitidos por el gobierno. Otras normas que también se desarrollaron fueron, la confidencialidad de la correspondencia, que todos pueden tener acceso a utilizar este medio de comunicación, el derecho de detener transmisiones que fueran en contra de la seguridad, infracción de leyes, orden público, etc. El Convenio y su Reglamento no entraría en vigor hasta el 1 de enero de 1866 (ABEBA et al., n.d.).

La segunda Conferencia Internacional de Telégrafos, fue en 1868 en Viena, donde se revisó la conferencia anterior y se estableció que se creara una secretaria «Oficina Internacional de Administraciones Telegráficas», cuya finalidad sería compendiar, divulgar información técnica, publicar tarifas, recopilar estadísticas y publicar una revista sobre telegrafía.

Entre 1871-1872, en Roma (Italia), se realizó la tercera Conferencia Internacional de Telégrafo, donde se acordó permitir a las empresas telegráficas privadas (Reino Unido poseía una red telegráfica privada por lo que hasta ahora no había podido asistir a dichas Conferencias Internacionales) la asistencia a las conferencias como parte implicada al ser propietaria de gran parte de las líneas telegráficas, donde podrían dar sus opiniones y discutir, pero no tendrían derecho de votar (Headrick, 1993). (ver UIT).

La cuarta conferencia se produjo diez años después en 1875 en San Petersburgo, donde fueron admitidos 3 países Egipto, Japón y Estados Unidos. Aquí se creó una Conferencia Administrativa para revisar el Reglamento y la Tarificación cuyos responsables eran expertos técnicos de los países miembros. Se produjo varias Conferencias Administrativas pero estas no serían revisadas hasta la siguiente Convención Internacional del Telégrafo. (ver UIT).

Una vez establecida la telegrafía en tierra, este artículo cubrirá los orígenes de las radiocomunicaciones a bordo, lo cual nos lleva a un análisis evolutivo de las legislaciones que les repercute como es el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en la mar (SOLAS), Búsqueda y Rescate Marítimo (SAR) y con el Convenio Internacional en Estándares de Formación, Certificación y Vigilancia para la gente de mar (Convenio STCW). Pero toda normativa no sería válida si no se llevaran a cabo, por ello, para concluir se podrá ver una de las medidas a tomar para dicho cumplimiento, las inspecciones realizadas por el Estado Rector del Puerto.

## 2. METODOLOGIA

De acuerdo con lo establecido anteriormente, se llevó a cabo un estudio sistemático, empírico, reflexivo y crítico de las radiocomunicaciones. La metodología utilizada fue analítica-histórica y se utilizó para elaborarla y profundizar en ella, las legislaciones en radiocomunicaciones. La metodología estuvo sujeta a la recolección de información de fuentes primarias para generar una base científica sólida que justifique la investigación y contribuciones de bibliografías relacionadas.

## 3. EVOLUCION DE LAS RADIOCOMUNICACIONES EN LOS BUQUES

A finales del siglo XIX, Marconi perfeccionó y aprovechó los avances tecnológicos (Fuentes, 2007), consiguiendo hacer posible la comunicación entre buques y la implantación de la telegrafía sin hilo (TSH). Fundó el primer servicio radioeléctrico entre la isla Wight y Boumemouth. Y en

1897 creó la compañía “Wireless Telegraph & Signal Company (Vardhan, 2002).

Después de las distintas experiencias al respecto, sería en 1899 cuando el buque “Saint Paul” se convertiría en el primer buque en llevar la TSH, esto conllevó a la consolidación del nacimiento de una nueva profesión, “operador radiotelegráfico marítimo” (Cruz González & Piniella Corbacho, 2015).

Marconi creó su propia compañía y consiguió tener grandes clientes a los que alquilaba los equipos y a sus operadores; fue el caso de la British Lloyd Company y el Gobierno Italiano. El inicio de la radio y de las señales telegráficas ocasionó que se generara una gran competencia para el control de las radiocomunicaciones.

Las dos compañías rivales más grandes eran Marconi Wireless Telegraph (compañía donde Marconi diseñó los equipos e implantó su política de no-intercomunicación) y Telefunken (dicha empresa procedía de la unión de dos empresas investigadoras de la telegrafía inalámbrica rivales entre sí, eran AEG y Siemens que se fusionaron por recomendación del Emperador Guillermo II) (Charlo, 2022a)(Charlo, 2022b). Dichas compañías no lograban alcanzar un acuerdo en cuestiones elementales, como por ejemplo en la asignación de los indicativos de llamada. Siendo así su rivalidad, les llevó al extremo que en ocasiones no se abandonaran las frecuencias en las que otros buques ya estaban comunicando, provocando fuertes interferencias o incluso que los operadores de una compañía sólo comunicaran entre sí.

En 1906, en Berlín la primera Conferencia Radiotelegráfica Internacional, se firmó el primer Convenio Radiotelegráfico Internacional donde se recogía por primera vez una reglamentación de obligado cumplimiento, que recogía entre otras el deber de poder comunicar entre equipos de distintos fabricantes y navieras e incluso se estableció el orden de prioridad de las comunicaciones, se estandarizó el código “SOS” en morse como la señal de socorro, así como un código de tres letras conocido como código Q, útil en las comunicaciones (aceptado internacionalmente en 1912 y en vigor hoy día) (Fernandez-Shaw, 1973), (Rey Charlo, 2022b).

Siendo así, dichas reglamentaciones han sido revisadas en multitud de conferencias y convenios, hasta llegar hoy día al “Reglamento de Radiocomunicaciones” (UIT 2016), amparadas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT). Toda esa normativa fue recogida y se hizo obligatoria a través de la Organización Marítima Internacional (OMI) que es el que regula la normativa que deben de cumplir los buques.

Sería en 1909 cuando tuvo lugar el primer rescate marítimo donde las radiocomunicaciones jugaron un papel primordial. El hecho en cuestión, fue el abordaje entre un buque de pasaje británico “Republic” y otro italiano “Florida”. Dicho incidente provocó que desde ese momento las radiocomunicaciones adquirieran una mayor importancia como medio de alertar rápidamente de cualquier suceso para su posterior solución como por ejemplo el rescate de embarcaciones o tripulantes, entre otras acciones. Pasó de ser un instrumento que reducía el aislamiento de la tripulación y daba avisos a convertirse en algo necesario para salvar miles de vidas.

#### 4. SINIESTRO DE INVESTIGACION: TITANIC

Un hito en la evolución legislativa de las radiocomunicaciones fue la catástrofe del Titanic en 1912, donde se produjo un antes y un después en las radiocomunicaciones y como no, en la seguridad marítima.

##### 4.1. RESUMEN DE LOS HECHOS

La historia del Titanic es bien conocida por todos, ya sea por periódicos, reportajes, películas... era un barco de pasaje recién inaugurado de 1912, equipado con las tecnologías de la época. En su travesía recibió un mensaje de dos buques informando de presencia de icebergs por la ruta. Sin entrar en detalles, el oficial radio del Titanic a pesar de recibir el mensaje dado que tenía una sobrecarga de trabajo, continuó con sus quehaceres sin llegar a transmitírselo al capitán. Al tiempo el barco colisionó con un iceberg, dando tiempo suficiente para enviar su mensaje de socorro (convirtiéndose en el primer buque que utilizó el SOS que

hacía poco tiempo que se había implantado y que se usaba conjuntamente con el CQD) (San Juan, 2014)(Olier & Arenas, 2012).

#### 4.2 ANÁLISIS DEL ACCIDENTE

Dicho accidente se convirtió en un tema mediático y en un gran impacto social. Las investigaciones llegaron a muchas conclusiones, pero las que influyen en nuestro caso, fue que los buques cercanos no llevaban una escucha continua con un oficial encargado.

#### 4.3. RESULTADOS

En ese mismo año tuvo lugar una Conferencia Radiotelegráfica Internacional en Londres donde se estipuló la obligatoriedad de una escucha radioeléctrica continua, periodos de silencio de tres minutos por si hubiera algún socorro y la instalación de radio a bordo.

#### 4.4. CONCLUSIONES

Después de ese trágico accidente, en 1914, las autoridades marítimas buscaron medidas de seguridad para la vida humana en la mar, por lo que se realizó el primer Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en la Mar (SOLAS). Dicho convenio acuerda las normas mínimas para la construcción, los equipos y el personal requerido para una buena seguridad en la navegación (OMI 2014).

### 5. CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA SEGURIDAD DE LA VIDA HUMANA EN LA MAR (SOLAS).

El Convenio SOLAS, surge de la necesidad de desarrollar un nuevo marco normativo internacional con la finalidad de garantizar la seguridad de la vida humana (Ver SOLAS 1914). Su entrada en vigor sería para 1915 aunque no fue posible por la guerra, pero si fue base para la seguridad marítima. El SOLAS cuenta con ocho capítulos y una regulación anexa. Esos ocho capítulos tratan de:

- Capítulo I- Seguridad de la Vida en el Mar, donde se adoptan las medidas necesarias para la seguridad de la vida humana.

- Capítulo II- Ámbito de aplicación del convenio, a quien se le aplica dicho convenio.
- Capítulo III- Seguridad de la Navegación, se establece un servicio de estudio y observación de hielo.
- Capítulo IV- Construcción, se establecen los criterios y condiciones a cumplir en la construcción y en la revisión.
- Capítulo V- Radiotelegrafía, este capítulo trata que todos buques deben de tener una instalación de radiotelegrafía y en función de la ruta tendrá unos equipos y mantenimiento apropiados.
- Capítulo VI- Dispositivos de Salvamento y Lucha contra incendios, aquí se regula los tipos de botes y balsas salvavidas, resistencia, capacidad, equipamiento, arriado, embarque, dotación...
- Capítulo VII- Certificado de Seguridad, son los certificados que todo buque debe de llevar a bordo por motivo de haber pasado la inspección de seguridad y cumplir con las disposiciones del convenio.
- Capítulo VIII- Generalidades, aquí se establecen las obligaciones de los países a adaptarse a las normativas internas haciendo que se cumpla a través de sanciones.

Hasta el momento se habían adoptado medidas de seguridad acorde con lo sucedido con el Titanic, pero a partir de ahí se puede concretar tres nuevas versiones con las actualizaciones del SOLAS, la segunda en 1929 (ver SOLAS 1929) (Chaumette, 2009), la tercera en 1948 (ver SOLAS 1948) y la cuarta en 1960.

Después de la Conferencia de Seguridad Marítima de 1960, se produjo una serie de enmiendas aprobadas, originadas por los avances tecnológicos. Aquí se va a destacar las de comunicaciones como fue en 1967 donde se aprobó la enmienda de la utilización de VHF en zonas de gran densidad de tráfico. Otra enmienda fue en 1969 con las instalaciones radioeléctricas, la de 1971 relativa a radiotelegrafía y radiotelefonía y la de 1973 sobre el servicio de escucha radiotelegráfica. Y no será hasta 1974 que la versión se convierta en el SOLAS establecido oficialmente,

recogiendo las enmiendas indicadas. Dicho convenio será reconocido como «Convenio SOLAS,1974, enmendado» (ver SOLAS 1974).

Uno de los principales cambios ofrecidos en el SOLAS, es el número de capítulos que pasa de tener 8 a 14, y son;

Capítulo I Disposiciones generales

Capítulo II-1 Construcción. Compartimentado y estabilidad, instalaciones de máquinas e instalaciones eléctricas.

Capítulo II-2 Prevención, detección y extinción de incendios

Capítulo III Dispositivos y medios de salvamento

Capítulo IV Radiocomunicaciones

Capítulo V Seguridad en la navegación

Capítulo VI Transporte de cargas

Capítulo VII Transporte de mercancías peligrosas

Capítulo VIII Buques nucleares

Capítulo IX Gestión de la seguridad operacional de los buques

Capítulo X Medidas de seguridad aplicadas a las naves de gran velocidad

Capítulo XI-1 Medidas especiales para incrementar la seguridad marítima

Capítulo XI-2 Medidas especiales para incrementar la protección marítima

Capítulo XII Medidas de seguridad aplicables a los graneleros

Cabe señalar el cambio de capítulo destinado a las radiocomunicaciones, del capítulo V (SOLAS 1914) al capítulo IV (SOLAS DEL 74), cuya finalidad sigue siendo relativa a los equipos de radiocomunicaciones que deben de llevar los buques a bordo, y las instalaciones radiotelegráficas para los botes salvavidas junto al aparato radioeléctrico portátil y las obligaciones del oficial radiotelegrafista. Este capítulo está relacionado con el Reglamento de Radiocomunicaciones.

Los distintos Convenios SOLAS reflejan fielmente los continuos avances que progresivamente se producían en el campo de las radiocomunicaciones marítimas (Radiotelegrafía, Radiotelefonía, Radiogoniometría, Radar, Loran-C, VHF, NAVTEX, INMARSAT, RLS, etc.), a los que al

mismo tiempo habían de adaptarse los Oficiales radiotelegrafistas encargados de las mismas a bordo.

En la Conferencia Administrativa Mundial de Radiocomunicaciones, realizada en Ginebra en 1987, se planificó las bandas atribuidas al servicio de radiodifusión para socorro y seguridad (CAMR-MOB/87).

## 6. BUSQUEDA Y RESCATE MARITIMO (SAR)

La Organización Marítima Internacional (IMO), surge en un Convenio realizado en Ginebra en 1948, por la necesidad de establecer unas normas internacionales de seguridad, pero no entraría en vigor hasta 1958. Y una de sus funciones fue la nueva versión del SOLAS.

Desde 1959 IMO en cooperación con la UIT se han esforzado por mejorar las radiocomunicaciones en materia de socorro y seguridad. La IMO en 1972 estudio las comunicaciones marítimas por satélite, que dio origen en 1979 de la organización Inmarsat, quedando así un sistema internacional de comunicaciones por satélite. Fue también en ese mismo año, cuando la Conferencia Internacional de Búsqueda y Rescate Marítimo, adoptó un Plan Global de Búsqueda y Rescate Marítimo (SAR) entre acuerdos bilaterales de estados vecinos para los servicios SAR en agua costera y oceánicas con la intención de conseguir la cooperación y apoyo en la respuesta a incidentes de socorro. Y aquí fue donde se solicitó a la IMO que se desarrollara un sistema mundial de seguridad y socorro marítimo, incluidos dispositivos de telecomunicaciones para el plan de búsqueda y rescate. (IMO, 2006)

La IMO desarrollo y probó varias equipos y técnicas de uso en el sistema global de seguridad y rescate; y la UIT fue la que se encargó de dar el marco apropiado para implementación del Sistema mundial de Socorro y Seguridad Marítima (GMDSS). A través de las Conferencias de Radio Administrativas Mundiales de 1983 y 1987 para el Servicios móviles (WARC Mob-83 y -87) actualizan las frecuencias, los procedimientos operativos y personal de radio para el GMDSS. (IMO, 2017)

En 1988, la Conferencia de Gobiernos de Contratación de la Convención del SOLAS 1974 sobre el sistema mundial de socorro y seguridad

(Conferencia GMDSS), adoptó las enmiendas relativas a las comunicaciones junto a otras resoluciones relevantes. Estas enmiendas entraron en vigor en 1992, y la culminación de este trabajo fue la incorporación del Sistema Mundial de Socorro de Seguridad Marítima (GMDSS). Se trata de un sistema de equipos de radiocomunicación que tienen las siguientes funciones: alertar de socorro, búsqueda y salvamento, comunicaciones in-situ, búsqueda y localización por radiobaliza, aviso a los navegantes, comunicaciones puente a puente por VHF, correspondencia pública. Los equipos que la conforma dependen del área de navegación, pero los principales son: sistema Inmarsat, transmisor/receptor de MF/HF, dispositivos de llamada selectiva digital, radiotelex, VHF, Navtex, EPIRB, respondedores de radar y radios VHF portátiles. El GMDSS entró en vigor en 1999.

El importante papel del GMDSS en las operaciones SAR debe ser considerado. El GMDSS se estableció para proporcionar al SAR comunicaciones eficientes y bien definidas en las actividades, a fin de llevar a cabo las operaciones del SAR de manera efectiva. Tanto el SAR como el GMDSS son cruciales para la seguridad marítima (IMO 2016).

Al introducir este nuevo sistema en los buques, la presencia del oficial radio (telegrafista) ya no era requerida, por lo que el oficial de guardia, debería ser el encargado de las comunicaciones. Por ello, se requiere de un personal cualificado para radiocomunicaciones de socorro y seguridad, dicha cualificaciones están reflejadas en el Convención Internacional en Estándares de Formación, Certificación y Vigilancia (STCW).

## 7. CONVENCIÓN INTERNACIONAL EN ESTÁNDARES DE FORMACIÓN, CERTIFICACIÓN Y VIGILANCIA (STCW)

En los años anteriores al 1978, cada Gobierno unilateralmente era el encargado de las exigencias solicitadas a la tripulación de un buque, hasta que en este año se realizó un Convenio de formación internacional donde se establecía unas normas mínimas para la formación, titulación y guardias para la gente de mar. Entro en vigor en 1984 pero en el tiempo se hizo revisiones con la que surgió modificaciones y nació un nuevo convenio, el del 1995 (las enmiendas de ese año entraron en vigor en

1997) y posteriormente el 2010 (las enmiendas al Convenio y al Código de formación entro en vigor en 2012) (IMO 2011) (ver enmiendas STCW).

El Convenio STCW, es el convenio por el cual se rige la IMO para introducir los requisitos, la capacitación y la certificación con la finalidad de cumplir la legislación. Consta de dos partes:

La parte A, son los artículos del convenio y los anexos, es la parte legal que comprende las normas técnicas. La parte B, es una orientación para saber cuáles son las capacitaciones o competencias de la gente de mar.

Las disposiciones obligatorias relativas a la vigilancia radioeléctrica se establecen en el Reglamento de Radiocomunicaciones y en el Convenio SOLAS. Van dirigidas a los operadores de radio en los buques según el SOLAS (1974), pero los buques que no están obligados a cumplir el capítulo IV del SOLAS, no tienen por qué cumplir con estas disposiciones, sin embargo, están obligados a cumplir con el Reglamento de Radiocomunicaciones.

Los requisitos mínimos obligatorios son:

- Todas las personas que estén a cargo o realicen las tareas de radio deberán de poseer el certificado emitido por la Administración en virtud del Reglamento de Radiocomunicaciones.
- No ser menor de 18 años y tener completada la educación y la capacitación y competencias especificada en la sección A-IV/2 del Código STCW (IMO 2011STCW).

## 8. ESTADO RECTOR DEL PUERTO

Los esfuerzos de la IMO a lo largo de los años han sido a través de dos líneas de acción diferentes. Por un lado, la elaboración de Acuerdos Internacionales (SOLAS, STCW y MARPOL) que deben cumplir los Estados del pabellón y, por otro, la implantación real y efectiva de dichos Convenios por parte de los Estados que los ratifican, Para ello existe inspecciones que el propio país puede realizar a sus buques mediante las sociedades clasificadoras, pero existen otros tipos de inspecciones. La

IMO establece internacionalmente unas normas de seguridad e inspecciones, medidas que se ven materializadas en la supervisión por el Estado Rector del Puerto.

Las Administraciones Marítimas en Europa están bajo la protección del Memorándum de París (MoU). El MoU se basa en las regulaciones internacionales de los siete acuerdos más importantes que afectan a la navegación marítima. Por lo tanto, las radiocomunicaciones marítimas, como parte del Capítulo IV de SOLAS, es motivo de inspección bajo la supervisión tanto nacional como internacional según el MoU de París.

La regulación de las radiocomunicaciones marítimas y sus instalaciones deben cumplir según sea su tipo y tonelaje del buque, dividiéndose así en buques de pasaje, buque de pesca, buques de carga y de servicio de puertos y buques de recreo.

En general las actuaciones en este caso son:

- Número de identificación del servicio móvil marítimo (MMSI)
- Licencia de estación de barco
- Registro de radiobalizas
- Certificado de seguridad radioeléctrica
- Aprobación de equipos radioeléctricos
- Instalación y desmontaje de equipos radioeléctricos marinos
- Empresas proveedoras de instalación

Todos los datos recogidos en las inspecciones son integrados en una base de dato internacional, donde todos los países tienen acceso a ella, con la finalidad de tener conocimiento de los buques y con ello mantener la seguridad marítima.

## 9. CONCLUSIONES

La entrada de nuevas tecnologías desarrolladas por investigadores en el sector de las radiocomunicaciones, muestra con el tiempo que éstas han evolucionado y mejorado, forzando un cambio continuo en la normativa internacional que se adapta a esta evolución.

Se ha podido demostrar cómo las radiocomunicaciones a bordo tienen utilidad no sólo para enviar y recibir llamadas de socorro, sino también para transmitir todas las informaciones pertinentes que afectan a la seguridad de la navegación, como avisos náuticos, avisos a marinos, pronósticos meteorológicos o programados, operaciones en curso de la RAE y buques operativos.

A lo largo de la historia, la evolución legislativa en materia de seguridad y radiocomunicación ha estado estrechamente vinculada a los grandes desastres marítimos y a la introducción de nuevas tecnologías derivadas de la investigación en el sector de las comunicaciones. Así lo demuestran los estudios de evolución del Reglamento de Radio, la convención SOLAS, la reunión de la RAE y la STCW.

Tras los estudios realizados por la UIT y la OMI en la década de 1970, el sistema de socorro y seguridad pasó de ser principalmente un sistema de buques a un sistema casi automático de buques a tierra, lo que permitió un alto grado de automatización a bordo, incluidas las técnicas de llamadas digitales, las comunicaciones por satélite de cobertura mundial y el equipo en general fácilmente manipulado por el personal no tan cualificado como el oficial radioeléctrico.

Reconocida la importancia de las radiocomunicaciones marítimas, las inspecciones y la supervisión realizadas por el Estado rector del puerto, se convierten en la piedra angular para un cumplimiento exhaustivo de los distintos convenios internacionales. El seguimiento y análisis de los resultados de dichas inspecciones ponen de manifiesto los puntos débiles en el cumplimiento de la legislación vigente, así como la preocupación de los Estados por la seguridad marítima y de la vida humana en la mar.

## 10. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Agradezco al grupo de investigación “Política Marítima” de la Universidad de Cádiz, por su apoyo. Y mi gratitud a mi colaboradora Manuela, por su gran profesionalidad y su paciencia. Y sobre todo a mi familia por estar ahí.

## 11. REFERENCIAS

- Abeba, A., Asean, B., SFI, B., FMI, I. D. A., OEA, I., OMS, O. I. T., OMM, U. I. T., OMC, O., ONU, N. Y., & INMARSAT, O. M. I. (n.d.). Organitzacions INTERNACIONALS. DCidob, 74, 75.
- Al Qemzi, M. A., & Al Mansoori, H. O. (2015). Declaraciones con motivo del 150 Aniversario de la UIT. *Actualidades de La UIT*, 3, 40–41.
- Charlo, R. E. R. (2022a). Las radiocomunicaciones como un elemento más en la seguridad marítima. *Empresa, Economía y Derecho. Oportunidades Ante Un Entorno Global y Disruptivo*, 829–851.
- Charlo, R. E. R. (2022b). Lucha por el monopolio de las radiocomunicaciones abordo. *Pensar El Poder: Derechos Humanos y Herramientas Comunicativas*, 171–185.
- Chaumette, P. (2009). El Convenio sobre el trabajo marítimo, cuarto pilar del Derecho internacional marítimo. *Revista Del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 82, 65–76.
- CRUZ GONZÁLEZ, J., & PINIELLA CORBACHO, F. (2015). LOS COMIENZOS DEL OFICIALRADIOTELEGRAFISTA MARÍTIMO EN ESPAÑA. *Llull: Revista de La Sociedad Espanola de Historia de Las Ciencias y de Las Tecnicas*, 38(82).
- Fernandez-Shaw, F. (1973). La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT): pasado, presente y futuro. *Revista de Política Internacional*, 125.
- Fuentes, J. J. M. (2007). *Fundamentos de radiación y radiocomunicación*. Escuela Técnica Superior de Ingenieros.
- Headrick, D. R. (1993). *The invisible weapon: Telecommunications and international politics 1851-1945*. University of Toronto Press.
- Nassa, V. K. (n.d.). *Wireless Communications: Past, Present and Future*. Dronacharya Research Journal, 50.
- Olier, J., & Arenas, J. O. (2012). *La historia del Titanic y los grandes transatlánticos*. Bubok.
- San Juan, V. (2014). *Titanic y otros grandes naufragios*. Ediciones Nowtilus SL.
- Vardhan, H. (2002). Radio broadcast technology. *Resonance*, 7(1), 53–63.
- Zegers, L. L. (1906). La telegrafía sin hilo. El sistema de Guillermo Marconi. *Anales de La Universidad de Chile*, ág-33.

## 12. PUBLICACIÓN PAGINAS WEB

- <http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.1.43.fr.200.pdf>  
(Convenio de 1865)
- <http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.35.43.en.100.pdf>  
(Conferencia Preliminar 1903)
- <http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.36.43.fr.200.pdf>  
(Conferencia Radiotelegráfica Internacional de 1906)
- <http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.37.43.en.100.pdf>  
(Conferencia Radiotelegráfica Internacional de 1912)
- <http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.39.43.en.100.pdf>  
(Conferencia Radiotelegráfica Internacional de 1927)
- <http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.41.43.en.100.pdf>  
(Conferencia Radiotelegráfica Internacional de 1932)
- <http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.50.43.en.100.pdf>  
(Convenio de 1938)
- <http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.62.43.es.300.pdf>  
(Convenio de 1947)
- <https://www.itu.int/en/history/Pages/RadioConferences.aspx?conf=4.64>  
(Convenio de 1948)
- <http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/4.85.43.es.300.pdf>  
(Conferencia Administrativa de Radio 1959)
- <http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/ReferencesAndArchives/HistoryofSOLAS/Documents/SOLAS%201914.pdf> (SOLAS 1914)
- <http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/ReferencesAndArchives/HistoryofSOLAS/Documents/SOLAS%201929%20UK%20Treaty%20Series.pdf>  
(SOLAS 1929)
- <http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/ReferencesAndArchives/HistoryofSOLAS/Documents/SOLAS%201948%20UK%20Treaty%20Series.pdf>  
(SOLAS 1948)
- [http://www.imo.org/es/About/Conventions/ListOfConventions/Paginas/International-Convention-for-the-Safety-of-Life-at-Sea-\(SOLAS\),-1974.aspx](http://www.imo.org/es/About/Conventions/ListOfConventions/Paginas/International-Convention-for-the-Safety-of-Life-at-Sea-(SOLAS),-1974.aspx)  
(SOLAS 1974)
- <http://www.sct.gob.mx/JURE/doc/147-prot-vida-hum-mar-1978.pdf> (Protocolo 1978)
- [http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-\(MSC\)/Documents/MSC.33\(63\).pdf](http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-(MSC)/Documents/MSC.33(63).pdf) (Enmienda 1994)

[http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-\(MSC\)/Documents/MSC.66\(68\).pdf](http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-(MSC)/Documents/MSC.66(68).pdf) (Enmienda 1997)

[http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-\(MSC\)/Documents/MSC.67\(68\).pdf](http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-(MSC)/Documents/MSC.67(68).pdf) (Enmienda 1997)

[http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-\(MSC\)/Documents/MSC.78\(70\).pdf](http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-(MSC)/Documents/MSC.78(70).pdf) (Enmienda 1998)

[http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-\(MSC\)/Documents/MSC.156\(78\).pdf](http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-(MSC)/Documents/MSC.156(78).pdf) (Enmienda 2004)

[http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-\(MSC\)/Documents/MSC.180\(79\).pdf](http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Maritime-Safety-Committee-(MSC)/Documents/MSC.180(79).pdf) (Enmienda 2004)

[http://www.imo.org/en/OurWork/Security/Guide\\_to\\_Maritime\\_Security/Guidance/Documents/MSC.209\(81\).pdf](http://www.imo.org/en/OurWork/Security/Guide_to_Maritime_Security/Guidance/Documents/MSC.209(81).pdf) (Enmienda 2006)

[http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Assembly/Documents/A.703\(17\).pdf](http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Assembly/Documents/A.703(17).pdf)

[http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Assembly/Documents/A.702\(17\).pdf](http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Assembly/Documents/A.702(17).pdf)

<https://www.parismou.org/publications-category/pmou-deficiency-codes>

<https://www.parismou.org/inspections-risk/port-state-control-inspections-parismou>

## EL PROCESO DE CONCESIÓN DE TÍTULOS DE OBTENTOR EN MÉXICO

---

CARLOS ERNESTO ARCUDIA HERNÁNDEZ  
*Universidad Autónoma de San Luis Potosí (México)*

### 1. INTRODUCCIÓN

Entre las postrimerías del siglo diecinueve y los inicios del siglo veinte la agricultura adquirió un carácter de industria equiparable a las demás industrias de la transformación. A partir de la segunda posguerra mundial, y con la economía global en un ciclo expansivo, se llevó a cabo un proceso llamado Revolución Verde que aceleró la industrialización de la agricultura. Este cambio versó en una modificación profunda en las prácticas de los agricultores que hasta ese momento se empleaban y que puede definirse “como un proceso de modernización de la agricultura, donde el conocimiento tecnológico suplantó al conocimiento empírico determinado por la experiencia práctica del agricultor” (Ceccon, 2008). El desarrollo de nuevas variedades vegetales fue la piedra fundamental de este cambio técnico

En otras palabras, la materia que protegen los títulos de obtentor son las variedades u obtenciones vegetales. Al ser un concepto agronómico es difícil de definirlo en el ámbito jurídico. La taxonomía usa rasgos para hacer la clasificación de los organismos vivos vegetales en determinadas categorías. Los principales rangos taxonómicos son: *divisio, clasis, ordo, familia, genus, species*. Todos en latín para evitar variación en los diferentes idiomas. Ahora bien, la base de la taxonomía es la especie. Normalmente se alude -en botánica- a una planta por su género y especie. Pero en el caso de la agricultura no es así. El agricultor requiere una diferenciación más precisa. No se limitan a plantar caña, sorgo, maíz, arroz, frijol. Escogen una variedad en concreto -una subdivisión de la especie del cultivo- que le puede garantizar mejores rendimientos o un

crecimiento más rápido; o cualquier otra característica útil en términos agronómicos Aunque las obtenciones vegetales se conocen desde hace mucho tiempo en la agricultura, no existe una definición que goce de acuerdo entre todos los implicados en la industria agrícola (UPOV, 1982).

La protección de variedades vegetales por título específico llegó a México en la década de los 90 y es producto de los profundos cambios en el modelo económico que se implementaron a partir de 1982. A finales de ese año comienza un proceso de cambio económico que se basaba en 3 premisas: la desregulación de la actividad económica; la desincorporación de las empresas estatales; así como, la apertura de la economía al comercio exterior. Pieza fundamental de esta última premisa fue la negociación -en esos años- del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN). Entre los compromisos que adquirió nuestro país vía el artículo 1701.3 de ese instrumento fue aplicar las disposiciones sustantivas del Convenio de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (CUPOV) del acta de 1978 o de la de 1991.

México dio cumplimiento a las obligaciones anteriores. En primer término, se adhirió al Acta del CUPOV de 1978 a finales de 1995. Posteriormente, se promulgó la Ley Federal de Variedades Vegetales (LFVV) en 1996. En 1998 se promulgó su Reglamento (RLFVV) con lo que se completó su desarrollo reglamentario (Rangel, 2015).

Así las cosas, pretendemos analizar el procedimiento administrativo de concesión de un título de obtentor al amparo de la LFVV. Como paso previo analizaremos brevemente el concepto de variedad vegetal, los requisitos que debe cumplir ésta para obtener la protección del título. Abordamos el tema desde un enfoque teórico práctico, porque analizamos la regulación y la implementación de la misma de forma práctica.

## 2. OBJETIVOS

### 2.1. GENERAL

- Analizar el proceso de concesión de los títulos de obtención vegetal, tomando en cuenta la estructura administrativa y las considerando las particularidades del procedimiento.

### 2.2. ESPECÍFICOS

- Repasar el régimen jurídico de los títulos de obtentor en México
- Analizar la estructura administrativa encargada de la concesión de título de obtentor.
- Estudiar el examen formal de la solicitud de título de obtención vegetal
- Analizar el examen de fondo de la solicitud de títulos de obtentor

## 3. METODOLOGÍA

En el presente trabajo aplicaremos una metodología preminentemente jurídica. Emplearemos los métodos de interpretación exegético, sistemático y teleológico para poder comprender la operación del proceso de concesión de los títulos de obtentor en México.

El método exegético pretende “encontrar el sentido de una norma o cláusula en el texto de estas” (Anchondo, 2012, p 37). Con lo cual haremos énfasis en explicar el contenido técnico de las normas que analizaremos. Y es que la materia que regulan los derechos del obtentor es agronómica, sus términos tienen una interpretación que escapa de la pura ciencia jurídica.

Por lo que respecta al método sistemático, “éste busca extraer del texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece” (Anchondo, 2012, p 41). En el presente trabajo haremos un ejercicio de integración normativa desde los tratados internacionales TLCAN, CUPOV; su influencia y desarrollo

legislativo en la LFVV; el desarrollo reglamentario en el RLFVV; y el análisis de las guías de examen del Servicio Nacional de Inspección y Certificación de Semillas (SNICS) que sirven para realizar el examen de fondo.

La interpretación teleológica busca “atribuir significado a una norma o a una cláusula atendiendo a la finalidad del precepto o del pacto”(Anchondo, 2012, p 48). Con especial énfasis utilizaremos este método al momento de interpretar las normas del examen de fondo, porque no se tiene que perder de vista que su propósito es comprobar los requisitos esbozados en la LFVV.

## 4. RESULTADOS

### 4.1. RÉGIMEN JURÍDICO SUSTANTIVO DE LA PROTECCIÓN DE UN TÍTULO DE OBTENTOR EN LA LEY FEDERAL DE VARIEDADES VEGETALES

Los derechos de obtención vegetal tienen como propósito proteger la propiedad industrial en variedades vegetales. Tal como hemos expuesto, existe incertidumbre sobre el significado del término variedad, toda vez que el uso coloquial del término es sinónimo de tipo o especie. Ahora bien, el significado en la industria de la obtención es más especializado, tiene un uso mucho más flexible que en la taxonomía. Por último, para los estudiosos de la taxonomía el concepto “variedad” carece de precisión puesto que no hace referencia a un taxón botánico de manera específica (Arcudia, 2018).

#### 4.1.1. Concepto de variedad vegetal

En las modificaciones introducidas al CUPOV en el acta de 1978 se suprimió la definición de variedad vegetal. No obstante, la LFVV incluyó un concepto que consideramos de utilidad. Así las cosas la fracción IX del artículo 2 de la LFVV conceptualiza a la variedad vegetal como “una subdivisión de una especie que incluye a un grupo de individuos con características similares y que se considera estable y homogénea”.

Para Rangel (2015) el grupo de individuos que contiene el concepto arriba referido, es equivalente a un grupo de plantas. Si este grupo

presenta características comunes (o similares) que preceptúa la LFVV, ese colectivo de organismos constituirá una subdivisión de la especie, que además sus características comunes se considerarán estables y homogéneas.

#### 4.1.2. Requisitos

En punto a los requisitos, la LFVV establece que éstos serán la novedad, la distintividad, la homogeneidad y la estabilidad. Por lo que respecta a la novedad, a diferencia del sistema de patentes que la invención no esté en el estado de la técnica, en el sistema de protección de variedades vegetales la novedad es ausencia de comercialización de la obtención vegetal que se pretende proteger. Así las cosas, la fracción I incisos a) y b) del artículo 7 de la LFVV preceptúa que las variedades vegetales se considerarán nuevas si en la fecha de presentación de la solicitud del título la variedad no hubiese sido vendida “en más de un año anterior a esa fecha en el territorio nacional, o en cualquier otro país por más de seis años en caso de árboles y vides, y cuatro años en el resto de las especies”.

En punto a la distintividad, una variedad que se diferencie de forma técnica y clara “por uno o varios caracteres pertinentes de cualquiera otra variedad, cuya existencia sea conocida en el momento en que se solicite la protección”. Dichos caracteres deberán reconocerse y describirse con precisión”(Artículo 7, fracción II de la LFVV).

La fracción I del artículo 2 del RLFVV preceptúa que “los caracteres pertinentes son expresiones fenotípicas y genotípicas propias de la variedad vegetal, que permiten su identificación”. Aunque es omiso en precisar lo que ha de entenderse por conocimiento previo de la obtención vegetal.

El artículo 31 del RLFVV le da facultades al Comité Calificador de Variedades Vegetales (CCVV) con objeto de comprobar el cumplimiento del requisito de la distintividad. Para ello, el CCVV podrá considerar “cualquier característica que pueda ser determinada y descrita con precisión como distintiva, de manera que la variedad vegetal pueda diferenciarse de otras sin dificultad alguna, independientemente de la naturaleza de los caracteres pertinentes señalados en el informe técnico”.

Una variedad vegetal presenta homogeneidad, si es “suficientemente uniforme en sus caracteres pertinentes a reserva de la variación previsible por su reproducción sexuada o multiplicación vegetativa” (Artículo 7 fracción IV de la LFVV).

Por último, la estabilidad de una variedad se logra si conserva inalterados “sus caracteres pertinentes después de reproducciones o propagaciones sucesivas” (Artículo 7, fracción III de la LFVV)

#### 4.1.3. Contenido y alcance de la protección

Una vez que el solicitante cumple con el examen de forma y de fondo; le será concedido un título de obtención vegetal. El mismo tiene un ámbito de protección que está regulado en el artículo 4 de la LFVV. A grandes rasgos le otorga al obtentor el derecho de explotar la obtención vegetal por 18 años para especies perennes y quince años para las demás. Esos plazos se comienzan a contar a partir de la concesión del título de obtentor.

## 4.2. LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA

La estructura administrativa encargada del procedimiento de concesión, sancionatorios y de inspección; se encuentran en la Secretaría de Agricultura y Desarrollo Rural (SADER). La estructura principal es el Servicio Nacional de Inspección y Certificación de Semillas (SNICS). Sus labores son auxiliadas por el CCVV (al que hemos hecho referencia con anterioridad) y el Registro Nacional Agropecuario (RNA). A continuación, pasaremos revista a sus características y funciones.

### 4.2.1. El Servicio Nacional de Inspección y Certificación de Semillas

El SNICS está facultado para supervisar el cumplimiento de la normativa en materia de variedades vegetales y semillas. Tiene carácter de organismo desconcentrado de la SADER.

Para la protección de las variedades vegetales, el SNICS es responsable de implementar los procedimientos para otorgar los títulos de obtentor y aplicar las medidas cautelares en los procesos de infracción a la LFVV.

Se autoriza al SNICS a realizar inspecciones para verificar el cumplimiento de la ley. Además, el SNICS es responsable de adoptar las medidas cautelares a que se refiere el artículo 6 del RLFVV en los litigios por infracción del derecho de obtentor.

#### 4.2.2. El Comité Calificador de Variedades Vegetales

Las funciones del CCVV son las siguientes: hacer dictámenes sobre la procedencia o no de las solicitudes de título de obtentor; fijar procedimientos para realizar los ensayos de los exámenes de fondo; manifestar su opinión técnica sobre las normas oficiales mexicanas en materia de variedades vegetales; dictaminar la procedencia de las solicitudes de título de obtentor así como su inscripción en el RNA; establecer los procedimientos para la realización y evaluación de pruebas técnicas de campo o de laboratorio; manifiesta su opinión para la formulación de normas oficiales mexicanas para la emisión de guías de examen, entre otras.

Cuando el CCVV recibe la solicitud de título de obtentor, éste dictaminará si la obtención vegetal cumple con el requisito de novedad (como ausencia de comercialización) y la denominación cumple los requisitos de la LFVV y el RLFVV. El CCVV determinará que la solicitud es procedente y el RNA expedirá la constancia de presentación.

Una vez realizado el examen de fondo —por los grupos técnicos del SNICS— el CCVV determinará que ese examen es procedente y el Director el RNA expedirá el título de obtentor.

#### 4.2.3. El Registro Nacional Agropecuario

Los actos jurídicos que son susceptibles de inscripción en el RNA están enunciados en el artículo 33 de la LFVV. Los principales son: “la solicitud de expedición del título de obtentor, la constancia de presentación, el título de obtentor, la renuncia de los derechos de explotación y aprovechamiento que confiere la fracción II del artículo 4 de la LFVV”. Aunque también se pueden inscribir gravámenes sobre los títulos de obtentor, su transmisión como derecho de propiedad, así como el otorgamiento de licencias por emergencia.

Un efecto importante de la concesión de títulos de propiedad industrial es que cuando se vencen el conocimiento que protegen pasa al dominio público. En el RNA se hace constar que el título de obtentor ha finalizado su vigencia. Pero también su caducidad y nulidad.

Ahora bien, esta estructura administrativa tiene a su cargo el procedimiento de concesión de los títulos de obtentor. Para abordar el estudio de este proceso lo dividiremos en dos partes: la solicitud y el examen de forma; y, el examen de fondo y el otorgamiento del título de obtentor.

#### 4.3. LA SOLICITUD Y EL EXAMEN DE FORMA

El inicio del proceso de concesión de título de obtentor es la solicitud del mismo. La solicitud de protección de derechos se presentarán ante el SNICS en el formato disponible en su propia página web. La solicitud se puede presentar de dos formas: de manera presencial en las oficinas del SNICS sitas en la Ciudad de México. así como su presentación de manera virtual a través de UPOV PRISMA.

UPOV PRISMA es una herramienta en línea para que los solicitante pueden presentar solicitudes de derechos de obtentor en las oficinas de protección de obtenciones vegetales de los miembros de la UPOV participantes. En esta aplicación participan 36 miembros de la UPOV. Nuestro país acepta variedades vegetales de todos los géneros y especies.

##### 4.3.1. Requisitos de la solicitud

Pues bien, sea la vía que se elija los requisitos de se deben presentar son los siguientes: solicitud de título de obtentor; informe técnico; comprobante de pago de derechos; y, el instrumento jurídico con el que el representante legal acredite su personalidad (en su caso) [Artículos 12 y 13 del RLFVV].

Una vez que el SNICS recibe la solicitud, se anota en un libro de solicitudes en el que se consignan los datos necesarios para la identificación de cada solicitud, de acuerdo con el orden de presentación. Posteriormente en el plazo de tres días hábiles posteriores a su recepción, la solicitud se canaliza el CCVV

#### 4.3.2. El examen de forma: denominación y novedad

Una vez que la solicitud es turnada al CCVV, este cuerpo colegiado ha de comprobar dos extremos: si la variedad vegetal cumple con el requisito de novedad y si la denominación cumple con los requisitos legales.

Por lo que respecta a la denominación, el artículo 27 del RLFVV postula que debe ser una denominación genérica así como dar cumplimiento a 3 requisitos: permitan identificar la variedad claramente; distinguirse de cualquier otro nombre de alguna variedad registrada; y, no infringir alguna marca registrada.

Las denominaciones varietales que no cumplan los requisitos del artículo 27 del Reglamento serán rechazadas por el CCVV. No obstante se le dará oportunidad de proponer otra dentro del plazo de treinta días naturales. En cualquier estado del trámite, el obtentor puede cambiar la denominación, pero debe alegar una causa justificada (Artículo 28 del RLFVFF).

En punto al requisito de la novedad, entendida como ausencia de comercialización, el CCVV realizará una investigación exhaustiva para en registros de oficinas de protección e variedades vegetales, organismos internacionales. También difundirá los datos de la variedad a proteger para que sean de público conocimiento (Artículo 26 del RLFVV).

Una vez cubiertos superado el examen de forma, el SNICS debe notificar al solicitante para que realice el pago de los derechos correspondientes para la realización del examen de fondo. Una vez recibido el pago el SNICS gestiona la expedición de la Constancia de Presentación. Este documento surte efectos de un título provisional,

#### 4.4. EL EXAMEN DE FONDO Y LA CONCESIÓN DEL TÍTULO DE OBTENTOR

Posterior al examen de forma, se realiza el examen de fondo por el SNICS. Este examen se conoce, en el argot del sistema a de protección de obtenciones vegetales como examen “DHE”(por distintividad, homogeneidad y estabilidad). Aunque existe la posibilidad de hacer válido el examen de otra oficina de protección de variedades vegetales, la LFVV

y el RLFVV prevén que el SNICS podrá auxiliarse para realizarlo con los grupos de apoyo técnico.

#### 4.4.1. Los grupos de apoyo técnico del Servicio Nacional de Inspección y Certificación de Semillas

Si es el caso, el examen de fondo es practicado por los grupos de apoyo técnico pertenecientes al SNICS. Estos son cuerpos colegiados de apoyo y consulta que actúan como peritos en variedades vegetales. Se integran por especialistas en determinado cultivo, pueden ser académicos, investigadores, productores y representantes de organismos gubernamentales que cuenten con conocimiento y experiencia en materia de caracterización de variedades vegetales, producción de semillas, mejoramiento vegetal y áreas afines. El funcionamiento de los grupos de apoyo técnico es de manera colegiada, están a cargo del SNICS y son coordinados por algún miembro de alguna institución pública de investigación de prestigio (Arcudia, 2018)

El SNICS necesita contar con estos grupos de apoyo técnico conformado por expertos en los aspectos técnicos de la industria de la obtención por la gran cantidad de casos que pueden presentarse, debido a que nuestro país otorga protección a todos los géneros y especies del reino vegetal. Por ello es necesario analizar información molecular, estadística, bioquímica, morfológica y fisiológica de las variedades a proteger (Herrera, 2016).. También hay que tener en cuenta que los grupos de apoyo técnico pueden jugar un papel importante en la protección de la biodiversidad nativa.

#### 4.4.2. El examen de distintividad, homogeneidad y estabilidad

Es un lugar común en todas las versiones del CUPOV (el artículo 7 de las de 1961/1972 y 1978 y correlativo artículo 12 del acta de 1991) que solamente se le puede otorgar protección a una variedad vegetal que cumpla con los requisitos de protección: es decir, la distintividad, la homogeneidad y la estabilidad. El procedimiento para comprobar si cumplen es el antes mencionado examen “DHE”. Aunque excede a los límites del presente trabajo mencionaremos que la inclusión nuevamente de una definición de variedad vegetal en el acta de 1991 tiene que ver con

que era necesario caracterizar este concepto para evitar que variedades vegetales que no cumplieran con los requisitos de protección del sistema de protección específico pudieran ser patentados. La definición del acta de 1991 cierra esta posibilidad.

Volviendo a nuestro tema que es el examen de fondo, o DHE, se fundamenta primordialmente en ensayos de cultivo de las variedades a proteger realizados por la oficina de variedades vegetales ante quien se somete la concesión del título de obtentor. Pero también lo pueden realizar instituciones de investigación. Incluso se prevé la posibilidad que el propio solicitante efectúe los ensayos. Este examen tiene como resultado la descripción de la variedad mediante sus caracteres pertinentes (por ejemplo, tamaño de la hoja, grosor del tallo, tamaño del fruto, tiempo de maduración). Estos se comparan con los de las guías de examen y según su adecuación o no a los criterios de las guías de examen se considerará si las variedades superan o no el examen de fondo.

En nuestro país, el CCVV puede verificar el requisito de distintividad considerando cualquier característica susceptible de ser descrita y determinada con exactitud como distintiva. De tal suerte que la variedad sujeta a examen se pueda distinguir de otras con facilidad, el CCVV podrá considerar cualquier característica que pueda ser determinada y descrita con precisión como distintiva, de manera que la variedad vegetal pueda diferenciarse de otras sin alguna dificultad. Con independencia de los caracteres pertinentes que se hayan señalado en el informe técnico. Dichos caracteres empleados en la distinción de una variedad determinada pueden ser cuantitativos, cualitativos, pseudo-cuantitativos y pseudo-cualitativos. En todos los casos, “la variación se definirá mediante niveles de expresión fenotípica en función a las necesidades de distinción que, para los que no sean mesurables, será de tipo discontinuo y, para los cuantificables, continuo entre dos extremos” (Artículo 31 del RLFVV). Estos caracteres y sus variaciones se describen en las guías de examen del SNICS y de la UPOV. Un resultado deseable en el examen de distintividad debe acreditar que la variedad sujeta a estudio se distinga claramente al menos por un carácter pertinente de otras obtenciones vegetales, sea que estén en el dominio público o aún tengan vigente su título de obtentor.

La regulación de las guías de examen del SNICS se encuentra normada por la NOM-001-SAG/FITO-2013. A la fecha se han elaborado guías de agave, buffel, cocotero, frijol, higuera, jamaica, maíz, paspalum, pasto banderita, pasto navajita, chayote, chile manzano, chile habanero, jatropha, lirio azteca, trigidia y echeveria.

#### 4.5. LA CONCESIÓN DEL TÍTULO DE OBTENTOR

Superado el examen de fondo, el CCVV dictaminará que es procedente el examen DHE y -como consecuencia- el Director del RNA expedirá el título de obtención vegetal, mismo que deberá ser publicado en el DOF.

Según el artículo 38 del RLFVV, el título de obtentor deberá contener “el nombre completo del obtentor y de los fitomejoradores; el nombre común y científico del género y especie de que se trate; su denominación; su número de registro, y las fechas de expedición y de fin de vigencia”

Al cierre del año 2020, en nuestro país se habían expedido 2592 títulos de obtención vegetal. De los cuales 2179 estaban vigentes, 297 han sido revocados y 119 han pasado a dominio público (SNICS, 2021 p xiii)

## 5. DISCUSIÓN

El sistema de protección de obtenciones vegetales trata de dar respuesta a las necesidades de la industria agrícola, potenciadas por la Revolución Verde. El sistema de protección llegó a México en los años 90 del siglo pasado. De la mano del TLCAN y con la promulgación en 1996 de la LFVV

La LFVV establece un concepto de variedad vegetal gracias al cual es posible establecer la frontera entre el sistema de protección de variedades vegetales y el de patentes. Este aserto es importante debido a que nuestro país prohíbe la protección simultánea de una variedad por título de obtentor y por patente. Los requisitos que debe reunir una variedad para ser protegida son la novedad, la distintividad, la homogeneidad y la estabilidad. Cuando el SNICS acredita que la obtención vegetal cumple los requisitos señalados, se otorga un título de protección que

consiste en el reconocimiento del obtentor como desarrollador de la variedad; y el monopolio para aprovechar y explotar la variedad vegetal protegida. La duración de la protección es de 18 años a partir de la concesión del título de obtentor para las especies perenes y de 15 para el resto.

La estructura administrativa encargada del procedimiento de concesión de los títulos de obtentor se encuentra en la SADER. Descansa primordialmente en el SNICS. Que se ve auxiliado en sus funciones por el CCVV (y sus grupos de apoyo técnicos; así como el RNA. La distribución competencial es que el SNICS se encarga de recibir la solicitud de título de obtentor; así como sustanciar el procedimiento de concesión. El CCVV lleva a cabo el examen de forma, así como el examen DHE. El RNA inscribe la concesión de los títulos de obtentor, gravámenes, licencias, y cualquier acto relativo a los títulos como derechos de propiedad. El SNICS también tiene competencias para realizar visitas de verificación, imponer medidas provisionales y sustanciar los procedimientos por infracción.

En punto al proceso de concesión de títulos de obtención. Analizamos minuciosamente el contenido de la solicitud y los documentos anexos que la acompañan. También estudiamos el examen de forma, haciendo énfasis en los requisitos de la denominación. Así como las formas en las que se pueden hacer búsquedas de variedades a fin de garantizar la novedad de las variedades solicitadas.

Para el examen de fondo, o DHE, profundizamos en el papel de los grupos de apoyo técnico del SNICS, que como entes encargados de realizar el examen de fondo; tienen determinadas atribuciones legales. Asimismo, estudiamos detalladamente los pasos para comprobar los requisitos de distintividad, homogeneidad y estabilidad del examen de fondo. Además, analizamos la NOM que sistematiza las guías técnicas desarrolladas por el SNICS.

## 6. CONCLUSIONES

El sistema de protección de obtenciones vegetales en México es una realidad operativa. Hemos visto que existe tanto una norma que establece el derecho sustantivo y adjetivo. En punto al régimen sustantivo se establece el concepto de variedad, sus requisitos y el alcance.

Por lo que se refiere a lo adjetivo, es decir los procesos de concesión. La LFVV y diversas normas administrativas establecen una estructura administrativa encargada del proceso de concesión. La más importante es el SNICS. Aunque tiene otros organismos de carácter técnico que desempeñan un papel importante en el proceso de concesión.

El proceso de concesión tiene dos etapas. El examen de forma y la acreditación de la novedad. En el examen de forma se comprueba que la solicitud esté debidamente llenada y que se integren los anexos. La novedad consiste en ausencia de comercialización, así es que se buscará en registros que no esté comercializada la variedad.

El examen de fondo es el “DHE”. El SNICS acepta exámenes realizados por otras oficinas de variedades vegetales. Pero en caso de realizarlo cuenta con grupos de apoyo técnico y con guías que ha ido elaborando a lo largo de los años para las variedades de mayor demanda de protección en México.

## 7. REFERENCIAS

- Anchondo, V (2012) Métodos de interpretación jurídica. *Quid Juris* 16 pp 33-58  
<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/view/17406>
- Arcudia, C. (2018) *La protección jurídica de las obtenciones vegetales* Ediciones Nueva Jurídica.
- Cecon, E. (2008) *La revolución verde tragedia en dos actos*. *Ciencias*, Vol. 1 (91), pp. 21-29. <https://www.revistacienciasunam.com/es/44-revistas/revista-ciencias-91/235-la-revolucion-verde-tragedia-en-dos-actos.html>

Herrera, P (2016) Protección de variedades vegetales en México. En E. Roque y R. Contreras (Coords)Temas especializados para la protección de la propiedad intelectual. U de G pp 51-68.  
<http://www.publicaciones.cucsh.udg.mx/kiosko/2016/proteccion-de-la-propiedad-intelectual.pdf>

Rangel, H. (2015) Las invenciones que involucran materia viva en el derecho de patentes mexicano. En M. Michaus y J.L. Caballero (Coords) Estudios de derecho de autor y propiedad industrial. Porrúa pp 255-297.

SNICS (2021) Catálogo Nacional de Variedades Vegetales, SNICS.  
<https://www.gob.mx/snics/documentos/catalogo-nacional-de-variedades-vegetales-cnvv-2021-292278>

UPOV (1982) Información General, UPOV.

#### Legislación

Acta de 1961 del Convenio de la Unión Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales, 2 de diciembre de 1961

Acta de 1978 del Convenio de la Unión Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales, 23 de octubre de 1978

Acta de 1991 del Convenio de la Unión Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales, 19 de marzo de 1991

Ley Federal de Variedades Vegetales, DOF 09/04/12

Reglamento de la Ley Federal de Variedades Vegetales, DOF 24/09/1998

NOM-001-SAG/FITO-2013, DOF 30/05/2014

# UNA RESPUESTA DESDE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ANTE UN NUEVO RETO DE LA IA EN LA EDUCACIÓN: EL «ARTIFICIAL GHOSTSTUDENT»

---

JORGE VILLALOBOS PORTALÉS  
*Universidad de Málaga*

## 1. INTRODUCCIÓN

La IA ha irrumpido en la práctica totalidad de las áreas de nuestra sociedad. Así, con los grandes avances que ha traído, equiparables a sus dilemas. En concreto, ha sido notorio y exponencial su desarrollo en labores creativas e intelectuales como redacción de textos, cuadros, fotografías, canciones... Dos grandes conflictos emergen. Por un lado, la laguna legal en la protección de estas obras generadas por IA, su autoría y titularidad. Por otro, su uso capcioso por cualquier persona. Un escenario problemático es su uso por parte de los alumnos para la resolución de sus trabajos y tareas, por desgracia, desde la Secundaria hasta la Universidad, evaluándose a un *artificial ghoststudent* (denominación propuesta) y no al alumno. Ante este problema se expone una solución desde la Propiedad Intelectual y el Derecho de la Competencia mediante una herramienta para el docente: crear una plataforma contra el plagio con IA, un registro de los programas autorizados y una base de datos con las obras generadas por IA.

### 1.1. EXPOSICIÓN CONTEXTUAL DE LA PROBLEMÁTICA

Los dos principales problemas que se encuentran en el uso de la IA como generador autónomo de contenido residen en dos pilares. Primero, la originalidad, autoría y titularidad del contenido generado. Segundo, el uso por parte de cualquier persona de dicha IA bajo un aprovechamiento de la laguna legal existente en el contenido generado de manera

consciente, esto es, con mala fe. Sobre la primera cuestión, la literatura jurídica sobre dicho dilema resulta ser bastante extensa. Es más, lejos de plantearse este trabajo como una extensión a tal bagaje (el cual, si se desea, se puede encontrar en otras obras de mi autoría<sup>314</sup>), se pretende plantear otra propuesta más pragmática y a expensas de tal dilema conforme a un tipo concreto de casos basados en el plagio.

La tesis consiste en un planteamiento sencillo: no es necesario conseguir determinar quién es el autor y titular de los derechos de la obra generada por IA, basta con poder evidenciar que tal obra ya existe o ha existido para, así, probar que la obra en tela de juicio no es original. En otras palabras, cuando un alumno presenta un contenido generado por IA, no necesito concluir que el autor real es la IA, lo que necesito es demostrar que esa obra ya ha existido o existe y, por tanto, la «obra posterior del alumno» no es original pues se ha evidenciado que ya fue generada por una IA. Dicho de otro modo, normalmente se plantea que la solución al problema debe ser con una respuesta en un sentido afirmativo, es decir, tenemos una obra protegible, resulta que ha sido generada por IA y, en la actualidad, no son reconocidas ni como titulares ni como autoras materiales como muchísimo menos jurídicas.

Por tanto, para que nadie se pueda apropiarse de manera indebida de tal obra, necesitamos un autor al cual asignarse la autoría (y, si es posible, titularidad). De tal manera, al existir, al menos, una autoría, nadie puede alzarse como autor de esa obra. He aquí, entonces, el problema sobre el cual tanto se ha escrito: no ya si dichas obras gozan de una originalidad algorítmica (que resulta prácticamente innegable, aunque se pretenda e insista), sino quién sería entonces el autor más propicio. ¿El usuario, que no ha hecho ningún esfuerzo más allá de darle a un «clic»? ¿La empresa,

---

<sup>314</sup> Para una lectura sobre mi postura en cuanto al problema de la IA como autor o generador de obras protegibles mediante los derechos de autor, véase los siguientes artículos disponibles, entre otros, como VILLOBO PORTALÉS, J. (2020). ¿Nacerá un robot Cervantes? El robot inteligente como sujeto de Derecho, perspectiva Transhumanismo-Queer. *Revista Calmécac*, (22), 2020, 56-63. Universidad Valle de Puebla; VILLOBO PORTALÉS, J. (2021). La inteligencia artificial como gato de Schrödinger en el arte: ¿objeto y sujeto de derecho?. *Naturaleza y Libertad: Revista de estudios interdisciplinarios*, (15), 165-182. Universidad de Málaga; VILLOBO PORTALÉS, J. (2022). La autoría de la inteligencia artificial en el derecho español. *Revista Justicia & Derecho*, 5(1), 1-19. Universidad Autónoma de Chile.

quien se apropiaría de las obras como si se tratase de un empleado el cual se niega que exista o esté trabajando, en cierto sentido, como un «escritor fantasma» o *ghostwriter*? ¿El programador o grupo de ellos, complicando aún más el intrincado rompecabezas de autoría que suponen las obras colectivas o en colaboración (además, junto a la autoría jurídica, de hasta su más que previsible inconstitucionalidad en determinados casos o, como en este último, en su totalidad según parte de la doctrina más relevante en materia de derechos de autor<sup>315</sup>)? Sin embargo, se puede plantear de otro modo la solución, desde un sentido negativo: existe esta obra que ha sido generada por IA y, en pro de proteger los derechos de autor de la creación humana y el esfuerzo creativo humano, nadie puede apropiarse de la autoría de esta obra.

En este sentido, consiste en tener evidenciada la existencia de la obra como prueba *iuris tantum* de que, al existir la obra o el contenido generado, quien presente uno total o parcialmente elaborado sobre tal contenido, no cumple con aspectos imprescindibles para ser considerado autor. En primer lugar, incumple con los principios de protección de una obra bajo derechos de autor, como es el de originalidad, pues para que una obra sea protegible, esta debe ser contenida en un soporte físico,

---

<sup>315</sup> Por ejemplo, Jose Miguel Rodríguez Tapia llegó a calificar de «vulgarización» e «injustificadamente inconstitucional» el reconocimiento de una autoría jurídica por parte del Legislador, la cual se ve reflejada en no sólo artículos concretos sino en disposiciones completas como sucede en la regulación de los programas de ordenador. Véase RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (2009). Libro I: De los Derechos de Autor. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Cizur Menor: Aranzadi. 63. Así lo sentencia calificando la condición de autoría de una persona jurídica ya que consiste en considerarla como “autora de algo que sólo puede hacer una persona física o natural” RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (2009). Título II: Sujeto, objeto y contenido. Capítulo I: sujetos. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Cizur Menor: Aranzadi. 99. De acuerdo con esta tesis—aunque desligada de su fundamentación en torno al artículo 20.1.b)—, se encuentran Ángel Carrasco Perera y Ricardo del Estal Sastre, quienes llegan a calificar la justificación de la autoría de una persona jurídica como «desvergüenza inusual» CARRASCO PEREA, Á. & DEL ESTAL SASTRE, R. (2017). Capítulo I: Sujetos. Artículos 5º-7º. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Tecnos. 106. Llegando hasta a sentenciar como «impertinente» al articulado o hasta «desgraciado texto legal», Ídem, 110. Todavía aún más, dichas críticas entroncan hasta a los comentarios del siglo pasado en las disposiciones normativas anteriores a la Ley vigente, donde se criticaba la concepción de una autoría jurídica por consistir en una “institucionalización de la figura del negro y del negrero” [así Carrasco Perera y del Estal Sastre rescatan esta sentencia de PEÑA (1985) en sus *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, V.2. 752, en CARRASCO PEREA, Á. & DEL ESTAL SASTRE, R. (2017), “Capítulo I: Sujetos...”, *op. cit.*, 107].

gozar de creatividad y esfuerzo creativo, determinando así que tal obra presenta un grado de originalidad. En caso contrario, la obra no sería ni original ni protegible. En este sentido, para que se pueda evidenciar la falta de originalidad de una obra, sirve con evidenciar como prueba la existencia de manera total o parcial de esa obra de manera anterior.

En pocas palabras, el contenido que se presenta como original y propio no lo es por el sencillo motivo de que ya existe y, por tanto, no lo has podido crear no ser producto de tu ingenio creativo. Para que pueda ser considerada una obra derivada, esta debe presentar un valor sustancial y particular que lo diferencie de la obra primaria sobre la cual se construye o inspira, es decir, si basas un contenido nuevo en otro anterior, para el tuyo ser original debe constar de una individualidad y originalidad sustanciales y diferenciables de la obra previa sobre la cual lo haces. Además, otro elemento crucial y con el cual se entronca el segundo punto: la autorización de quien creó esa primera obra. Sin tal autorización y la explotación de manera consciente y con mala fe son elementos constitutivos de plagio (el enriquecimiento determinará su consideración grave de plagio como delito contra la Propiedad Intelectual del 270 CP).

Así, en conclusión, con la capacidad de evidenciar como prueba *iuris tantum* la existencia previa de manera parcial o total del contenido presentado por una persona, en este caso, el alumno, sirve con total solvencia como indicador de no ser original, así como de plagio. Con ello, el profesorado puede denunciar tal hecho en el trabajo presentado por el alumno y con pruebas que garanticen y fundamenten la acusación (más allá de una a veces más que previsible sospecha).

## 1.2. CONCEPTO Y CONTEXTO DEL *ARTIFICIAL GHOSTSTUDENT* Y UNA POSIBLE SOLUCIÓN

### 1.2.1. Concepto y contexto del *artificial ghoststudent*

El concepto del escenario de un «estudiante fantasma artificial» o *artificial ghoststudent* consistiría en el uso por parte del alumnado de una o más inteligencias artificiales con la finalidad de realizar una tarea, prueba o cualquier trabajo de ámbito educativo en vez de ser elaborado por ellos mismos. Esto es, un escenario donde se aprovecha la laguna

legal existente en las obras generadas por IA y la situación de la IA creadora como autor de los contenidos que puede hacer. Debido a ello, el profesorado se encontraría ante un trabajo presentado por el alumnado como de su autoría y esfuerzo creativo cuando ha sido ejecutado por una IA. Esto significa que el profesorado acabaría por evaluar el esfuerzo y desempeño realizado por una IA en vez del efectuado por el alumnado, quien es el sujeto al cual se enfoca tales deberes.

El principal y más urgente problema de este *artificial ghoststudent* reside en que el estudiante se encontrará lejos de desarrollar las cualidades y aptitudes de sus capacidades y competencias en detrimento de un programa al cual dicho desarrollo le resulta indiferente, pues es un sujeto amoral<sup>316</sup>. Por tanto, mediante tal engaño, el estudiante jamás conseguirá desarrollar su potencial ni corregir sus defectos a nivel académico. Pueden suceder situaciones tan distópicas como que un estudiante incapaz de redactar un comentario de texto con ideas propias, coherentes, sin una treintena de faltas de ortografía ni pensamiento crítico, de repente o, como quien dice, «de la noche a la mañana», presente comentarios con una redacción impecable y exponiendo un desarrollo lógico aceptable. Sin embargo, el profesorado no goza de ninguna herramienta con la cual evidenciar sospechas que, en determinados momentos, pueden ser más que indiciarias, por no decir obvias.

El contexto actual de tal escenario reside en la evolución vertiginosa de sistemas de IA creadores a niveles inimaginables. Sistemas como StableDifussion v.4, Dalle-2 en su última versión, las últimas tecnologías en GPT-3 para redacciones de textos, resúmenes, conversaciones, etc., las grandes inversiones de las *Big Tech* que están propiciando una gran

---

<sup>316</sup> Este concepto de sujeto amoral y la visión de la creatividad algorítmica, así como la originalidad algorítmica en las obras generadas por IA, la desarrollo en mayor profundidad en otro estudio, donde planteo un elemento esencial traído a colación en este trabajo: la noción en un sentido negativo de la autoría, pues la existencia de una obra, creatividad y originalidad pre-existentes, aun siendo generadas por IA, sirve para determinar, al menos, la no designación de la autoría por parte del usuario o el humano más cercano, pues es una apropiación indebida de una creación ajena con independencia del autor tercero de la obra. Para más información, véase VILLALOBOS PORTALÉS, J. (2022). La creatividad algorítmica frente a la titularidad de los derechos de autor. *La aplicación del Derecho de la competencia en la economía de los datos*, (249-288). Cizur Menor: Aranzadi.

revolución desde Google hasta meta. Por tanto, si en la actualidad resulta más que constatable la capacidad de tales programas para la creación de un contenido indistinguible para el ojo humano, todavía más en el futuro va a ser esa situación.

Cabe destacar, además, un elemento crucial en este análisis. En la mayoría (o, mejor dicho, prácticamente en la totalidad) de estudios sobre las obras generadas por IA se plantean desde la capacidad de estos programas para la excelencia, pulcritud, calidad, belleza, supinación de la creatividad humana. Sin embargo, aquí no se plantea tal cuestión. Al contrario, se rechaza. No se reflexiona sobre una IA capaz de crear un cuadro a la altura de Goya o Picasso. Todavía más, ni siquiera resulta necesario ni lógico hacerlo. Tampoco si son las IAs capaces de elaborar textos de una gran altura creativa o con la elegancia y delicadeza de Luis Cernuda o Claudio Rodríguez. No se reflexiona sobre esta excelencia por una cuestión sencilla: el alumnado mayoritario y el alumnado medio previsible no alcanzan esa excelencia a excepción de contadísimos y extraordinarios casos. Por tanto, el contexto se plantea en un marco mucho más mundano, asequible: una IA capaz de crear, al menos, un contenido medio, equiparable al exigible a un alumnado medio. Este tipo de IAs son las de gran preocupación por el hecho de que ya existen y, además, su existencia es bastante fácil y accesible a cualquier persona. En cambio, otras IAs de gran magnitud como la que creó la obra de *The Next Rembrandt*, resultan de un acceso privadísimo. Es el tipo de IA como *RAGHAV* a las cuales concierne este tipo de trabajos, pues evidencian que se pueden proteger sus obras por los derechos de autor (en este caso, en coautoría) al constar con el mínimo grado de originalidad necesario, un valor mucho más cercano a la capacidad creativa del ciudadano y alumnado medios que al de los grandes artistas y su legado, pues lo rebasan de sobremanera.

Una propuesta de solución para el problema

En este sentido, cabe preguntarse qué herramientas tiene el profesorado. En la práctica, ninguna. Se encuentra totalmente indefenso ante este avance tecnológico. Por ello, se plantea una respuesta desde la Propiedad Intelectual y el Derecho de la Competencia para la elaboración de

un mecanismo al servicio del profesorado (entre otros posibles agentes beneficiarios, claro está, pues es extrapolable).

Esta propuesta se vertebra en tres elementos. Primero, la noción del plagio en los trabajos. Desde este punto, tal y como se ha comentado, lo esencial no persiste tanto en demostrar la autoría de la IA y todo el conglomerado conflictivo que suponen tales derechos, sino en evidenciar que la obra presentada ya ha sido creada. Con esto, sucede una primera distinción. Que una obra haya sido creada no significa que haya sido publicada y dada a conocer al público. El concepto de divulgación, el cual es previo, aquí basta si se comprende en un sentido amplio como que el programa, al ofrecer al usuario la obra solicitada, realiza un ejercicio de divulgación. Por tanto, ya se han generado los derechos desde su mera creación. ¿Cómo se constata este hecho de divulgación? Aquí la segunda noción, el registro. Coordinar mediante la autoridad competente (que, en este caso, debería ser un órgano especializado de la Sala de Regulación de la CNMC u otro independiente como la Agencia Estatal de Inteligencia Artificial prevista por la Propuesta de Ley de Inteligencia Artificial de la UE) un registro de proveedores de sistemas de IA autorizados para comercializar en el mercado y sus IAs autorizadas. Esto, junto a bases de datos que se generen de manera continua, almacenando las obras que se van creando por las distintas IAs, permitiría contrastar la existencia de la obra creada. Con esto, la tercera noción, el medio de acceso, al menos, para comprobar esa existencia de manera parcial o total. Al igual que existen plataformas antiplagio para comprobar que TFGs, TFMs, etc., son de creación del alumno, se puede hacer una plataforma para comprobar el uso de IA para tal contenido.

## 2. OBJETIVOS

### 2.1. PRINCIPALES OBJETIVOS PROPUESTOS

Se han pretendido alcanzar tres:

- Análisis e identificación de un nuevo problema en la Enseñanza: la figura del *artificial ghoststudent* (denominación propuesta).

- Respuesta que permita ofrecer una posible solución desde un plano tanto teórico como práctico.
- Explicación de la puesta en práctica de la propuesta para su realización material.

Los objetivos se plantean con la finalidad de contrastar si esta propuesta alcanza las metas a las cuales se aspiran. Con ello, se puede comprobar que la principal función en la exposición de los objetivos principales reside en que se evidencie una problemática emergente en la actualidad y, sobre todo, para los años venideros. Asimismo, se pretende concienciar sobre la situación actual de la disponibilidad del alumnado para el acceso tan fácil y, en la práctica, gratuito a sistemas de IAs. En muchos casos, la utilización de estas herramientas precisa también de un factor pedagógico por parte del profesorado hacia al alumnado con el cual se conciencie sobre las consecuencias del incorrecto o espurio uso de las IAs en el sentido de *artificial ghoststudent*.

### 3. METODOLOGÍA

La metodología que se ha seguido se ha centrado en un análisis del contexto actual de la IA y los sistemas de IA en funcionamiento capaces de crear un contenido creativo e intelectual. El análisis de diversas obras para una evaluación de la calidad de las obras y la efectiva confusión con las del ingenio humano. Tras esto, los problemas jurídicos que emergen para una regulación pragmática de sus obras, así como una respuesta práctica que permita al docente poder verificar la autenticidad del trabajo y la posible intervención (total o en qué grado) de una IA.

Para poder efectuar el desarrollo de la metodología ha sido tan sencillo como acceder a diversos enlaces gratuitos en internet a programas de IA de última generación, utilizando tanto por parte del profesor como por parte de los alumnos de las clases donde se ha efectuado dicha prueba tales programas. Los resultados y el debate al que se encaminó concluyeron de manera unánime en que una obra o un contenido de IA podía sin problema alguno alcanzar un nivel de original medio para ser considerado un contenido previsiblemente creado por un alumno medio. Es

más, en la mayoría de las situaciones se podía determinar hasta un grado algo superior al esperable de un alumno medio. Por todo esto, resultaba palpable y evidente la facilidad con la que los alumnos (en algunas intervenciones, hasta se mostraron partidarios de usar la IA como *artificial ghoststudent* con la finalidad de escabullirse de la realización de los deberes encomendados). En cambio, la cuestión de quién ostentaba la autoría en su sentido afirmativo, es decir, autor de la obra creada, la titularidad de derechos, etc., resultaba un tema de debate más controvertido.

Por todo esto, se puede extraer que existían tres cuestiones de gran envergadura expuestas en este experimento. Primero, la facilidad del uso de la IA como *artificial ghoststudent* por parte del alumnado y su predisposición a ello. Segundo, la ausencia de mecanismos por parte del profesorado. Tercero, el carácter prescindible de determinar la autoría en un sentido afirmativo para la problemática.

Por ello, para determinar que el trabajo del alumno no es evaluable resulta imprescindible evidenciar que la parte sustancial, la totalidad o, al menos, un porcentaje significativo del contenido no goza de la originalidad necesaria ni supone una aportación propia o, en todo caso, que tampoco resulta de su autoría. Si bien es cierto que esto se puede determinar desde la valoración subjetiva del profesorado, también implica el posterior y complejo debate (en el mejor de los casos) o discusión (en la mayoría) sobre la determinación de por qué se evalúa de tal modo. En ello, surge la duda plausible: ¿cómo sabe usted, profesor, que he usado una IA, más allá de sus sospechas? Para ello, se precisa de una prueba *iruis tantum* que esté fundamentada en un raciocinio lógico y que, así, se determine al menos el fundamento sólido y el rigor de la valoración. Para tal cosa, resulta bastante adecuada la determinación de plagio. Esto en un doble sentido. Primero, plagio pues se ha apropiado de un contenido que no ha sido generado por su esfuerzo creativo (con independencia del tercero creador, ya que entraríamos en el debate de la autoría), sino que se era ya existente y previo. Segundo, plagio pues no se consta del requisito de originalidad cuando el contenido de la obra no resulte del propio esfuerzo, sino del ajeno. Entendiéndose, así, en ambos sentidos el plagio como

“todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial y se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio. [...] Por tanto, el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales, ni a aquellos aspectos de escasa originalidad o de mínima originalidad que debe de reflejar o reproducir en su obra cualquier autor que pretenda realizar una creación similar pero enteramente propia. Evidentemente, la protección del derecho moral en el ámbito penal ha quedado reducida al plagio, que supone un intento burdo de desconocer la autoría real de la obra”<sup>317</sup>.

Así, esas coincidencias determinarán la consideración de plagio y, al mismo tiempo, la falta de originalidad en el trabajo presentado, pues no habrá «esfuerzo creativo», «inventiva del ingenio humano» ni diferenciación de la obra o el contenido presentado frente al resto. Estos dos elementos son más que suficientes como prueba *iuris tantum* para evaluar de manera negativa el trabajo presentado y evidenciar el ilícito. En esto consistiría el pilar desde la visión de los derechos de autor y la Propiedad Intelectual. Mediante la concepción de plagio explicado como elemento que permite denegar la autoría a quien presenta un material que no es fruto de su ingenio creativo, se permite un primer escalón: los fundamentos de la evaluación negativa a una obra de un alumno que no resulta ser de su autoría<sup>318</sup>.

---

<sup>317</sup> PLAZA PENADÉS, J. (2017). Artículo 2. Contenido. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Valencia: Tirant lo Blanch. 74.

<sup>318</sup> Otro debate muy interesante estriba en que si la IA comete también plagio al ser alimentada con bases de datos que ostentan derechos de autor. En particular, este debate reside en las constantes denuncias por parte de artistas gráficos al alertar que las IAs crean imágenes conforme a sus obras previas, es decir, crean a partir de lo aprendido en las bases de datos. Este debate siempre resulta bastante curioso, pues lo plantea como si la IA fuera el único sujeto que aprende a crear obras nuevas a partir de otras obras no existentes a diferencia, a la luz de los argumentos de los artistas gráficos, que los creadores humanos o, al menos, los artistas gráficos, que crean obras por un conocimiento previo generado de manera espontánea y sin haber visto jamás ninguna otra obra preexistente con derechos de autor de las cuales han ido aprendiendo. En otras palabras, no se le puede criticar que la IA no cree *ex novo* cuando el creador humano es igual de incapaz de crear *ex novo* del mismo modo que la IA, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. (2017). Artículo 9. Obra compuesta e independiente. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Valencia: Tirant lo Blanch. 161-162. Véase, además, su

Puede que todo este desarrollo parezca lógico y obvio (ya que lo es), sin embargo, ahondar en ello es acuciante pues, ante la más que previsible pregunta del alumno por la calificación, sobre la respuesta de la falta de originalidad del trabajo o del plagio podrá preguntar «¿y por qué me suspende?». Con ello, la respuesta de haber usado un sistema de IA, a simple vista, podría resultar insuficiente. El alumno puede argumentar, en caso de admitir su uso (más bien, le exigiría al profesor las pruebas de que así es), que usar una herramienta más como un Microsoft Word o un Traductor de Google no podría ser motivo de suspenso. Y tendría razón en parte, ya que la normativa universitaria, por ejemplo, no prohíbe el uso de sistemas de IA. En cambio, con toda la fundamentación anterior, a tal pregunta se podría responder con que, en cualquier caso, más allá de usar la IA, el problema estriba en el contenido, pues ha presentado un contenido ya existente que no es fruto de su ingenio. Así se esquivo el escollo de la IA. Ahora bien, la siguiente pregunta previsible será «¿y cómo puede saber usted que ese contenido existe y demostrarlo?».

He aquí el segundo pilar esencial, el Derecho de la Competencia. En primer lugar, el sector de la IA debería recaer sobre un órgano regulador y supervisor o bien independiente —el cual sería la Agencia Estatal que propone la Ley de Inteligencia Artificial de la UE— o bien uno *ad hoc* dentro de la Sala de Regulación de la CNMC; incluso, otro fruto de la coordinación de ambos. El elemento esencial, en relación con la tendencia regulatoria tanto de la *AI Liability Directive* como de la *Artificial Intelligence Act*, sendas de la Unión Europea, consiste en que la regulación sobre la IA tiende a ser supervisora, proteccionista y hasta prohibicionista. Entonces, en concordancia con la regulación de los organismos comunitarios, a nivel nacional se podría efectuar una de igual modo, pero con una finalidad beneficiosa.

Esta regulación se podría centrar en determinados beneficios y atenuantes ante el excesivo control de auditoría, riesgos de revelación de

---

magnífico trabajo FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. (2021). *La Propiedad Intelectual de las obras creadas por Inteligencia Artificial*. Cizur Menor: Aranzadi.

secretos empresariales *low cost*<sup>319</sup>, además del duro sistema sancionador propuesto en las dos normas europeas mencionadas. Por otro lado, en cambio, se debería instaurar un sistema de licencias *ad hoc* para aquellas IAs autorizadas en el mercado conforme las normas europeas que significase la aceptación de entrar en un registro privado de proveedores de IA y los sistemas provistos (hasta este punto, no supone tampoco más allá que un inventario), junto a la elaboración de bases de datos con todos los contenidos que generen las IAs. De este modo, siempre existiría un depósito de las obras, la IA que los ha creado y la empresa propietaria. Entonces, ¿con qué finalidad? Primero, dicha base de datos y registro no serían, en sí de información accesible al público, ya que toda persona podría «hurgar» en la base y «curiosear» en el mejor sentido. Servirían para una plataforma o programa donde pudieras subir el archivo del contenido y este programa chivaría el porcentaje presente de creación de IA en tal contenido.

En caso de ser así, podría advertir el programa usado, la empresa propietaria (quien, hoy en día, sería el titular de los derechos y, al haberse hecho un uso no autorizado de la misma, ha visto damnificado y vulnerado sus derechos) e, incluso, si se pretendiera ahondar más, día y fecha. Con esto, la información estaría protegida por parte de los proveedores de las IAs, pues no sería accesible el contenido para nadie y tendría un carácter consultivo, al mismo tiempo que sabrían cuándo se han vulnerado sus derechos de explotación si no se contara con el permiso para ello, protegiendo así sus derechos. Y, por último, permitiría al profesorado advertir y fundamentar con evidencias sus sospechas, de manera que no se le pudiera recriminar arbitrariedad ninguna.

Por tanto, el escenario distópico comentado al inicio sobre el alumno que de manera extraordinaria fulmina todas sus faltas de ortografía y comienza a fundamentar con cierto grado de pensamiento crítico los

---

<sup>319</sup> Sobre los altos riesgos que se advierten en cuanto a los secretos empresariales por la Ley de Inteligencia Artificial de la UE o *Artificial Intelligence Act*, se puede encontrar un desarrollo pormenorizado de mi análisis en VILLALOBOS PORTALÉS, J. (2022). Implicaciones de la propuesta comunitaria de Ley de Inteligencia Artificial para la Defensa de la Competencia: ¿oportunidad o riesgo de un «invierno legislativo»? *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC)*, (pp. 233-256). Cizur Menor: Aranzadi.

razonamientos lógicos de sus comentarios. El profesor, en tal caso, tendría acceso a una plataforma, donde subiría el archivo para comprobar el caso de *artificial ghoststudent* presente en el contenido, este le advertiría (supongamos en esta hipótesis) que la redacción coincide en un 93% con un contenido generado por la IA «X», perteneciente a la empresa «Y» y dicho contenido fue creado en tal fecha y hora. Con esta prueba, el profesor podrá tanto suspender la tarea, como tomar las debidas medidas en los casos de plagio de un trabajo. Podrá realizarlo con cierta tranquilidad de contar con una evidencia y prueba de tal calibre a sus espaldas.

Este ejemplo que se menciona no resulta para nada descabellado, es más, se puede realizar actualmente con programas tales como el *Chatbot GPT-3* de la empresa OpenAI. Dicha IA solo requiere un comando, esto es, una frase que determine lo que se le requiere. Esta semejanza se podría extrapolar a la obra por encargo, ya que se encuentra un ejecutor, que sería la IA, de un trabajo, el requerido por el usuario. Sin embargo, tal y como se ha comentado sobre la originalidad, este requisito persiste también en este tipo de obras. Por tanto, si la obra que se encarga realizar reúne requisitos de creatividad y originalidad frutos del ingenio (o previsiblemente exigibles del fruto de un esfuerzo creativo) por parte de quien ejecuta la obra encomendada, emergen derechos de autor para quien lo ejecuta. Con esto, para no entrar en la disposición de una autoría en el sentido afirmativo, se puede enunciar como se viene haciendo en un sentido negativo que, si una obra en dichas condiciones puede ser sujeto de derechos de autor por un sujeto distinto al usuario que requiere la obra, esto significa también, en un sentido inverso, que el usuario no se puede apropiar de la autoría de dicha obra, pues no resulta ser fruto de su ingenio ni de su esfuerzo creativo. Esto debido a que el usuario, en este caso, el alumno sólo aporta la idea, la cual por muy original que se presente, no escapa de ser una idea, cuando lo que se protege en la Propiedad Intelectual es la ejecución de las ideas, pero no las ideas en sí, meramente.

Así, queda claro que se está ante un tipo de obra similar al tipo de obra por encargo (en inglés, *Work Made For Hire*, cuya propuesta ha sido

ampliamente acogida en la doctrina anglosajona<sup>320</sup>). Con esta propuesta, la cual no significa determinar una autoría de la IA sobre la obra, sino que, al menos, el alumno no es autor de dicha obra con independencia de su autoría, se consigue ofrecer una herramienta para el profesorado ante situaciones de plagio y uso de la IA como *artificial ghoststudent*.

#### 4. RESULTADOS

Aunque todavía la ejecución práctica de esta idea no se ha podido llevar a cabo, pues no se ha dispuesto (como razonablemente cabe esperarse) de los medios necesarios para ello, sí que se puede evidenciar algunos resultados en cuanto a experimento teórico se refiere. Los principales resultados que se pueden extraer de la siguiente propuesta tal y como se ha ido planteando serían los siguientes:

1. Existe una evidencia palpable y urgente de fácil disposición de sistemas de IA como herramientas para la creación de obras perfectamente protegibles por los derechos de autor.
2. Estos sistemas de IA pueden tener una utilidad espuria dentro del ámbito educativo y académico por parte del alumnado para la realización de sus tareas encomendadas por parte de estas IAs.
3. Dicho escenario se puede denominar *artificial ghoststudent*, donde el profesorado se encuentra totalmente indefenso y sin medios materiales para detectar *iuris tantum* la ejecución de tal práctica.
4. Esta propuesta permite ofrecer una vía pragmática para la detección del *artificial ghoststudent* en tales casos, inspirándose en los elementos de falta de originalidad y autoría por parte del alumnado, plagio y actos desleales. Todo sin ahondar en el

---

<sup>320</sup> YANISKY-RAVID, S. (2017). Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3<sup>rd</sup> Era: The Human-like Authors Are Already Here: A New Model. *Mich. St. L. Rev.*, 659(4). 659-726. University of Michigan.

complejo debate sobre la autoría de la obra creada en un sentido afirmativo.

Todos estos resultados se han tratado de manera pormenorizada en la metodología que se ha explicado, donde prevalece el desarrollo teórico en cuanto a la propuesta. Al menos, queda constatado y evidenciado un problema real y acaecido: el escenario de *artificial ghoststudent*.

## 5. DISCUSIÓN

Las principales controversias que han emergido sobre la propuesta que se plantea se han centrado en dos líneas. Primera, una teórica: ¿resulta factible la puesta en práctica de la plataforma sin una regulación dentro de la Propiedad Intelectual? De ser así, ¿es necesaria o solo complementaria su regulación desde la PI? Segunda, una práctica: ¿resulta viable material y económicamente la propuesta?

## 6. CONCLUSIONES

Las conclusiones han sido positivas. Primero, se ha concluido que el problema en cuanto al *artificial ghoststudent* se evidencia de manera solvente, tanto para la actualidad como, sobre todo, en el futuro reciente. Segundo, la propuesta ofrece una solución viable en un plano teórico y práctico ante el problema. Tercero, en términos materiales y económicos resulta viable, ya que existen antecedentes como son las plataformas antiplagio que se usan para su detección en los Trabajos Finales de Grado, Máster o Doctorado.

## 7. REFERENCIAS

- Carrasco Perea, Á. & del Estal Sastre, R. (2017). Capítulo I: Sujetos. Artículos 5º-7º. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual. Madrid: Tecnos.
- Fernández Carballo-Calero, P. (2017). Artículo 9. Obra compuesta e independiente. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fernández Carballo-Calero, P. (2021). La Propiedad Intelectual de las obras creadas por Inteligencia Artificial. Cizur Menor: Aranzadi.

- Plaza Penadés, J. (2017). Artículo 2. Contenido. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Tapia, J. M. (2009). Libro I: De los Derechos de Autor. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual. Cizur Menor: Aranzadi.
- Rodríguez Tapia, J. M. (2009). Título II: Sujeto, objeto y contenido. Capítulo I: sujetos. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual. Cizur Menor: Aranzadi.
- Villalobos Portalés, J. (2020). ¿Nacerá un robot Cervantes? El robot inteligente como sujeto de Derecho, perspectiva Transhumanismo-Queer. Revista Calmécac, (22), 2020, 56-63. Universidad Valle de Puebla.
- Villalobos Portalés, J. (2021). La inteligencia artificial como gato de Schrödinger en el arte: ¿objeto y sujeto de derecho?. Naturaleza y Libertad: Revista de estudios interdisciplinarios, (15), 165-182. Universidad de Málaga.
- Villalobos Portalés, J. (2022). La autoría de la inteligencia artificial en el derecho español. Revista Justicia & Derecho, 5(1), 1-19. Universidad Autónoma de Chile.
- Villalobos Portalés, J. (2022). Implicaciones de la propuesta comunitaria de Ley de Inteligencia Artificial para la Defensa de la Competencia: ¿oportunidad o riesgo de un «invierno legislativo»? Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC), (pp. 233-256). Cizur Menor: Aranzadi.
- Villalobos Portalés, J. (2022). La creatividad algorítmica frente a la titularidad de los derechos de autor. La aplicación del Derecho de la competencia en la economía de los datos, (249-288). Cizur Menor: Aranzadi.
- Yanisky-Ravid, S. (2017). Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3<sup>a</sup> Era: The Human-like Authors Are Already Here: A New Model. Mich, St. L. Rev., 659(4). 659-726. University of Michigan.

# LA EFICIENCIA DE LA INNOVACIÓN TECNOLOGÍA EN LA INDUSTRIA DE AUTOPARTES PLÁSTICAS EN MÉXICO

---

ANABEL MARTÍNEZ GUZMÁN  
*Tecnológico de Estudios Superiores de Coacalco/  
Tecnológico Nacional de México*

## 1. INTRODUCCIÓN

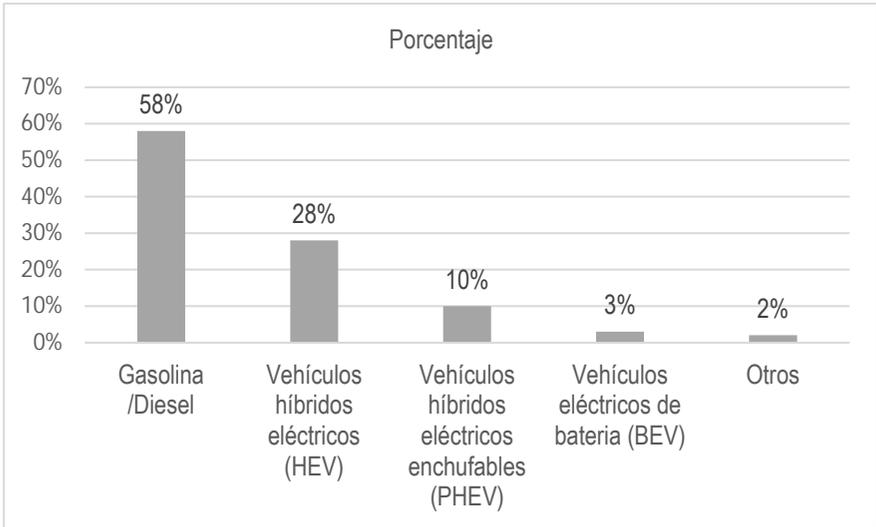
Desde la implementación del Protocolo de Kioto y los Acuerdos de Copenhague y París, las empresas y los consumidores se están comprometiendo a la reducción de las emisiones de CO<sub>2</sub>. Los países desarrollados y en desarrollo establecieron sus propios objetivos de protección ambiental y se comprometieron a elaborar e implementar políticas ambientales de acuerdo con sus necesidades. En el caso de la industria automotriz y, por consiguiente, la industria de autopartes, cada país productor se comprometió a reducir en sus procesos productivos entre un 20 al 45% de sus niveles de CO<sub>2</sub> con respecto a los niveles declarados en 2020 (Noda, 2020). México ratificó en ese mismo año, reducir en 22% sus Gases de Efecto Invernadero (GEI) y en 51% el Carbono Negro (CN), en tanto que sería posible aumentar la emisión de estos hasta un 36% de GEI y 70% de CN, siempre y cuando este condicionado al periodo de transición de los procesos de transferencia de tecnología y financiamiento para la adquisición de alta tecnología (Shigeta y Hosseini, 2021).

La industria automotriz tiene el reto de ajustarse a las políticas internacionales de conservación de energía y protección del medio ambiente y/o la sostenibilidad desarrollo. En este punto, la base tecnológica del sector está encaminado a la conservación de los recursos energéticos, implementando la economía circular, y la mitigación del cambio climático y sus impactos (Deloitte, 2022).

La tendencia del consumo interno de automóviles en México de acuerdo con una investigación elaborada por Deloitte en 2022 resalta que el cambio en la disposición a pagar por tecnologías avanzadas sigue siendo limitada en el caso de México, por ejemplo el 58% de los consumidores entrevistados en esta investigación, destacan que siguen prefiriendo vehículos con motor de gasolina/Diesel, el estudio concluye que el interés en los vehículos eléctricos por los mexicanos está impulsado por menores costos de funcionamiento y una mejor experiencia.

**FIGURA 1**

*Tipo de motor seleccionado cuando compre su u próximo vehículo*



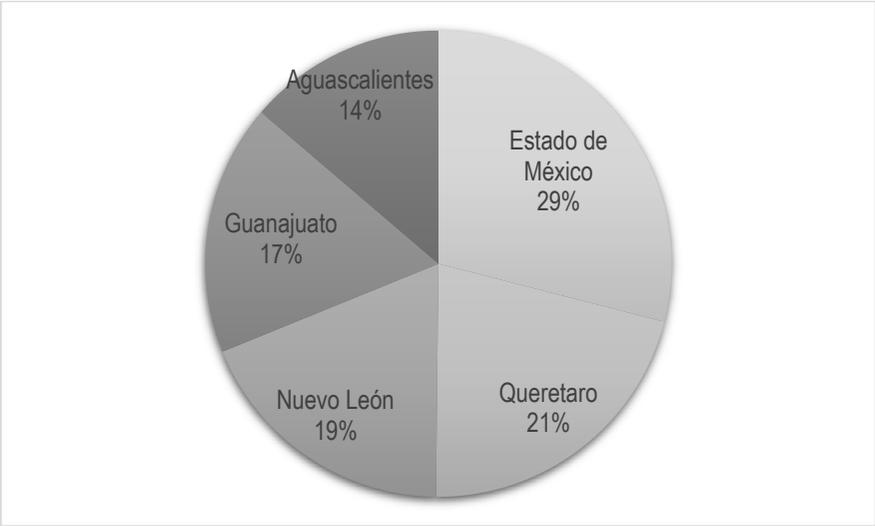
Nota: P25. ¿Qué tipo de motor preferiría para su próximo vehículo? Tamaño de la muestra: n=902, Elaborado con datos de Deloitte (2022).

La política ambiental adoptada por el gobierno de Andrés Manuel López Obrador no parece promover claramente incentivos para la adopción de energías renovables, no obstante, esto no ha mermado los niveles de inversión productiva destinada al sector automotriz, de hecho, se registraron 1,220.65 millones de dólares en el tercer trimestre del 2022, 75% más respecto a al mismo trimestre en el 2021 (Directorio Automotriz, 2022). Con relación al total de proyectos de inversión realizados se registraron 45 provenientes de 17 países de origen, se destaca que 32 de

ellos se concentraron en el sector de autopartes (niveles Tier 1, 2 y 3), de acuerdo con la Figura 2, es el Estado de México que registro el 29% de estos proyectos de inversión. Es importante mencionar que solo tres de 3 proyectos caen en la categoría de bioplásticos y poliuretano y uno asociado a llantas.

**FIGURA 2**

*Tipo de motor seleccionado cuando compre su u próximo vehículo*



Fuente: Elaborado con datos del Directorio Automotriz, (2022, páginas 3-5).

Si bien él lo que puede afectar a los niveles de inversión requeridos por la industria automotriz, lo que se contrapone con las metas de neutralidad de CO2 que se han fijado como meta algunas empresas productoras, por ejemplo, General Motors y Nissan han declarado una reducción de C02 del 50% del total en 2030 (Malmodin y Bergmark, 2015).

La Asociación Mexicana de la Industria de Automotriz (AMIA) ha sugerido en diversos foros la necesidad de promover una política de electromovilidad en el país y promoción al consumo interno, esto sería un incentivo para que se introduzcan al mercado nacional vehículos electrificados tales como los Híbridos Eléctricos, Híbridos Eléctricos Conectables, Eléctricos y de Celda de Hidrógeno (Alianza Automotriz.,

2022). Para que la industria automovilística mexicana logre esta transición es necesario que acelere su transición desde la producción de vehículos con motores de combustión interna a la producción de electricidad vehículos eléctricos (eléctricos de batería) y vehículos eléctricos híbridos enchufables tal y como lo hizo la industria productiva en Europa y en China. Pavlínek (2022) resalta la importancia de esta transición para poder realizar la adopción de los estrictos límites de emisión de CO<sub>2</sub> en los vehículos de nueva producción y de circulación en los últimos años de acuerdo con las regulaciones establecidas por la Comisión Europea, pues los fabricantes de automóviles no podrían cumplir con estos estándares de emisión de CO<sub>2</sub> con las tecnologías basadas en energías fósiles.

El panorama para la industria automotriz en México para el año 2023 se enfrentará a dos problemas centrales: el primero asociado a la continuación de consultas relativas a las reglas de origen de la industria automotriz a petición de Canadá y México y las relativas a materia energética asociadas el T-MEC y solicitadas por Estados Unidos y Canadá y el segundo relativas a las diferentes estrategias que ha generado el sector para hacer frente a la crisis del COVID-19 y el conflicto bélico entre Rusia y Ucrania, que ha favorecido al desabasto de los semiconductores (Pennisi, 2022).

La transición de la industria automotriz de automóviles fósil a vehículos eléctricos deberá ser acelerado para el caso mexicano y a esto se suma la desventaja de ser un país con una baja inversión en investigación y desarrollo (I+D) pues representa apenas el 0.1% del Producto Interno Bruto (PIB). México juega un papel secundario al no tener ingeniería y desarrollo de un automóvil completo, si comparamos México con China, es posible darse cuenta el primero no ha sido capaz de producir su propia marca de automóvil ni se destaca por tener políticas públicas de innovación tecnológica exitosas en el sector que fortalezcan la cadena de autopartes automotriz y en específico la de autopartes. China paso de ser el noveno productor mundial de autos ligeros en el año 2000 con una producción de 1.9 millones, al primer lugar para el decenio de 2010 al 2020 con una producción de 16.8 millones de unidades promedio anual. Para el 2021 se mantuvo en ese lugar con una producción de 16 millones de

autos. A diferencia de China, México, solo subió dos niveles, al pasar del octavo al sexto lugar (paso de 3 a 2.0 millones de autos en el mismo periodo 2020) y en 2021 se mantuvo en el séptimo lugar (Industria Nacional de Autopartes A.C., 2022).

### 1.1. INNOVACIONES TECNOLÓGICAS EN LA INDUSTRIA DE AUTOPARTES PLÁSTICAS

A nivel internacional, en la última década de siglo XXI la mezcla de polímero ha incrementado su aplicación en la producción de autopartes, pues han mejorado la resistencia estructural y su impacto ante las variaciones de la temperatura, son resistentes a la corrosión y más ligeros que los metales, lo que le ahorra combustible y, se reduce el costo a los productores.

Con relación a la cadena global de suministro de la industria automotriz ha proyectado una inversión de 103,927 millones de dólares en 2024 y reducir en un 25% el consumo de agua y energía en el proceso de fabricación de autopartes en Europa y los Estados Unidos de América automotriz se renueve e intente aumentar la recuperación de vida útil del vehículo, reduciendo los residuos y con ello ofrecer un comportamiento medioambiental sano (Alianza Automotriz., 2022).

La Industria Nacional de Autopartes (INA) en México reportó a finales del 2022 un monto por \$41,000 millones de dólares de importaciones de piezas plásticas como, asientos, motores de combustión, partes troqueladas, arneses, entre otros (Directorio Automotriz, 2022). Las autopartes principales como sistemas de frenos, asientos, cinturones de seguridad, llantas, vidrios, retrovisores, bombas, entre otros, tendrán que incrementar su VCR iniciando con 62.5% en 2020; 65% en 2021; 67.5% en 2022 y 70% en 2023 respectivamente (Velásquez, 2020).

Para el caso de los motores, transmisiones, chasis, sistema de suspensión, baterías, sistema de dirección, ejes, entre otros, tendrán un proceso gradual en particular los vehículos ligeros que se comenzó con 66% el 1 de julio de 2020, y finalizará con 75% en 2023 (Deloitte, 2020). Por último, en el caso de los componentes complementarios como cerraduras, motores eléctricos, válvulas, sistemas de sonido, entre otros, el VCR

comenzará en 62% con la entrada en vigor del T-MEC e irá aumentando paulatinamente un punto porcentual hasta llegar a 65% en 2023. Tanto México como Canadá quieren aprovechar las reglas de origen establecen un VCL del 40%, esto significa que ese mismo porcentaje deberá producirse con capital de los socios comerciales (Velásquez, 2020).

Con relación a producción de vehículos electrificados, requeridos actualmente por el mercado europeo, México produjo en 2021, 58,292 representando apenas el 2% de la producción total de vehículos ligeros (3,028,481 unidades) en ese mismo lapso. Referente al mercado interno, se vendieron solo 47,079 vehículos electrificados, 4.6% de las ventas totales de vehículos ligeros en el país considera para tener una eficiente estrategia de transición a la electromovilidad (Asociación Mexicana de la Industria Automotriz, 2022). México debería contar, con los mecanismos que incentiven la producción de vehículos electrificados en nuestro país, sino también para fomentar el consumo de estos en el mercado interno y medidas que garanticen la adopción de vehículos electrificados tales como los Híbridos Eléctricos, Híbridos Eléctricos Conectables, Eléctricos y de Celda de Hidrógeno.

La alta tecnología o high-tech está definida por Brookings Institution y el Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE por sus siglas en inglés) como el cúmulo de procesos, productos o servicios que representan la tecnología más avanzada disponible en un campo determinado. En el caso de las empresas automotrices las empresas que utilizan estas tecnologías pueden estar vinculadas con grandes corporaciones globales, empresas subsidiarias hasta startups locales vinculadas con la tecnología disruptiva y los centros de I + D, integrados en un ecosistema que se destaca por sus avances científicos, desarrollo de software y tecnologías en la nube, utilización de inteligencia artificial, robótica, ingeniería y fabricación de metamateriales compuestos, entre otros.

Los avances tecnológicos que presentan las empresas de autopartes se asocian con los procesos de automatización, conducción autónoma, conectividad y electrificación. La industria de moldes y su diseño es el sector industrial que más se ha desarrollado en México en particular las fundiciones de aluminio e inyección de plástico, pero el 95% de los moldes se compran en el extranjero además de carecer de laboratorios que

puedan desarrollar y validar tecnología. El problema actual de la industria de autopartes en México se concentra en la falta de desarrollo de tecnología para ser proveedores TIER 1, con diseño de producto y de procesos de fabricación propios, en particular en los siguientes componentes: resinas plásticas para elaborar molduras, tableros etc., Aceros tratados para evitar la corrosión, moldes para fundición de aluminio e inyección de plástico entre otros componentes como: clutches, partes para motor equipo original y motores Diesel.

## 1.2. ANÁLISIS ENVOLVENTE DE DATOS

El Análisis Envolvente de Datos (DEA por sus siglas en inglés) es un método de apoyo a las decisiones basado en programación lineal para identificar funciones de producción empíricas. Estos modelos DEA se utilizan para medir la eficiencia relativa de un conjunto de unidades comparables, que pueden ser variables que permitan ser utilizadas como unidades de referencia para las unidades ineficientes. Este método intenta crear una especie de frontera de eficiencia considerando un conjunto de mejores prácticas observadas por las unidades de análisis.

Con relación a la importancia del método DEA una revisión bibliométrica realizada por Cavaigna y Petiot (2017) ellos encontraron 461 artículos que tratan sobre la aplicación del Análisis Envolvente de Datos en el sector del transporte (1989-2016). Pero proporciona una idea sobre las otras aplicaciones que tienen estos métodos en sectores como la educación, el sistema bancario, la salud y el sector de comunicaciones, entre otros destacando su utilización para medir la eficiencia tecnológica y productividad en temas emergentes como el medio ambiente, estudios en energía y finanzas (John S. Liu, 2013). En temas de eficiencia energética el análisis bibliográfico realizado por Abbas Mardani (2017) documentaron 144 investigaciones para el periodo de 2006 a 2015.

La transferencia de tecnología y su eficiencia en las empresas es un tema que al medirse permite evidenciar las características que deberían poseer las organizaciones y les facilita la utilización de los insumos para producir los productos esperados a un costo menor. DEA es una metodología que establece una frontera eficiente con aquellas observaciones que muestran un mejor desempeño medido en términos relativos; pues se

consideran elementos que aquellos atributos catalogados como ineficientes, trata de conocer las razones que pueden explicar su bajo rendimiento y estableciendo de eficiencia para cada unidad catalogada como ineficiente.

Este trabajo busca identificar la frontera de eficiencia a partir de una muestra de empresas de autopartes plásticas que existen en México comparándolas por clústeres industriales aplicando este método de análisis cuantitativo.

### 1.3. EFICIENCIA ECONÓMICA

La eficiencia en su sentido económico de acuerdo con Zamora-Torres y Favila Tello (2019) nos remiten a la idea de la capacidad de las entidades para conseguir su máxima producción posible, a partir de una cantidad limitada de insumos. Al ser un indicador productivo, las organizaciones buscan obtener valores altos que se relaciona con un mejor aprovechamiento de los recursos invertidos, lo que deriva de la maximización de los beneficios y por consiguiente una disminución de los costos. Los análisis de eficiencia están asociados a los modelos DEA, sus autores Charnes A. y Rhodes E. (1978), presupone la existencia de rendimientos constantes de escala (CRS). Este método busca establecer una relación entre empresas de una muestra pueden crear una superficie envolvente denominada frontera de producción eficiente. Esto se hace a través de medir la distancia radial de una empresa hacia la frontera, lo que permite medir su eficiencia (de la empresa ejemplo). La eficiencia de las empresas que se toman como muestra se obtiene de una suma ponderada de inputs con la de outputs de cada unidad de decisión abreviadas como (DMU), se trata de un modelo de optimización lineal para calcular las ponderaciones que utiliza el siguiente problema de maximización:

$$\text{Max}_{u, v} \quad h_o = \frac{\sum_{r=1}^s U_r \cdot Y_{ro}}{\sum_{i=1}^m V_i \cdot X_{io}} \quad (\text{Ecuación.1})$$

$$\begin{aligned} S.A.: \\ \frac{\sum_{r=1}^s U_r \cdot Y_{rj}}{\sum_{i=1}^m V_i \cdot X_{ij}} &\leq 1 \quad \forall j : 1 \dots n \\ U_r, V_i &\geq 0 \quad \forall r : 1 \dots s \quad \forall i : 1 \dots m \end{aligned}$$

donde:

$h_o$ : función objetivo. Medida de la eficiencia.

$Y_{rj}$ : output  $i$ -ésimo de la DMU  $j$ -ésima.

$X_{ij}$ : input  $i$ -ésimo de la DMU  $j$ -ésima.

$V_i, U_r$ : ponderaciones de inputs y outputs respectivamente (soluciones del programa).

Como puede observarse la función objetivo ( $h_o$ ) es la ratio de eficiencia de la unidad comparada (la  $o$ ) y su maximización está sujeta a que ninguna ratio de eficiencia supere la unidad. Donde el numerador de  $h_o$  es una suma ponderada de outputs y el denominador de inputs, lo cual implica que proporciona una medida de la cantidad de outputs generada por unidad de inputs de las DMUs.

## 2. OBJETIVO

Identificar la eficiencia productiva del sector de autopartes plásticas en México.

### 3. METODOLOGÍA

La información utilizada para esta investigación fue de tipo secundaria. En una etapa posterior deseamos continuar esta investigación con información de tipo primaria. Se adaptó la metodología utilizada para Rodríguez-Espíndola, y otros (2022) el enfoque usado por estos investigadores agrupó variables obtenidas por un cuestionario agrupado entorno, al tema de la economía circular (EC) y fue aplicada a pequeñas y medianas empresas en México en el año 2020.

Las empresas agrupadas perteneces a diferentes clústeres regionales, solicitamos ayuda a algunos directores generales y líderes de los clústeres de la industria automotriz pero no obtuvimos la respuesta esperada, por lo menos no es tan representativa como los son los datos de fuentes secundarias utilizada como fue los datos del Directorio de la Industria Automotriz. Las variables fueron agrupadas como se indica:

- Gestión de la presión de los clientes (requerimientos asociados a la cadena de suministro global).
- Gestión de la información (análisis de datos, e incertidumbre en el mercado vinculada con los requerimientos de los proveedores).
- Gestión del apoyo de gobierno que involucra a los factores externos que posiblemente impacten a la economía circular en el sector autopartista.
- Gestión de la innovación tecnológica. Se agrupa información que incluye la adopción de plataformas digitales y softwares, así como políticas internas de las empresas vinculada a la innovación orientada a la sostenibilidad y desempeño ambiental que busque medirá la reducción de CO2 y uso de insumos amigables con el ambiente (bioplástico y grafeno).

Es importante mencionar que el concepto de eficiencia en las empresas que integran una cadena de suministro conlleva a la inclusión de diversas variables tales como: uso de tecnología incluida la Big data, la terciarización e indicadores de capital humano. Por otra parte, en el sector

logístico se establece una clara diferencia entre eficiencia y eficacia, mientras la primera tiene más sentido para el productor, la eficacia tiene más peso para el que contrata un servicio o compra un bien, porque al cliente le interesa que la mercancía llegué a tiempo y forma Desde un punto de vista económica la eficiencia tiene que ver con la reducción de costos. En la Tabla 1, solo incluimos los indicadores para los cuales logramos obtener una suma ponderada anual.

**TABLA 1.** *Medidas de desempeño de las empresas autopartistas*

<b>Grupos de variables</b>	<b>Medidas financieras</b>	<b>Medidas normativas</b>
1. Gestión de la presión de los clientes	Clientes hora / Número trabajadores	Cumplimiento de normas ISO u otro tipo de regulaciones
	Ventas/Requerimientos	
2. Gestión de la información		Página web, pertenencia al clúster industrial y/0 a las asociaciones o cámaras empresariales
3. Gestión del apoyo de gobierno	Número de proyectos productivos financiados con instituciones académicas nacionales	
4. Gestión de la innovación tecnológica	Inversión productiva de alta tecnología (pesos/dólar), superficie construida, número de empleos generados nuevos	

Fuente: elaboración propia

Se cotejaron las empresas del Directorio de Industria Automotriz con el total de empresas de autopartes registradas en Directorio Estadístico Nacional de Unidades Económicas (DENUE); se seleccionaron las empresas pertenecientes a la rama censal 326192 Fabricación de autopartes de plástico con y sin reforzamiento, dando un total de 511 empresas en todo el país (Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), 2022). Se clasificaron por regiones respetando la sugerida por la secretaria de Economía y fueron:

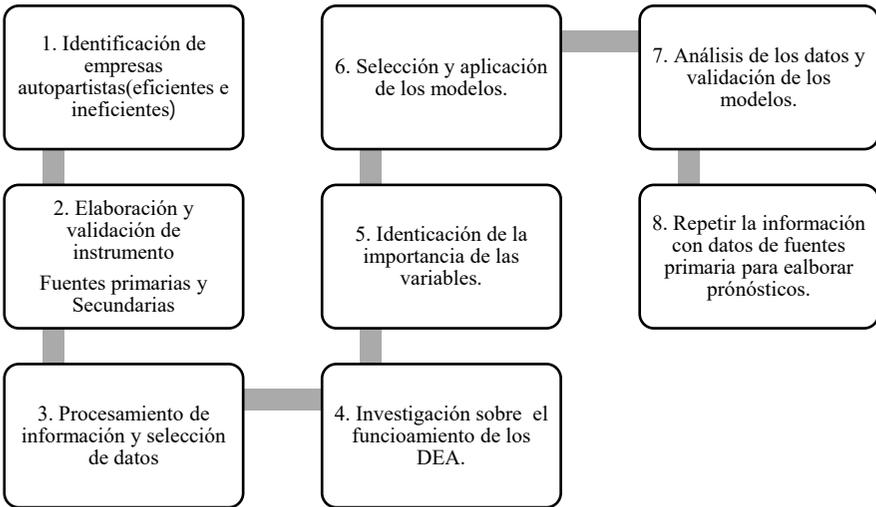
- Región noroeste (Baja California, Baja California Sur, Sonora, Sinaloa y Durango): 70 plantas de autopartes fabricantes de sistemas de aire acondicionado y calefacción, componentes de interiores, accesorios y sistemas eléctricos para automóviles, entre otros.

- Región noreste (Coahuila, Chihuahua, Nuevo León y Tamaulipas): 198 plantas de autopartes, sistemas automotrices, autopartes plásticas, partes para el sistema eléctrico, motores y maquinados.
- Región centro (Aguascalientes, San Luis Potosí, Querétaro, Jalisco y Guanajuato): 142 empresas de autopartes, componentes eléctricos, freno, productos de hule, partes para motor Diesel y transmisiones.
- Región sureste (Estado de México, Ciudad de México, Morelos, Veracruz, Tlaxcala, Yucatán, Puebla e Hidalgo): 101 plantas de autopartes que producen asientos, aire acondicionado, gatos hidráulicos tipo botella, partes para motor Diesel y eléctricos.

El total de empresas seleccionados y tomadas como muestra de estudio fueron 47, estas empresas se seleccionaron porque durante 2021 y hasta septiembre del 2022 realizaron alguna inversión productiva clasificada como alta tecnología. La demanda de requerimientos de las cadenas de suministro fue posible obtenerla mediante la compilación de los requerimientos que se publican periódicamente a sus agremiados en el sitio web del Directorio Automotriz (2022).

En la figura 3 se ilustra el proceso seguido para la clasificación de las empresas en eficientes y no eficientes partiendo de los indicadores que se pudieron recopilar y que se indicaron en la tabla 1.

**FIGURA 3. PROCESO SEGUIDO PARA CLASIFICAR Y PREDECIR EMPRESAS EFICIENTES Y NO EFICIENTES**



Seguidamente se estableció la estructura DEA con las variables asociadas a los grupos definidos como: gestión de la presión de los clientes, gestión de la información, gestión del apoyo de gobierno y por último gestión de la innovación tecnológica. Con estas variables se clasificaron las empresas como eficientes y no eficientes, utilizando el método de análisis envolvente de datos para conocer la viabilidad económica que pueden representar la adopción de alta tecnología en las empresas de autopartes plásticas.

#### 4. RESULTADOS

Nuestra muestra de empresas de autopartes plásticas comprenden 47, los periodos analizados son 2021 y 2022, la Tabla 2 resume el número de empresas eficientes e ineficientes por región y aquellas que se alejan de la frontera en los dos periodos. Se puede concluir que el número de empresas de autopartes plásticas aumentó en 2022 y que el número de empresas que se aproximan a la frontera (se vuelven más eficientes) fue superior con relación a los que se alejan a la misma (disminuyen su eficiencia). Se verifica que el número de empresas de autopartes plásticas

en los dos periodos es aproximadamente el mismo en la región Noroeste y Sureste del país, en tanto que se presenta un pequeño aumento en la región Centro y Noreste. Hay 7 empresas que se mantienen en la frontera, pero llama la atención que la eficiencia media de las unidades ineficientes aumentó debido a que el número de empresas que se acercaron a la frontera fue inferior a las que se alejaron.

**TABLA 2.** Resumen de resultados

	2021				2022			
	Noroeste	Noreste	Centro	Sureste	Noroeste	Noreste	Centro	Sureste
Eficientes	6	5	6	1	6	7	8	1
Ineficientes	7	9	9	4	7	7	7	4
Empresas que se mantienen en la frontera	6				7			
Empresas que se aproximan a la frontera	7				7			
Empresas que se alejan de la frontera	17				18			

Fuente: elaboración propia

La Tabla 3 incluye las medidas de eficiencia por grupo de variables y región. Se aprecia que la región Noreste es la más eficiente en tanto que la región sureste es la que presenta menor eficiencia. El único grupo de variables que no se incluyó en el análisis fue el 3. Gestión de apoyo gubernamental. La razón es que solo conseguimos tres observaciones para un año y el análisis de componentes principales realizado en SPSS versión 14 nos sugirió eliminar ese factor.

**TABLA 3.** Eficiencia por grupo de control y región

DMU	1. Gestión de la presión de los clientes	2. Gestión de la información	4. Gestión de la innovación tecnológica	Bootstrap Eficiencia	Ranking
Región Noreste	0.8667	0.862	0.8951	0.8338	1
Región Noroeste	0.767	0.783	0.787	0.617	2
Región Centro	0.737	0.753	0.8352	0.64667	3
Región Sur	0.617	0.6681	0.6832	0.5543	4

Fuente: elaboración propia

## 5. CONCLUSIONES

Nuestros resultados informan sobre las características estándar de eficiencia en empresas de autopartes plásticas, es importante mencionar que no fue posible obtener información de fuentes primarias por lo que no obtuvimos información del cómo ellas se van adaptando al cambio de tecnologías más limpias y sus costos de investigación y desarrollo pues existen al menos tres plantas que están innovando con grafeno y bioplásticos. Por otra parte, tampoco es clara la postura de las asociaciones sobre cómo van a participar en el cumplimiento de los compromisos de carbonización de la industria automotriz, es decir, solo aceptan lo que las OEM les solicitan y se ajustan a sus requerimientos. La otra incertidumbre que presenta el sector son los puntos que no se han resuelto en materia de reglas de origen del T-MEC y sueldos y salarios. Este trabajo pretende ser una primera aproximación para medir la eficiencia en el sector autopartista y ver la influencia que la inversión en alta tecnología propicia. Sin embargo, es importante mencionar que es casi inexistencia la innovación tecnológica en el sector de empresas nacionales, porque no existe una industria nacional de automóviles que favorezca la creación de una sola y solo responde a los requerimientos de la demanda internacional. También se debe trabajar en buscar variables que nos permitan medir la eficiencia y eficacia, considerando que se trata de una cadena de s en este tipo de empresas donde los factores externos vinculados a la cadena de suministra la necesidad de una revisión práctica en el proceso de transferencia tecnológica.

## 6. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

La autora desea agradecer al Tecnológico Nacional de México por el apoyo recibido para el proyecto titulado Economía Circular en la industria de autopartes plásticas, número de referencia clave 13607-22-PD

## 7. REFERENCIAS

- Abbas Mardani, E. K. (2017). A comprehensive review of data envelopment analysis (DEA) approach in energy efficiency. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 70, 1298-1322. doi:<https://doi.org/10.1016/j.rser.2016.12.030>.
- Alianza Automotriz. (23 de Junio de 2022). *AMIA impulsa la electromovilidad*. Obtenido de Alianza Automotriz: <https://alianzaautomotriz.com/amia-propone-firmar-acuerdo-con-el-gobierno-federal-a-favor-de-la-electromovilidad/>
- Asociacion Mexicana de la Industria Automotriz. (2022). *Reporte de Venta de Vehículos Ligeros Nuevos por Marca a Noviembre 2022*. (s/f). AMIA. Recuperado el 10 de *Reporte-de-venta-de-vehiculos-ligeros-nuevos-por-marca-a-noviembre-2022*. México: AMIA. Obtenido de <https://www.amia.com.mx/2022/12/12/reportes-de-venta-de-vehiculos-ligeros-nuevos-por-marca-a-noviembre-2022/>
- Automotriz, C. I. (2022). Directorio Automotriz. Obtenido de Directorio Automotriz: <https://www.directorioautomotriz.com.mx>
- Cavaigna, L., & Petiot, R. (2017). A quarter century of Data Envelopment Analysis applied to the. *Socio-Economic Planning Sciences*, 57, 84-96. doi:<https://doi.org/10.1016/j.seps.2016.11.003>.
- Charnes A., C. W., & Rhodes E., I. (1978). Measuring the efficiency of decision making units. *European Journal of Operations Research*, 2(6), 429-444. doi:[https://doi.org/10.1016/0377-2217\(78\)90138-8](https://doi.org/10.1016/0377-2217(78)90138-8)
- Deloitte. (January de 2022). *2022 Global Automotive Consumer Study*. Obtenido de <https://www2.deloitte.com/mx/es/pages/manufacturing/articles/estudio-consumidor-automotriz-2022.html>
- Deloitte. (2020). *Sector Automotriz los caminos frente al T-MEC*. Obtenido de <https://www2.deloitte.com/mx/es/pages/dnoticias/articles/sector-automotriz-frente-T-MEC.html>
- Directorio Automotriz. (17 de diciembre de 2022). *Inversión automotriz durante el 4to trimestre 2021*. Obtenido de <https://www.directorioautomotriz.com.mx/blog/detail/5>
- Directorio Automotriz. (2022). *Inversión Automotriz tercer trimestre 2022*. México: Cluster Industrial. Obtenido de <https://www.directorioautomotriz.com.mx/>

- Industria Nacional de Autopartes A.C. (junio de 2022). *Statistics Outlook*. México.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI). (noviembre de 2022). . (2014). *Directorio Nacional de Unidades Económicas (DENUE)*. Obtenido de <https://www.inegi.org.mx/app/mapa/denue/default.aspx>
- John S. Liu, L. Y.-M. (2013). A survey of DEA applications. *Omega*, 41(5), 893-902. doi:<https://doi.org/10.1016/j.omega.2012.11.004>.
- Malmodin, J., & Bergmark, P. (Septiembre de 2015). Exploring the effect of ICT solutions on GHG emissions in 2030. *Malmodin, J., & Bergmark, P. (2015, September). Explorin EnviroInfo and ICT for Sustainability*, págs. 37-46.
- Noda, T. (2020). Employee trust in management and mutual gains hypothesis in Japanese firms. *Journal of the Japanese and International Ecomies*, 55. doi:<https://doi.org/10.1016/j.jjie.2020.101062>
- Pavlínek, P. (2022). Transition of the automotive industry towards electric. *Empirica*, 1-39. doi:<https://doi.org/10.1007/s10663-022-09554-9>
- Pennisi, S. (2022). The Integrated Circuit Industry at a Crossroads: Threats and Opportunities. *Chips*, 150-171. doi:<https://doi.org/10.3390/chips1030010>
- Rodríguez-Espíndola, O., Cuevas-Romo, A., Chowdhury, S., Díaz-Acevedo, N., Albores, P., Despoudi, S. M., . . . Dey, P. (June de 2022). The role of circular economy principles and sustainable-oriented innovation to enhance social, economic and environmental performance: Evidence from Mexican SMEs. *International Journal of Production Economics*, 248, 1-18. doi:<https://doi.org/10.1016/j.ijpe.2022.108495>
- Shigeta, N., & Hosseini, S. E. (2021). Sustainable Development of the Automobile Industry in the United States, Europe, and Japan with Special Focus on the Vehicles. *Power Sources. Energies*, 14(78), 1-32. doi: <https://doi.org/10.3390/en14010078>
- Velásquez, S. O. (2020). La industria del acero en China y Estados Unidos en el siglo xxi: implicaciones para la industria mexicana del acero. En E. Dussel, *América Latina y el Caribe- China, Economía, comercio e inversión 2019* (págs. 207-239). México, México: Unión de Universidades de América Latina y el Caribe. Obtenido de Dussel, E., Coordinador, P., & Latina, A. (s/f). Economía, comercio <https://dusselpeters.com/154.pdf#page=209>
- Zamora-Torres, A. I., & Favila Tello, A. (2019). Innovación de los países miembros de la OCDE. Una aproximación a través del Análisis Envoltante de Datos Network Dinámico y el Análisis de Conglomerados Jerárquicos. *Zamora-Torres, A. I., & Favila Tello, A. (2019). Innovación de los países miembros de la OCDE. Una aproximación a través del AnáActa universitaria*, 29, 1-21. doi:<http://doi.org/10.15174/au.2019.2244>

## ANÁLISIS JURÍDICOHERMENEÚTICO SOBRE LA REGULACIÓN DE LAS REALIDADES AUMENTADAS Y META

---

JAVIER ANTONIO NISA AVILA  
*Universidad Nacional de Educación a Distancia*

### 1. INTRODUCCIÓN

El siglo XXI ha traído para el derecho nuevos retos acerca de cómo este debe evolucionar, regular y proteger nuevos derechos y realidades. El nacimiento de nuevas tecnologías como la Inteligencia Artificial, la robótica, el IOT e IORT así como el Metaverso y Realidades Aumentadas trae consigo un gran reto en materia jurídica. Por ello ahora es más que necesario reflexionar y abordar un nuevo momento jurídico donde toca elaborar nueva normativa, reinterpretar la actual y reelaborar revisiando parte del derecho natural a la luz de estos nuevos retos que traerán consigo una serie de nuevos paradigmas.

Para ello se concibe la hermenéutica jurídica como una actividad para la comprensión de textos jurídicos, que permite completar el sentido original de los mismos, en búsqueda del derecho y del juicio correcto, teniendo en cuenta el momento actual. Por medio de dicha labor, procuraremos una decisión o pronunciamiento esencialmente creativo, complementario y perfeccionador del Derecho que en este caso será a la luz de estos nuevos retos jurídicos.

La hermenéutica jurídica debe ser una herramienta clara de adaptación de las circunstancias y situaciones a los textos normativos superando de esa forma el concepto que la reflexión y estudio de la evolución del derecho es exclusiva o únicamente una mera aplicación técnica ligada a la idea de subsunción o una actividad procesal dirigida por un operador jurídico sin atención a experiencias, objetivos y necesidades reales.

Así no podemos olvidar la diversidad de perspectivas que cada norma jurídica debe ofrecer en su relación con un caso concreto previniendo la mal usada equivocidad del lenguaje jurídico en el que normalmente se diseña la norma.

El lenguaje de tipo legal o jurídico aplicado a servicios telemáticos para la regulación de sistemas metaversales o realidades aumentadas se debe supervisar a fondo. En la actualidad el lenguaje legal o jurídico se está diluyendo en aras de un lenguaje poco profesionalizado y sin perfeccionamiento jurídico ni afán didáctico hacia el usuario o los administrados. La desnaturalización del lenguaje de tipo legal o jurídico supone un problema, pues cualquier procedimiento jurídico, formulario o aclaración legal sobre un procedimiento o proceso administrativo no debe carecer de lenguaje legal. La actualidad va en contra de esta cuestión, pues estamos frente a una problemática origen y de tipo básico para la aplicación en cualquier campo legal o del derecho. El problema de una falta de naturalización lingüística aplicada al sector jurídico tiene una doble consecuencia. La primera de ella es la alfabetización promocionada por ese lenguaje caramelizado dando por sentado que no resulta necesario tener un lenguaje técnico y que este carece de importancia, o no le interesa al administrado. Por otro lado el segundo problema es la de virtualización de la naturaleza jurídica de los procedimientos, la falta de técnica en ellos, implica una inseguridad jurídica hacia el propio administrado. El carecimiento de un lenguaje jurídico técnico implica perder la naturaleza jurídica, pues un lenguaje técnico es necesario para ejecutar una serie de procedimientos regulados técnicamente. El hecho de simplificar no implica desnaturalizar como está sucediendo.

Asimismo todo ello se une a un tercer problema, la priorización de lenguaje asertivo en contra de un lenguaje jurídico simplificado pero profesionalizado en materia de navegabilidad aplicabilidad respecto al uso de plataformas y sus usuarios que interactúan en esas plataformas. La administración está optando por sustituir el lenguaje técnico, el cual se puede simplificar sin perder el trasfondo técnico, por otro lenguaje asertivo que parte hacia un objetivo vinculado a generar una navegabilidad agradable y sencilla dejando el objetivo de esa navegabilidad en un segundo plano. Prima más que una aplicación sea sencilla y agradable a

que cumpla con los objetivos jurídicos que implica su uso. Todo ello debido a que se entiende que el usuario administrado que la va a usar no va a tener capacidad de entender su propia lengua, pero en una vertiente algo técnica.

El lenguaje es necesario en una rama técnica, sino se pierden parte o el completo deber al que se encamina ese campo tecnificado.

Por esa razón el uso del lenguaje legal en contraste a las necesidades jurídicas existentes actualmente en la realidad deberían de transmitir las posibles consecuencias a medio y largo plazo respecto a cómo la administración electrónica es importante para el desarrollo de las realidades meta y las realidades aumentadas. De esa forma se debe buscar una posible solución analizando la posibilidad de un uso de un lenguaje de tipo legal o jurídico menos tecnificado pero sin edulcorarlo de forma que desnaturalice la esencia misma legal.

Así mediante el presente trabajo se pretende reflexionar acerca de las necesidades de sentar las bases para la futura elaboración de normativa que regule sistemas Meta, Inteligencia Artificial o tecnologías hápticas como pilares básicos donde se asientan todo tipo de nuevos retos jurídicos a regular.

Para ello podemos hablar acerca del concepto de tecnología esférica es una asociación equivalente a la economía circular en el ámbito económico tecnológico. La tecnología esférica sería el equivalente para este supuesto de hecho, puesto que la complejidad de oportunidades que se presentan para stakeholders y desarrolladores es un puente económico entrelazado a las empresas gestoras de las realidades meta. Así unas se retroalimentan sobre otras como una esfera (Hackl, 2022)

En materia de telecomunicaciones las capacidades de transmisión en todo su arco tecnológico referido tendrá que ser redimensionado e ir redimensionándose a tiempo real para ofrecer de forma maximizada soluciones de uso adecuado para las experiencias meta. Para poder contextualizar correctamente dicho redimensionamiento económico estamos hablando que el valor estimado proyectado de crecimiento del mercado de Gafas de Realidad Aumentada está valorado en la actualidad en 7 billones de dólares anuales y se estima que para 2030 solo este sector

aumentará su valor de crecimiento económico a 157 billones de dólares anuales (Sellers et al., 2021).

Pero todo esto este futuro respecto al metaverso y las realidades aumentadas se encontrará funcionando jurídicamente y avalado gracias a la tecnología blockchain. La tecnología blockchain o de registro distribuido funcionará principalmente como un sistema de certificación descentralizado, aunque sin control gubernamental de ningún tipo, donde a través de un sistema de registro distribuido mediante cadenas de bloques donde se presupone que una transacción, activo financiero, valor económico de criptoactivos o NFT es lo que el bloque indica que es se certificará que el propietario de la misma es cierta entidad o persona. No podemos olvidar la refutabilidad teórica, sin la cual una teoría o práctica científica no puede considerarse como válida. Aquí también como hemos indicado tenemos que citar a las NFT donde gracias al blockchain se podrá ofrecer una infraestructura estandarizada donde poder tokenizar objetos digitales creando sus propias huellas digitales de forma que respecto a dichos tokens se pueda identificar quien es el propietario e intercambiar, compartir o vender digitalmente (Christodoulou et al., 2022).

Por ello, la metodología empleada está basada en la investigación analítica. Por ello, el desarrollo que se va a presentar a continuación se basa en una investigación jurídico-proyectista con naturaleza propositiva y bajo un sistema que emplea fundamentalmente un método inductivo-comprensivo con diferentes momentos en los que se usará una metodología hipotético-deductiva para la exposición del nuevo marco teórico acorde a la propuesta teniendo en cuenta la respuesta al paradigma actual. Asimismo, se propondrá la ejecución de un análisis metodológico proponga un nuevo paradigma jurídico al amparo de un análisis de los datos respecto a la génesis teórica en perspectiva al objetivo a proteger.

## 2. OBJETIVOS

Para realizar esta investigación se ha dividido la investigación en tres objetivos bien diferenciados. El primero sobre la definición conceptual del proceso de aplicación de la concepción de la hermenéutica a los textos legales, el metaverso, las realidades aumentadas y su definición técnica.

El segundo sobre cómo pueden ayudar la hermenéutica a la comprensión legislativa y la elaboración legislativa respecto al proceso de metaversalización social y los procesos de tokenización. El tercero sobre como evaluar legalmente el riesgo de la falta de comprensión de los textos legales a la aplicabilidad de la normativa respecto a las realidades meta y las realidades aumentadas o mixtas en perspectiva a la realidad natural y su actual estatus jurídico de protección.

Respecto el primer objetivo en referencia a la definición conceptual del proceso de aplicación de la concepción de la hermenéutica a los textos legales, el metaverso, las realidades aumentadas y su definición técnica vamos a realizar una conceptualización de cada una de estas cuestiones desde un acercamiento técnico y legal. La imbricación de los procesos legales en referencia a la protección de la comprensión de textos jurídicos desde la perspectiva en ámbitos lingüísticos y la necesidad a ser analizada para alcanzar una correcta técnica legislativa de elaboración normativa altamente tecnificada.

En referencia al segundo de los objetivos que no es otro que de qué forma pueden ayudar la hermenéutica a la comprensión legislativa y la elaboración legislativa respecto al proceso de metaversalización social y los procesos de tokenización, vamos a realizar un análisis acerca de cómo los procesos de tokenización afectan a los derechos en general y sus técnicas de elaboración legislativa intelectualmente y desde un punto de vista técnicolegal respecto a las necesidades de tecnificación legal.

Por lo que respecta al terceros de los objetivos sobre como evaluar legalmente el riesgo de la falta de comprensión de los textos legales a la aplicabilidad de la normativa respecto a las realidades meta y las realidades aumentadas o mixtas en perspectiva a la realidad natural y su actual estatus jurídico de protección vamos a realizar un análisis transversal de los objetivos primero y segundo para extraer un concepto definitivo acerca de cómo todo lo anterior se entrelaza con la cuestión planteada y los resultados obtenidos. Para ello se realizará un análisis exhaustivo comparando los conceptos del primer y segundo objetivo.

Pero no puede olvidarse que el Derecho, al fin y al cabo y que como un mantra debemos de recordar, que el Derecho no es “norma y solo

norma” como se afirmó en la Teoría Pura del Derecho Hans Kelsen, sino que por el contrario se encuentra impregnado de todo elemento social, político y cultural, económico y también de valores morales y de conducta en una sociedad determinada.(Mendez, 2011). El derecho por ello, entonces, bien sea como derecho natural o derecho positivo tiene un vínculo directo entre acción-reacción respecto a condiciones sociales y necesidades de protección.

### 3. CONCEPTUALIZACIÓN

Para realizar el análisis que nos compete respecto al concepto de hermenéutica jurídica y los diferentes puntos de vista científicos y teóricos de la misma, el metalenguaje jurídico, la metalingüística jurídica, el concepto de metaverso y el concepto de realidad aumentada.

En primer lugar debemos contextualizar la hermenéutica jurídica; para eso debemos realizar algunas distinciones doctrinales donde para algunos el derecho no es otra cosa que un estudio de la norma jurídica en relación a su construcción más lógica. Por otro lado para otros científicos del derecho la hermenéutica sería como éste un objeto bidimensional donde confluyen tanto la norma en sí misma como la conducta jurídica bajo unas perspectivas normadas. Otros, lo ven bajo una perspectiva de tres dimensiones donde se encuentran enmarcadas la norma por un lado, posteriormente nos encontramos con la conducta jurídica normalizada y para finalizar el valor jurídico que cada norma tiene respecto a la conducta y la norma misma. Así el derecho oscila entre la ciencia positiva con las teorías epistemológicas donde se aplica el positivismo jurídico lógico y aquellas corrientes jurídicas donde se asume una diferencia entre el derecho como sujeto y lo mundano como objeto bajo un espíritu más cientifista.

Según Kelsen y tomamos prestadas sus proposiciones respecto a la hermenéutica jurídica podríamos resumirlo de la siguiente forma. Si las proposiciones normativas se ajustan a un esquema dado concreto donde cada hipótesis normativa tiene una consecuencia legal tipificada y desglosada; podemos observar entonces que lingüística va a jugar en el derecho un papel fundamental. Así si prestamos atención a la lingüística

jurídica y las diferentes expresiones lingüísticas que la conforman nos encontramos con lo siguiente. Resulta que las proposiciones denominadas como normativas se encuentran enmarcadas bajo un espíritu normativo predeterminado, y se supeditan a interpretación sea como fuere su redacción. Así está en constante “actualización” respecto a su espíritu normativo al estar siempre bajo examen por diferentes partes evaluando situaciones idénticas para el mismo espíritu normado. Así no podemos dar univocidad a la norma y rango de absolutismo en cuanto a su significancia y significado; sino más bien perfeccionar ambos, significancia y significado con el fin de minimizar las desviaciones del espíritu normativo con el fin de alcanzar el objetivo del legislador en cada momento (Kelsen, 1991).

En la medida en que las normas jurídicas prescriben acciones en su deber ser en referencia a la génesis normativa todo cambia. Así el lenguaje normativo debe tener como fin la performación de un estado de cosas bajo hipótesis. La finalidad ulterior no será otra que actualizarse de forma automática cada vez que el destinatario realice las hipótesis normativas que contiene y estas sean evaluadas conforme a la norma contenida y si esta es eficaz respecto al paradigma social contenido o no. Por ello una hermenéutica jurídica centrada en la temática del debate de la elaboración normativa, requiere entre otras cosas una concepción de la dialéctica jurídica acerca de las relaciones entre interpretación y argumentación donde la noción jurídica respecto a la interpretación; bajo la consideración o como sinónimo de aplicación se realice de forma que adquiera un sentido más restringido interpretativo de la norma donde pueda justificarse la oposición versus la argumentación. Por ello la argumentación jurídica debe ser considerada como otra esfera jurídica hermenéutica complementaria diferentes a la interpretación derivada de la elaboración normativa. Así la interpretación debe ser reconocida como un componente original del discurso jurídico y no como un componente posterior (Posadas, 2010).

Por ello debemos elaborar la normativa teniendo en cuenta la interpretación posterior que se puede realizar de la misma para que la argumentación jurídica de su aplicabilidad sea acorde a la interpretación de la norma y el espíritu del legislador. Para de esa forma conseguir que se

alcance el objetivo de toda norma que no es otro que la protección social de sus administrados a los que va dirigido todo el ordenamiento normativo.

En segundo lugar necesitamos definir el concepto de metalenguaje. El metalenguaje es un punto de partida importante, alcanzando rango casi de pilar fundamental. Por todo, debemos partir entendiendo por metalenguaje al lenguaje que se usa como función glosadora con el fin de confirmar si por un lado el emisor y por otro lado el receptor de un mensaje transmitido ambos se encuentran interpretando el mismo mensaje. Para conseguir dilucidar esta cuestión debemos usar una herramienta. La herramienta que se usa como función científica es el metalenguaje. El metalenguaje debemos entenderlo como una herramienta que se usa desde un punto de vista lingüístico para relacionar el lenguaje primario con el lenguaje que se pretende hacer llegar a un receptor, mediante un análisis metalingüístico (Loureda, 2009).

Por otro lado, en tercer lugar es necesario definir el concepto de función metalingüística también nos resulta necesario para ejecutar el actual análisis. La razón radica en que es necesario puesto que la función metalingüística es aquella que usa términos específicos para definir la propia lengua. Por ello podemos y debemos entender en lo que se refiere a la función metalingüística, que ésta es una función derivada del término metalenguaje conteniendo un significado equivalente al que en un paradigma tendría el concepto metateoría. Por todo lo anterior se podría definir a la función metalingüística como la teoría que hace de la otra teoría o teorías su objeto de su reflexión científica acogiendo el lenguaje como vía principal que hace a su vez al lenguaje su objeto de reflexión (Tauste, 1992).

Por ello tras haber visto los conceptos precedentes cabe decir en primer lugar que el metaverso no existe como constructo jurídico, si entendemos por constructo jurídico como un concepto normativo legal con definición dentro del derecho positivo. Así por ello el concepto de metaverso en sí, no tiene una definición conceptual legal, ni ninguna naturaleza jurídica demarcada dentro del ámbito del derecho positivo ni tampoco dentro del campo científico del derecho. No obstante partiremos de todo lo anterior para realizar una hipótesis legal del concepto de

metaverso. Por ello el metaverso desde un punto de vista cientifista centrado en la parte técnica se considera como una red virtual que basa sus servicios en ofrecer experiencias a través de aplicaciones interconectadas entre dispositivos y productos que usan herramientas e infraestructuras, así como tecnologías emergentes para dar forma a sus funciones bajo el concepto de "red inteligente" impulsada por sistemas de registro distribuido como sistema de certificación frente a terceros y de seguridad primario entre usuarios y usuarios/cliente donde todos poseen y controlan sus propios datos de igual forma y con diferentes tipologías de control (Nisa Ávila, 2023). Asimismo el metaverso es un universo computacional que abarca de forma transversal diferentes subconceptos. El metaverso es un lugar donde confluye un espacio colectivo virtual que recrea de forma espacial la vida con pretensiones de convertirse en un espejo del mundo real siendo omniversal y permitiendo establecer una simulación permanente a tiempo real de la vida de cada usuario quedando registrado cada instante del mismo en todos sus aspectos (Lee y otros, 2021).

Teniendo en cuenta lo indicado, podemos observar como el metaverso se compone de una evolución de la sociedad en red y la realidad virtual como pilares conceptuales que conforman un nuevo significante denominado Metaverso.

El metaverso jurídicamente lo podemos definir como una infraestructura canalizada a través de una red inteligente que mediante sistemas de Inteligencia Artificial, recapta y genera datos a tiempo real de cada usuario conectado ofreciendo una recreación completa de la realidad natural mediante tecnología háptica sensorial y cognitiva, donde se puede llevar a cabo cualquier acción por parte de sus usuarios sin limitaciones, interactuando con otros usuarios e Inteligencias Artificiales con un sistema económico propio bajo sistemas de blockchain con el fin de conseguir generar un estado virtualizado dentro de una sociedad red absoluta.

Por último el concepto realidad aumentada la tenemos que entroncar de forma parcial con la definición de metaverso para poder comprender la importancia de ambos conceptos que aunque en diferentes ámbitos de actuación, comparten parte de la definición, naturalización y

conceptualización jurídica que pretende enmarcarse dentro del derecho positivo tanto para realidades meta como realidades mixtas o aumentadas.

Así podemos definir a las realidades aumentadas como una realidad de base virtual que se combina con la realidad natural generando una realidad mixta donde gracias a tecnología háptica y proxémica no invasiva biológicamente permite visualizar de forma óptica objetos, avatares o cualquier otra proyección sobre la realidad natural con el fin de complementarse realidad natural y virtual sobre una nueva realidad denominada realidad aumentada.

#### 4. EVALUACIÓN HERMENÉUTICA DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

Para realizar una correcta evaluación de la hermenéutica respecto a la cuestión planteada tenemos que tener en cuenta la conceptualización realizada en el apartado tercero de la investigación que estamos presentando.

La hermenéutica jurídica tiene una importancia crucial para el desarrollo del metaverso y las realidades aumentadas. El legislador tiene el deber previo antes de la llegada de estas tecnologías de realizar una labor legislativa previa elaborando la normativa que debe aplicarse para las diferentes situaciones jurídicas que van a devenir por el uso de dichas tecnologías por parte de ciudadanos, empresas y administraciones.

La hermenéutica jurídica tiene como deber el aunar en el espectro de la elaboración normativa que la interpretación jurídica sea lo más cercano a la argumentación posterior tanto para la aplicabilidad normativa. El trabajo de elaboración normativa debe ir encaminado a que su metalingüística y su metalenguaje sea acorde a la significancia y el significado normativo que se pretende. Por ello se debe realizar una labora previa de reflexión donde enmarcar esta labor hermenéutica que aúne lingüística y normatividad para conseguir una normativa que unifique interpretación con argumentación jurídica.

La hermenéutica debe ser considerada como una herramienta preminente y necesaria a la hora de elaborar nuevas normas tecnificadas. La tecnificación jurídica corre el riesgo de convertirse en todo

argumentación y nada interpretación del espíritu normativo al desaparecer el espíritu normativo sustituyéndolo por cuestiones técnicas sin trasfondo jurídico. La tecnificación no puede vaciar el derecho; sino que el derecho debe tecnificarse en ciertos campos generando una comprensión jurídica y un metalenguaje jurídico tecnificado propio que permita gracias al estudio hermenéutico jurídico de la situación a regular una correcta elaboración lingüístico jurídica de la norma a futuro.

El problema principal viene por la divergencia entre interpretación y argumentación. El derecho en muchas ocasiones se está dejando como una herramienta correctora del sistema, de la situación. Eso es una concepción básica errónea. El derecho no puede permitirse el lujo de creerse que es una herramienta correctora, eso es un fracaso para el derecho. El derecho es una herramienta educadora acerca de cómo debe ser la convivencia en una sociedad compleja. Un lugar donde aprender a convivir de forma previa y entender conceptos básicos sobre los cuales forjar los pilares de desarrollo social que permitirán desarrollar una sociedad a su máximo potencial.

La visión negativa del derecho como un sistema que encorseta, corrige o constriñe o limitador de libertades es erróneo. El derecho es un garante de derechos, un trampolín a los sueños de una sociedad que pretende evolucionar hacia horizontes tecnológicos jamás conocidos hasta ahora.

## 5. RESULTADOS

Para realizar un análisis de resultados debemos poner en contexto todo lo indicado anteriormente. Así hemos podido ver como la filosofía del derecho, el análisis de conceptos o la conceptualización legal no es algo baladí. La necesidad de crear una corriente científica dentro del campo del derecho que rescate la necesidad de la elaboración normativa como pilar básico de desarrollo social, es una necesidad imperante y que acucia a la libertad propia de toda sociedad avanzada tecnológicamente. La tecnología no puede verse como una amenaza ni un control hacia la vida de las personas o un limitador de derechos o agresor de los mismos. La tecnología debe estar al servicio de la sociedad, ni de las empresas ni de las administraciones, sean del tipo que sean, locales, autonómicas,

nacionales, supranacionales o internacionales. La tecnología debe tener un uso social, y por ello debe ser regulada como cualquier otro ámbito que tenga afectación social.

La naturalización de un hecho no puede ser considerado como una justificación para su desnaturalización reguladora. Es decir, no podemos considerar que por que una tecnología se encuentre interiorizada socialmente no resulta necesario estar regulada. Al contrario cuanto más interiorizada se encuentre una tecnología o una actuación con reflejo social en lo que a interacción entre más de un sujeto se refiere, emisor-receptor; mayor regulación necesita.

La normalización social, acompaña una relajación de la autoprotección de derechos y eso debe ser compensado con una regulación exacta, exhaustiva y bien diseñada.

Para ello debemos reivindicar la figura del filólogo especialista en el ámbito jurídico y que intervenga como antaño en la elaboración de normativa de todo tipo. La interdisciplinariedad es necesaria para traer consigo una nueva era de normativas jurídicas acordes a la realidad. La colaboración entre disciplinas permitirá aunar experiencia legal con perfeccionamiento lingüístico y conseguir una normativa elaborada a la altura de un sistema legal del siglo XXI y de entornos Meta, Mixtos o naturales.

El metaverso, las realidades aumentadas y su influencia en la realidad natural es más que evidente. No podemos dejarnos llevar por las ansias de entrar en una nueva era industrial que traerá la mayor revolución no solo industrial sino social. El metaverso ha venido para redefinir la condición de la especie humana, su forma de pensar, relacionarse, trabajar vivir e incluso morir, permitiendo vivir digitalmente en diferentes formas más allá de la propia muerte biológica.

Por ello debemos regular correcta, eficiente y conforme a la pretensión de interpretación jurídica que se desea; y para ello no podemos obviar que necesitamos de herramientas, profesionales y diferentes sistemas donde apoyarnos para conseguir un metaverso libre de intrusiones hacia los derechos sociales básicos reconocidos.

## 6. REFERENCIAS

- Christodoulou, K., Katelaris, L., Themistocleous, M., Christodoulou, P., & Iosif, E. (2022). NFTs and the Metaverse Revolution: Research Perspectives and open challenges. *Blockchains and the Token Economy*, 139–178. <https://doi.org/10.1007/978-3-030-95108-56>
- Hackl, C. (2022, May 16). Making money in the metaverse. *Forbes*. Accedido el 26 de Octubre de 2022, desde <https://bit.ly/3QqkZLq>
- Kelsen, H. (1991). *Teoría pura del derecho*. México D.F.: Editorial Porrúa-Unam
- Lee, L. H., Braud, T., Zhou, P., Wang, L., Xu, D., Lin, Z., ... & Hui, P. (2021). All one needs to know about metaverse: A complete survey on technological singularity, virtual ecosystem, and research agenda. *arXiv preprint arXiv:2110.05352*.
- Loureda, Ó. (2009). De la función metalingüística al metalenguaje: Los estudios sobre el metalenguaje en la lingüística actual. *Revista signos*, 42(71), 317-332.
- Méndez, Y. D. (2011). El derecho y su correlación con los cambios de la sociedad. *Derecho y Cambio Social*, 8(23), 28.
- Nisa Avila, J.A. (2023). *Regulación legal del metaverso: transversalidad jurídica*. El Derecho.
- Posada Garcés, J. P. (2010). *Elementos fundamentales de la hermenéutica jurídica*.
- Sellers, D. et al. (2021) Augmented reality market projected to be worth \$7 billion by 2030, *Apple World Today*. Accedido el 26 de Octubre de 2022, desde <https://bit.ly/3QopDJx>
- Tauste, A. M. V. (1992). Función metalingüística y uso del lenguaje. *Epos: Revista de filología*, (8), 123.

## LA DIGITALIZACIÓN DE LA LEX MERCATORIA Y LA LEX CRYPTOGRAPHYA

---

MARINA GALVÍN  
*Doctoranda en Derecho  
Universidad de Sevilla*

### 1, INTRODUCCIÓN

Algunos autores, como PRIMAVERA DE FILIPI y AARON WRIGHT<sup>321</sup> o BELÉN FERNÁNDEZ<sup>322</sup> vaticinan que los algoritmos terminarán por desplazar a los jueces y tribunales a raíz de la aparición de un nuevo marco normativo independiente de la ley estatal. La Lex Cryptographia se entiende como el conjunto de normas que operan a través de contratos inteligentes autoejecutables y organizaciones descentralizadas, en ese sentido se podría decir que ésta es una extensión de la Lex Mercatoria.

La Lex Mercatoria, a diferencia de la Lex Cryptographia, es un conjunto de normas diferentes creadas por los agentes del tráfico mercantil para regular las necesidades del comercio interior internacional, ANTONIO MANUEL LÓPEZ<sup>323</sup>, Profesor investigador de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Por otro lado, en la Lex Mercatoria el principio de la autonomía de la voluntad y el recurso al arbitraje comercial internacional son la base que

---

<sup>321</sup> DE FILIPPI, P. y WRIGHT, A., *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, Editorial Social Science Research Network, Harvard University Press, Cambridge (MSS), EE.UU., 2015, págs. 58

<sup>322</sup> FERNÁNDEZ SAAVEDRA, B., Sánchez-Reillo, Raúl, UCIII de Madrid, "Evaluation Methodology For Fake Samples Detection in Biometrics", *Artículo académico sobre Lex Cryptographia*, número E-28911, Leganés (Madrid), 2008, págs. 233a 240

<sup>323</sup> LÓPEZ, A.M., *Lex Mercatoria*, editorial Retted, Dinamarca, 2002, volumen 2, págs. 46-56, haciendo especial hincapié en la pág. 47

han permitido a los agentes paliar las deficiencias del Derecho estatal y los costes e inseguridad jurídica que conlleva la resolución de controversias internacionales a través de las normas de conflicto de leyes. Con respecto a esta ley, deberemos apreciar que para su doctrina no existe una lista consensuada de sus fuentes; no obstante lo anterior algunas de sus fuentes son:

1. Los usos del comercio codificados o no.
2. Principios generales del derecho .
3. Contratos standard.
4. Practica de arbitraje comercial internacional<sup>324</sup>,

La Lex Mercatoria ha sido objeto de críticas, ya que se entiende que desde el punto de vista dogmático no es fruto de la producción normativa de un Parlamento, tampoco está recogida en un convenio internacional, y se deduce que se trata de una norma que surge de un club privado de comerciantes que carece de legitimidad democrática y de fuerza vinculante al no exigir un aparato coercitivo que garantice su cumplimiento<sup>325</sup> Ha llegado a negar la existencia de la Lex Mercatoria ante la intangibilidad y la vaguedad<sup>326</sup>, en resumen podemos decir que la Lex Mercatoria es igual a la Lex Cryptographia ya que, ambas se fundamentan en la autoregulación, desde la Doctrina anglosajona se alega que la Lex Cryptographia no puede desplazar a la Ley tradicional por su carácter incompleto, puesto que los algoritmos no pueden anticipar todas las vicisitudes y complejidades que se pueden presentar en un contrato, en este sentido, los contratos tradicionales no tienen solo funciones ejecutivas ya que, se trata de mecanismos sociales diseñados para preservar el orden público y los intereses de la esfera privada, asimismo los códigos informáticos son capaces de representar términos que son expresiones de la lógica, pero a diferencia de la ley no van dirigidos a organizar

---

<sup>324</sup> LÓPEZ RODRÍGUEZ, A.M., *Operating across national and linguistic borders*, 14 (1), Editorial Journal and private international Law, Routledge, Londres (Reino Unido), 2018, volumen 14, págs. 182-192.

<sup>325</sup> KASSIS, A., *Theorie Generale des usages du Commerce*, Editorial Librarie Generale de Droit et de jurisprudence, Paris, 1984, págs. 165 y ss.

<sup>326</sup> MANN, A.F., *England Rejects Delocalised contracts and Comparative Law*, Editorial Quarterly, Oxford Academic, Londres (Reino Unido), 1984, págs. 193-198

la sociedad o están basados en la razón o la conciencia<sup>327</sup>. Con la ayuda de la Inteligencia artificial, los algoritmos y las normas técnicas pueden llegar a personalizarse y adaptarse al perfil de cada individuo quebrantando, de este modo, los principios de universalidad, generalidad y no discriminación que caracterizan a la ley, pudiéndose dar la llamada “Gobernanza Algorítmica”, en definitiva la Lex Cryptographia es un nuevo sistema normativo capaz de regular más eficientemente a la sociedad, reduciendo los costes de aplicación de la ley permitiendo el surgimiento de normas personalizadas para cada individuo y que son revisadas de forma constante en función de las preferencias.

En otro sentido, se afirma que la Lex Cryptographia, tiene una funcionalidad parecida a la de las instituciones jurídicas al contener normas que son ejecutables por las partes mediante herramientas tecnológicas, que realizan tareas reservadas al Derecho mucho más eficientes, existen plataformas como alternativas al Derecho por ejemplo:

- Legalese (<https://legalese.com/>)
- Kleros (<https://kleros.io>)

The Aragon Network, que se trata de un tipo de jurisdicción digital que ofrece un catálogo de estatutos y regulaciones para ser aplicadas como normativa interna en las (DAO), estas son organizaciones autónomas descentralizadas, en las que, además, ofrecen sistemas de resolución de conflictos independientes de cualquier jurisdicción nacional.

La Lex Cryptographia se diferencia de la Lex Mercatoria porque las decisiones arbitrales están sujetas a los tribunales y jueces, ya que se adapta mejor a la nueva realidad tecnológica en cuanto a su independencia y descentralización, por que proporciona a las partes un sistema judicial descentralizado en línea que no está sujeto a barreras tradicionales como la jurisdicción nacional, cabe señalar que las jurisdicciones digitales no existen en el vacío legal, puesto que se precisa la intervención

---

<sup>327</sup> FARRELL, S y MACHIN H., *Lost and Found in smart contracts translation considerations in transitioning*, Editorial Mallesons, Sidney (Australia), 2017, pág. 3.

del Derecho estatal en las causas no previstas en el código algorítmico o en los errores de programación.

En caso de daños causados por estas tecnologías, el legislador ha de actuar para proporcionar a la víctima una compensación adecuada, se trata pues de encontrar un punto de encuentro y limar posibles fricciones por ello, algunos países han decidido legislar al respecto en materia de blockchain y contratos inteligentes (smart contracts).

Sin embargo existen otros elementos necesitados de regulación como el régimen de responsabilidad extracontractual. La UE en este sentido ha lanzado iniciativas regulatorias como la propuesta de Reglamento de Mercado de Criptomonedas, que modifica la Directiva (UE) 2019/1937, COM (2020), 593 final, de 24 de septiembre de 2020. O la iniciativa conjunta de la Comisión Europea y la Asociación Europea de Blockchain<sup>328</sup> que tiene como objetivo brindar servicios públicos digitales transfronterizos en la UE utilizando tecnología blockchain, que planea un sandbox regulatorio paneuropeo, este sanbox reúne a reguladores, empresas y expertos para probar soluciones innovadoras para identificar los obstáculos en el uso de esta tecnología en cooperación con la Comisión europea para cuando se usa la Infraestructura Europea de Servicios de Blockchain se trata de una única Blockchain para toda Europa con el fin de prestar servicios transfronterizos.

Otro ejemplo son las acciones específicas presentadas en la estrategia de la comisión Europea para un mercado único Digital se trata de una comunicación de la comisión dirigida al Parlamento europeo, al consejo, al Comité Económico y social europeo y al al comité de las regiones (COM) 2015, 192 final, de 6 de mayo de 2015, con la aparición de estas tecnologías digitales se debe encontrar un equilibrio entre innovación, tecnología y protección como establece el informe sobre responsabilidad<sup>329</sup>.

---

<sup>328</sup> ASOCIACIÓN Europea de Blockchain, European Blockchain Partnership (EBP), creada el 10 de abril de 2018, se puede consultar en <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/legal-and-regulatory-framework-blockchain->

<sup>329</sup> COM (2020) 64 final de 19 de febrero de 2020

Como consecuencia del desfase entre estas tecnologías, la norma y el carácter transfronterizo de estas herramientas, en este sentido el legislador deberá evaluar:

1. Aplicar las leyes existentes, sin eliminar los aspectos innovadores de esta tecnología.
2. Reformar las leyes existentes para contemplar estas nuevas herramientas (aproximación pragmática).
3. Adoptar nuevas normas que se adapten a estas tecnologías.

Se insta a que el legislador se involucre en el desarrollo de estas normativas con la finalidad de controlar la industria, así como se debe tener en cuenta las características del ordenamiento jurídico donde están destinadas a operar, asimismo, se precisa de una armonización entre los distintos países de la UE de cara a la construcción del mercado Único Digital.

El proceso del lenguaje natural en la Inteligencia Artificial es esencial para su desarrollo y avance en el campo jurídico, definido como el procesamiento del lenguaje natural es decir la capacidad de un programa informático para entender el lenguaje escrito y hablado siendo este un componente de la Inteligencia Artificial.

Tanto el Blockchain como los Smart Contracts son aplicaciones de carácter descentralizado, ya que sus disposiciones existen y se ejecutan de forma simultánea en varios lugares que pueden pertenecer o no a distintos ordenamientos jurídicos (por ejemplo el caso de Plantoid<sup>330</sup> un organismo sintético programado para crecer y actuar como una planta si un usuario aprecia las cualidades artísticas de plantoid puede enviar una donación en bitcoins directamente a la cartera digital propiedad de plantoid, esto plantea varias controversias por un lado, la determinación del tribunal competente en caso de controversias o la ubicación del contrato inteligente para la determinación de la normativa aplicable, y por otro la ubicación de la propiedad que se transmite (activos, etc.).

En la cadena de bloques no existe jerarquía entre los registros son todos iguales y están sincronizados no se pueden rastrear, se plantean

---

<sup>330</sup> PLANTOID, Se puede consultar en: I, m a plantoid: A blockchain based life form <https://ukhaes.com/plantoid>

cuestiones legales relacionadas con la privacidad o la protección de datos, ante la ausencia de regulación internacional muchas cuestiones hay que remitirlas al Derecho Internacional Privado, sin embargo para conectar el ordenamiento jurídico se debe determinar la situación jurídica es decir, el smart Contract, este si solo existe en forma de código no hay forma de delimitar el código informático (contrato subyacente) fuera del real que permita fijar la competencia judicial o la ley aplicable.

Otras veces el contrato es creado de forma espontánea por agentes electrónicos, lo que suscita dudas en el ámbito de la responsabilidad, en el marco de la responsabilidad extracontractual donde la autonomía de la voluntad es limitada (foro, domicilio) son elementos que no son fácilmente determinables en la red.

La doctrina iusprivatista ha dado diferentes soluciones en este sentido ya que, no considera necesaria la adopción de normas de conflicto específicas para regular las tecnologías digitales, se sugiere que la solución pueden ser los convenios sobre derecho uniforme relativos al transporte, no existen apenas normas sustantivas con respaldo internacional que aporten una solución a esta cuestión, debiendo por ello las normas de conflicto seleccionar cuál de los ordenamientos jurídicos vinculados al contrato esta mejor adaptado para esta regulación, el reglamento Roma I determina el derecho aplicable a los contratos inteligentes conteniendo verdaderas obligaciones contractuales artículo 1.1 (smart legal contracts), este tipo de contratos plantean problemas a la hora de la definición de la obligación contractual, en el common law la diferencia entre un contrato y común meros acuerdos sociales o morales siendo la posibilidad de acudir a los tribunales en caso de incumplimiento, sin embargo en el smart contract la ejecución no está asegurada mediante los mecanismos coercitivos del Estado, sino atendiendo a los términos establecidos en el programa informático que le da origen, la doctrina señala que es más correcto decir que la principal consecuencia de la celebración de un smart contract no es la de dar origen a obligaciones, sino la auto-limitación de derechos por medios técnicos, pero estos obstáculos

dogmáticos son salvables en el contexto del Reglamento Roma I<sup>331</sup>, por que, el concepto de relacion contractual es un concepto autónomo extrapolable atendiendo al artículo 5.1, Reglamento Bruselas I, bis<sup>332</sup>. A tenor del artículo 3.1, Roma I, las partes pueden elegir la ley aplicable al smart contract, aunque la ley elegida debe ser una ley estatal en vigor como la Lex Cryptographia, esta elección dentro del contexto europeo debe ser tacita o expresa pero nunca presunta, pudiendo estar inserta en el mismo código o en un documento separado. En caso de no existir un pacto de sumisión expresa o tácita el Reglamento obliga al juez a la elección de la ley tácita (Considerando 12). El principio de la autonomía de la voluntad conflictual recogido en el artículo 3 Roma I es reconocido por la mayoría de los ordenamientos jurídicos, siendo la mejor forma de garantizar la seguridad jurídica de los smart contracts, puesto que la elección de la ley aplicable por las partes evita controversias respecto al marco jurídico de los contratos, cuestión diferente es la elección de las normas en la jurisdicción on line como derecho aplicable puede funcionar como lex causae aplicando de forma análoga lo establecido para la Lex Mercatoria dándose las situaciones siguientes:

A nivel contencioso las partes pueden referirse a las prácticas y costumbres reconocidas por las partes participantes en la cadena de bloques, se trata de una plataforma de resolución de conflictos on line o jurisdicción digital, y por otra, la controversia se decidirá conforme al derecho estatal aplicable en defecto de elección, la observancia de medidas legislativas adoptadas para salvaguardar la seguridad y la protección de los consumidores así como la competencia en el mercado para dar respuesta a las necesidades sociales o para prohibir ciertas actividades cuando se trata de relaciones jurídicas con un alto nivel de autoregulación, está en la incipiente lex Cryptographia y en la resolución de conflictos en linea. Estas normas de conflicto del Derecho Internacional Privado, permiten localizar una determinada situación jurídica en un concreto ordenamiento jurídico nacional, a excepción de la materia contractual o la

---

<sup>331</sup> Reglamento Roma I, DOUE numero 177, de 4 de julio de 2008, páginas 6 a 16, Ref: N° DOUE-L- 2008-81325

<sup>332</sup> Reglamento Bruselas I, bis, DOUE-L- 351/1 de 20 de diciembre de 2012

convención de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías.

También se ha planteado la necesidad de adoptar normas de conflicto especiales que regulen la relación entre la Lex Cryptographia y la legislación nacional, y se necesita un enfoque uniforme entre todas las jurisdicciones que proporcione jurisdicciones que aprovechen la rapidez, y los beneficios de estas tecnologías.

En relación a la regulación y el desarrollo tecnológico y su interacción con la lex Cryptographia donde la autonomía de la voluntad como se ha señalado a lo largo de este artículo tiene un efecto beneficioso, en sentido, la principal preocupación de los expertos es la de encontrar el equilibrio entre la intervención del legislador y la innovación tecnológica siendo necesario que el legislador se aleje de regulaciones que creen incertidumbre ya que tiene un efecto negativo en la innovación por ello el legislador debe adoptar una postura flexible que favorezca la autoregulación y de mayor libertad a las empresas para elegir una alternativa más favorable, en el contexto del análisis económico del Derecho las instituciones jurídicas y su evolución han surgido para economizar los costes de transacción, entendidos como aquellos costes que impiden las transacciones fluidas siendo necesario un sistema normativo eficiente que supriman los costes de transacciones en la medida que elimine los comportamientos oportunistas, desde la óptica neoinstitucionalista las transacciones se pueden clasificar en:

1. No específicas
2. Ocasionales, que pueden ser a la vez de carácter mixto y altamente específico
3. Transacciones frecuentes que pueden ser de carácter mixto y altamente específico.

En el caso de las transacciones no específicas (compraventa de mercadería genérica) el mercado es la forma más eficiente de gobernanza, sin embargo las transacciones ocasionales de carácter mixto y altamente específico no pueden ser grandes proyectos tecnológicos ya que dependen de otras formas de gobernanza, puesto que su carácter ocasional no permite armonizar los costes de estructuras de gestión, como los acuerdos

de cooperación, una figura que garantiza altamente la cooperación entre dos o más partes de una transacción, sin tener en cuenta trasfondos jurídicos o sociales comunes que garanticen la ejecución del contrato son los smart contracts, siempre que los desarrolladores logren reproducir las características del Derecho contractual en un código informático y en el mecanismo de consenso del blockchain, quedando reducida la intervención del legislador a garantizar la permanencia de las medidas de seguridad (mecanismos de protección incluyendo a los consumidores dentro de los límites socialmente permitidos).

La incursión de la economía en el campo jurídico no está exento de críticas ya que la teoría económica subyacente es cambiante por eso es necesario la observancia de ciertas medidas legislativas que se adopten para salvaguardar a los consumidores y la competencia en el mercado, garantizando que la parte débil del contrato pueda elegir la ley más favorable o al menos la ley de la residencia habitual de esa parte débil atendiendo al artículo 9.1, Reglamento Roma I, que comprende tanto las normas internacionales imperativas del foro como las del país de ejecución, artículo 9.2 y 3, Reglamento Roma I.

Las aplicaciones más relevantes de la Lex Cryptographia van más allá del sector financiero estando presente en la gestión de cadenas de suministros, el inventario de bienes, sistemas de identificación del fraude entre otros usos.

Pero cual es el papel del derecho Internacional privado respecto a la Lex Cryptographia<sup>333</sup> en este sentido el legislador no puede permanecer ajeno al fenómeno de la Lex Cryptographia encontrando puntos de conexión, por ello la autonomía de la voluntad conflictual ya mencionado en este artículo que se regula en el artículo 3.5 y continuando con el artículo 10.1, del Reglamento Roma I, la ley elegida deberá ser la de un estado que de validez a la contratación inteligente para que la transacción tenga un efecto jurídicamente vinculante, la elección de la ley aplicable podrá realizarse mediante un pacto de sumisión individual o insertarse en el

---

<sup>333</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ ANA MERCEDES " La Ley aplicable a los Smart contracts y Lex Cryptographia" *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2021), Vol 13, Nº 1, páginas 441-459

smart contract o en los términos y condiciones de la cadena de bloques es decir en el contrato subyacente que respalda al contrato inteligente esta posibilidad es la más adecuada ya que garantiza la seguridad jurídica frente a las posibles exigencias legales que pudiesen invalidar el contrato o afecten a su ejecución.

Otra cuestión radica en la determinación de la ley aplicable en defecto de elección ya sea porque la elección o por que la acordada por las partes no son válidas, en este sentido la solución dada por el Reglamento Roma I es o bien por la ley del país de residencia habitual del prestador o la ley del país con el cual tenga vínculos más estrechos estas conexiones deberían ser suficientemente flexibles para poder aplicarlas a la mayoría de los contratos inteligentes sobre todo cuando tienen un cierto respaldo fuera de la red siendo mucho más difícil la delimitación de todos estos extremos cuando el contrato existe solo en forma de código. Por ello entendemos que la solución más plausible sería la aplicación de la *lex fori*, ya que ante la ausencia de un cuerpo legislativo uniforme el Derecho Internacional Privado puede tener un papel relevante en el desarrollo de la contratación inteligente, ya que el principio de la autonomía de la voluntad conflictual es la vía más adecuada para el establecimiento de la ley aplicable que casa perfectamente con el deseo de libertad de los usuarios del blockchain, la *lex fori* permite al mismo tiempo determinar en ausencia de elección cuando la deslocalización impida establecer la ley del país con las conexiones más estrechas es una solución que aporta seguridad jurídica y previsibilidad, en consecuencia frente a las armonizaciones sustantivas el derecho internacional Privado y en particular el principio de la autonomía de la voluntad puede dar lugar a una regulación de la contratación inteligente innovadora y efectiva a nivel global.

La regulación de los contratos electrónicos a nivel estatal por lo que podríamos acudir al artículo 23, LSSICE (ley 34/2002, de 11 de julio<sup>334</sup>) y lo establecido en el Código Civil artículo 1261 Cc en relación al artículo 1278 Cc que recoge el principio de libertad de forma así como en el código de comercio artículos 51 y 54 de Cco pudiéndoles aplicar las

---

<sup>334</sup> Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico ( LSSICE ), BOE Nº 166, de 12 de julio de 2002, Ref: BOE-A-2002-13758.

mismas disposiciones que a los contratos tradicionales, los defensores de la *lex Cryptographia* señalan la autoregulación siendo la misma teoría que se aplica a la *lex Mercatoria*.

## 2. LAS APLICACIONES PRÁCTICAS DE LA LEX CRYPTOGRAPHIA COMO : SE MATERIALIZA EN LOS SMART CONTRACTS Y LA TECNOLOGÍA DEL BLOCKCHAIN

Smart contract este término fue acuñado por NICK SZABO en 1994, y son definidos como aquellos acuerdos contractuales donde la verificación, aplicación y ejecución de los términos contractuales esta automatizada eliminando la discreción humana en la ejecución del contrato garantizándose el cumplimiento de los términos del contrato sin la intervención de jueces y tribunales, ya que el programa informático tiene el control sobre los elementos físicos y digitales del mismo. La aparición del blockchain es un importante elemento ya que, la propia cadena de bloques es el que determina las condiciones de su ejecución garantizando su inmutabilidad y neutralidad, las transacciones en el blockchain se llevan a cabo peer to peer (usuario a usuario) en la cadena blockchain, y cada operación queda registrada irreversiblemente en un bloque de datos cuyo contenido se encripta mediante un algoritmo llamado "hash" (código de la operación), las transacciones tienen lugar cuando un remitente introduce su clave digital única y secreta, que tiene uso exclusivo y secreto (clave privada) y la clave públicamente conocida del destinatario (clave pública) a una cadena de firmas en internet, estas transacción son anónimas ya que nada puede relacionar a los individuos o a las entidades con las cuentas identificadas en las transacciones. Pero los smart contracts llevan consigo algunos inconvenientes, puesto que no está clara su conformidad normativa sobre protección de datos y su situación en un plano de igualdad en la red complica la determinación del responsable del tratamiento de los datos (responsabilidad proactiva); los derechos de supresión o rectificación tampoco están garantizados al operar el smart contract en una red inmutable, pero esta inmutabilidad impide la modificación del acuerdo ante circunstancias sobrevenidas en la relación contractual o su adaptación a los cambios normativos, aunque los

smart contracts existen dentro de la red pueden relacionarse con su entorno a través una herramienta externa llamada Oráculo que es indispensable para que el contrato inteligente interactúe con el mundo real, en este sentido podemos encontrar contratos inteligentes puros que solo operan en la red, contratos inteligentes combinados donde una parte de su articulado existe fuera de la red y la otra opera como un código informático y encontramos las traducciones de contratos inteligentes que se denominan Contratos ricardianos, este término fue usado por primera vez por IAN GRIGG a mediados de los noventa del siglo pasado en honor al economista DAVID RICARDO, estos contratos digitales que definen las condiciones y términos de la relación contractual entre dos o más partes verificados criptográficamente, en los contratos ricardianos las cláusulas van indisolublemente unidos a un contrato inteligente siendo legibles tanto para los humanos como para las máquinas.

La inmutabilidad, la opacidad del smart contract plantean cuestiones legales de difícil respuesta para el Derecho Internacional Privado en cuanto a la determinación de la identidad de los operadores siendo un problema a la hora de asignar el juez competente en caso de conflicto.

En relación a la competencia regulatoria en los smart contracts en la década de los 70 en EEUU se desarrolló la Teoría de la elección pública que rechaza la idea que la diversidad regulatoria conduce a restricciones en el mercado dificultando la integración por eso según EDMUND KITCH<sup>335</sup> la competencia entre distintos sistemas jurídicos genera una asignación eficiente de recursos en el mercado al contrario que la uniformidad legislativa impuesta por una autoridad central, siendo esta fórmula más ventajosa ya que, le otorga a cada ordenamiento mayores incentivos para la adopción de normas aplicables a su mercado interior y exterior, esta teoría de KITCH aboga por la regulación descentralizada (modelo de competencia regulatoria), que considera al Derecho como un producto y a los operadores como consumidores ya que cada regulador se convierte en oferente de una normativa diferente que compite en

---

<sup>335</sup> E. KITCH Regulation and the American Common Market en A.D. TARLOCK, editorial Regulations Federalism and Inter-state Commerce, Cambridge Mass, Oelgeschlager, Gunn&Hain, publishers, Inc, 1981 página 7 a 55

el mercado de productos legales pudiendo los operadores elegir la norma que mejor se adapte a sus necesidades facilitando la diversidad, la competencia y la armonización del marco regulatorio. Sin embargo, este objetivo no es del todo perfecto ya que están en juego valores de política pública como la protección de los consumidores produciéndose una carrera hacia el mínimo común denominador degradándose los estándares de protección eliminándose las ventajas competitivas siendo solo factibles las normas que facilitan el uso de la autonomía de la voluntad y la libertad de mercado, y en este sentido es donde los operadores pueden presionar al legislador para que regule de forma eficiente.

En resumen el Derecho internacional Privado puede ser la vía más adecuada para el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes, la regulación del smart contract y por ende de la tecnología del blockchain, mucho más eficiente.

### 3. LA NATURALEZA TRANSFRONTERIZA DE LA DIGITALIZACIÓN DE LA LEX CRYPTOGRAPHIA

Para ello tenemos que tener presente el carácter inmutable y seguro de la cadena de bloques derivadas de las técnicas de encriptación empleadas por ésta, que dificulta el acceso a la información contenida en ella y su alteración o manipulación.

Por otro lado, debemos destacar su naturaleza descentralizada y deslocalizada, ya que como se ha apuntado no precisa de una autoridad u organismo que verifique las transacciones realizadas siendo los propios miembros de la plataforma los que validan y almacenan la información acerca de las operaciones (nodos), en ese sentido la doctrina afirma que es suficiente por sí mismo para considerar como internacional una operación celebrada a través de esta cadena bloques aunque todos los elementos analógicos de la operación estén ligados a un solo Estado, la tecnología utilizada conecta la situación con cada uno de los Estados extranjeros en los cuales se localizan los nodos de la red por lo tanto podemos afirmar que estamos ante una tecnología eminentemente internacional por esta naturaleza transfronteriza se generan una serie de incertidumbres jurídicas de carácter multidimensional que deberán ser

tratadas por el derecho Internacional Privado al no existir normas sustantivas internacionales aplicables de forma directa o por analogía, a través de internet y no digamos a través del blockchain,

Organismos internacionales como UNCITRAL o UNIDROT, están considerando el desarrollo de instrumentos legales en esta materia para reducir la inseguridad jurídica, pero sin olvidar las dificultades de alcanzar acuerdos sustantivos y de carácter vinculante al encontrarnos en una fase inicial de desarrollo de esta tecnología en la que la aplicación de normas demasiado imperativas podría dificultar su avance. Por ello lo más recomendable es la adopción de recomendaciones o leyes modelo (Guidelines) que ofrezcan un nivel mínimo de armonización.

#### 4. REFERENCIAS

Asociación Europea de Blockchain, European Blockchain Partnership (EBP), creada el 10 de abril de 2018, se puede consultar en [https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/legal-and-regulatory-framework-blockchain-](https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/legal-and-regulatory-framework-blockchain-com)

COM (2020) 64 final, de 19 de febrero de 2020.

De Filippi, P. y Wright, A., *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, Editorial Social Science Research Network, Harvard University Press, Cambridge (MSS), EE.UU., 2015, págs. 58.

Farrell, S y Machin H., *Lost and Found in smart contracts translation considerations in transitioning*, Editorial Malleasons, Sidney (Australia), 2017, pág. 3.

Fernández Saavedra, B., Sánchez-Reillo, Raúl, UCIII de Madrid, "Evaluation Methodology for Fake Samples Detection in Biometrics", Artículo académico sobre Lex Cryptographia, número E-28911, Leganés (Madrid), 2008, págs. 233a 240.

Kassis, A, *Theorie Generale des usages du Commerce*, Editorial Librarie Generale de Droit et de jurisprudence, Paris, 1984, págs. 165 y ss.

Kitch, E, *Regulation and the American Commom Market* en A.D. TARLOCK, editorial *Regulations Federalism and Inter-state Commerce*, Cambridge Mass, Oelgeschlager, Gunn&Hain, publishers, Inc, 1981 página 7 a 55.

Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE), BOE N° 166 de 12 de julio de 2002, Ref: N° BOE-A-2002-13758.

- López, A.M., *Lex Mercatoria*, editorial Retted, Dinamarca, 2002, volumen 2, págs. 46-56, haciendo especial hincapié en la pág. 47.
- López Rodríguez, A.M., *Operating across national and linguistic borders*, 14 (1), *Editorial Journal and private international Law*, Routledge, Londres (Reino Unido), 2018, volumen 14, págs. 182-192.
- Mann, A.F., *England Rejects Delocalised contracts and Comparative Law*, *Editorial Quarterly*, Oxford Academic, Londres (Reino Unido), 1984, págs. 193-198
- Plantoid, se puede consultar en: I, m a plantoid: A blockchain based life form <https://ukhaes.com/plantoid>.
- Reglamento Roma I, DOUE número 177, de 4 de julio de 2008, páginas 6 a 16, Ref: N° DOUE-L- 2008-81325.
- Reglamento Bruselas I, bis, DOUE-L- 351/1 de 20 de diciembre de 2012
- Rodríguez López A. M. “La Ley aplicable a los Smart contracts y Lex Cryptographia” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (marzo 2021), Vol 13, N° 1, paginas 441-459.

SECCIÓN V

LA NECESIDAD EN AVANCES  
EN LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PROTECCIÓN  
DE LOS GRUPOS VULNERABLES

---

## ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE UN ENFOQUE ÉTNICO DIFERENCIAL PARA PERSONAS LÍDERES Y DEFENSORAS APLICADOS AL CASO COLOMBIANO

---

YENNESIT PALACIOS VALENCIA

*Investigadora Posdoctoral María Zambrano  
GIR Derecho de Familia y Derechos Humanos  
Universidad de Valladolid, España*

### 1. INTRODUCCIÓN

En el contexto del conflicto armado colombiano, mismo que aún no termina, pese a los Acuerdos de Paz negociados en La Habana, Cuba, personas líderes defensoras de derechos humanos son atacadas con frecuencia de manera indistinta. En efecto, las cifras de personas defensoras asesinadas con posterioridad a los acuerdos han aumentado y el enfoque desarrollado para las medidas de protección, pese a la amplia normativa existente, desconocen las necesidades de los colectivos étnicos, quienes padecen no solo racismo estructural, sino que sufren de manera directa el impacto del conflicto en los territorios, pues los mismos continúan en situación de disputa por los bandos enfrentados.

Paralelamente, el surgimiento de las bandas criminales emergentes empeora la situación para las lideresas y líderes sociales étnicos, quienes, por el temor, muchas veces se desplazan de manera forzada, dejando atrás su herencia ancestral. Por tanto, las medidas de protección colectiva en el contexto del conflicto deben pensarse, adoptarse y aplicarse, acorde a estas particularidades.

A partir de lo anterior, el capítulo desarrolla 3 partes sustanciales articuladas entre sí. La primera, hace un acercamiento a la situación de personas líderes y defensoras de derechos humanos, principalmente, después de la negociación de los Acuerdos de Paz, con las Fuerzas Armadas

Revolucionarias de Colombia, FARC, en el 2016. La segunda, por otra parte, en tanto desarrollo de las discusiones, se centra en la normativa existente sobre las medidas de protección colectiva para personas líderes defensoras de derechos humanos, para comprender la necesidad de implementación de un enfoque étnico diferencial desde los estándares internacionales en la materia. Finalmente, la tercera parte conceptualiza desde el contexto internacional en el ámbito regional y universal, quiénes son personas líderes y defensoras de derechos humanos.

## 2. OBJETIVOS

2.1. ESTUDIAR LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE UN ENFOQUE ÉTNICO DIFERENCIAL PARA PERSONAS LÍDERES Y DEFENSORAS A LA LUZ DEL CASO COLOMBIANO

## 3. METODOLOGÍA

Desde el método documental la investigación se concentra en los Estándares internacionales en materia de protección de los derechos humanos, para personas líderes y defensoras de derechos humanos. De manera específica, se apoya en los diferentes pronunciamientos e informes emanados del sistema universal e interamericano para la protección de los derechos humanos, delimitados desde el 2004 a 2021. Del mismo modo, normativamente se apoya en decretos, directivas y planes creados en Colombia, para dar cumplimiento a dichos estándares y en datos oficiales, cuantitativa y cualitativamente, del Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz, Indepaz; el Sistema de Información sobre Agresiones contra Personas Defensoras de Derechos Humanos – SIADDHH, del Programa Somos Defensores; la Cumbre Agraria, Campesina, Étnica y Popular – CACEP y en algunas sentencias de la Corte Constitucional.

## 4. RESULTADOS

4.1. SITUACIÓN DE PERSONAS LÍDERES DEFENSORAS DE DERECHOS HUMANOS

#### 4.1.1. Breve Aproximación

Es un hecho notorio la compleja situación de un país como Colombia que, aún su riqueza en biodiversidad y su multiculturalidad, ligada a su legado étnico ancestral, padece, pese a los esfuerzos en los Acuerdos de La Habana, una guerra que no termina y una mutación del conflicto armado que incluye la proliferación de bandas criminales emergentes – Bacrim, denominadas también neoparamilitarismo, que no necesariamente han surgido en el contexto del conflicto, pero están ligadas o se “alimentan” de este.

En este escenario, por ejemplo, datos contrastados evidencian que, en época de posacuerdo, el 2018 fue el año que más registró diferentes situaciones de agresiones desde la firma de los acuerdos, mutó de registrar “370 amenazas en el 2017 a 583 en el 2018. Del total de las agresiones un 0,6% fueron desapariciones, de igual modo, el 0,7% fueron detenciones, un 0,7% robos de información, 2,3% judicializaciones, 4,1% atentados, 19,3% asesinatos y un 72,4% fueron amenazas individuales” (Sistema de Información sobre Agresiones contra Personas Defensoras de Derechos Humanos en Colombia - SIADDHH, 2019, p. 87). La cifra que más llama la atención de este informe, son las agresiones en contra del derecho a la vida, cuyo incremento es del 46,22%, pues se tiene el registro de 155 asesinatos en el 2018, frente a 106 del año anterior, es decir, 49 casos más que en el 2017, según el informe de Somos Defensores (SIADDHH, 2019, p. 87).

En la misma línea, la visita de trabajo que tuvo lugar en noviembre de 2018, en Colombia, la Comisión Interamericana observó, por ejemplo, que la violencia en particular, los asesinatos y amenazas contra las personas defensoras de derechos humanos y líderes sociales en Colombia es una realidad extremadamente compleja y por consiguiente no atribuible a una causa exclusiva, sino el resultado de la suma de múltiples factores y causas estructurales. Observó que esta violencia, agravada desde la firma del Acuerdo de Paz, se concentraría en determinados municipios y zonas del país en donde confluyen factores de riesgo como es la lucha por el dominio de actividades ilegales como el narcotráfico

(CIDH, 2020, párr. 3). Pero la mayor preocupación se enfoca en los asesinatos, que registraron en 2020 la cifra más alta en 11 años:

con un incremento considerable del 60,4% en relación con el 2019. En situación similar se encuentran los atentados, con un aumento del 52%, asunto grave si se considera que todos estos casos son intentos de asesinatos que por diferentes factores no se consiguieron concretar. Con estas dos últimas cifras debe alarmar que exista un incremento importante de hechos que buscan arrebatarle la vida a quienes defienden los derechos humanos (Sistema de Información sobre Agresiones contra Personas Defensoras de Derechos Humanos en Colombia - SIADDHH, 2021).

De igual forma, el informe del Observatorio de DDHH y Conflictividades de Indepaz reportó, a septiembre 14 de 2021 que,

611 personas líderes y lideresas defensoras del medio ambiente han sido asesinadas desde la firma del acuerdo de paz. De ellos, 332 son indígenas (custodios ancestrales de la madre tierra), 75 son afrodescendientes miembros de consejos comunitarios protectores del territorio, 102 son campesinos defensores de territorio, 25 son líderes activistas ecologistas y 77 campesinos miembros de Juntas de Acción Comunal que se han caracterizado por la defensa de su territorio (Septiembre 14 de 2021, pág. 1).

A la par, la Comisión Interamericana consideró, en el 2021, constatando, por ejemplo, en el marco de las múltiples jornadas de protestas en Colombia, durante el 2019 a 2020 —en el último caso pese a la época de pandemia— que dichas jornadas contemplaban de base, demandas que se han hecho desde antaño. Entre otras cosas, “estas estuvieron motivadas por el aumento de los niveles de pobreza, inequidad y violencia, aunado al creciente número de asesinatos de personas defensoras, líderes y lideresas sociales, representantes de los pueblos indígenas y afrodescendientes, así como firmantes del Acuerdo de Paz” (CIDH, 2021, párr. 10).

Un factor fundamental, que influye en la manera que impacta el conflicto armado en los territorios étnicos es la lucha por la tierra, pues “los liderazgos de las comunidades que han sido desplazadas y reclaman la devolución de sus tierras, o que denuncian la presencia de minería legal o ilegal sobre sus territorios colectivos, han sido víctimas de amenazas e inclusive de homicidios” (CIDH, 2019, párr. 56). Caso en cual aparecen elementos definitorios y al mismo tiempo distintivos, de los elementos comunes entre quienes son personas defensoras en el contexto y en

razón del conflicto armado. Dicho de otra forma, aparece en el debate el enfoque interseccional, al tiempo que la ancestralidad se cruza como forma de resistencia.

Ligado a lo anterior, está la lucha contra actividades extractivas que van desde la minería ilegal (ONU, 2018) hasta la explotación, uso y abuso de sus recursos naturales, hecho que también ubica en situación de riesgo a las personas líderes cuando resisten a los actores armados. Por tanto, el activismo de comunidades afrodescendientes y pueblos indígenas debe gozar de protección especial étnico diferencial.

De manera general, desde el 2016 al 2019, “468 casos de homicidios hacían parte de organizaciones campesinas, indígenas, afrodescendientes, ambientalistas y comunales. Los conflictos agrarios por tierra, territorio y recursos naturales representan el 70.27% de los homicidios (Cumbre Agraria, Campesina, Étnica y Popular – CACEP Coordinación Social y Política Marcha Patriótica Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz – INDEPAZ, Septiembre, 2019, p. 25)”.

La conclusión central, es que el riesgo que padecen las comunidades étnicas defensoras es doble. Por un lado, por ejercer el derecho a defender los derechos humanos, y por el otro, la discriminación interseccional que se cruza en virtud de dicho ejercicio, pues muchas veces se les etiqueta y estigmatiza, por su activismo y, al mismo tiempo, por el actuar colectivo. Entiéndase al respecto, que las medidas de protección colectiva, nacen como “una respuesta a la evaluación integral del riesgo colectivo. Estas medidas están encaminadas a contrarrestar factores de riesgo, vulnerabilidad y amenaza, derivadas de las actividades del colectivo” (Decreto 2078, 2017, art. 2.4.1.5.5).

Aquellas, por tanto, deben ser estudiadas en consonancia con la normatividad existente. Las mismas se encuentran consagradas en un *corpus iuris* que no se puede observar de manera aislada de la siguiente manera: por un lado, están los Decretos 1066 de 2015 y la resolución 1085 de 2015. A la par, dado el riesgo que enfrentan las personas defensoras desde su actuar colectivo, muchos de ellos, desde y en los territorios étnico-ancestrales, en el auto 373 de 2016, la Corte Constitucional ratificó que el marco jurídico que propició la mencionada resolución, en el

2015, constituyó “un avance importante en el diseño de un instrumento propio para la valoración del riesgo de grupos, colectivos o comunidades”. Sin embargo, en la orden décimo novena la Corte Constitucional ordenó al Ministerio del Interior incorporar la ruta de protección colectiva en el Decreto 1066 de 2015.

Por otro lado, se integra también la directiva 002, del 14 de junio de 2017, se insta a los servidores públicos, en el marco del principio de convencionalidad, a cumplir con el derecho internacional de los derechos humanos, en especial, lo dispuesto por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y el sistema universal, acatando la jurisprudencia y la Declaración sobre el Derecho y el Deber de los individuos, los grupos y las institucionales de promover y proteger los derechos humanos, asumiendo también, enfoques diferenciales, territoriales y de género.

Dicha directiva contempla los “lineamientos para la protección efectiva de los derechos de los defensores y defensoras de derechos humanos y sus organizaciones, integrantes de los movimientos sociales, movimientos políticos, lideresas y líderes políticos y sociales, y sus organizaciones, y a los que en esta condición participen activamente en la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”.

Más recientemente, el Decreto 2137 de 2018 creó el Plan de Protección Oportuna (PAO), para la Prevención y Protección individual y colectiva de los derechos a la vida, la libertad, la integridad y la seguridad de defensores de derechos humanos, líderes sociales, comunales, y periodistas, pero no se integró en él, un enfoque étnico. En el mismo año, el Decreto 2078 de 2017, expidió el protocolo de protección colectiva, asumiendo que, a la fecha, no existía una ruta de protección a nivel de decreto que permitiera “realizar evaluaciones de riesgo de tipo colectivo, ni la implementación de medidas de protección para mitigar los riesgos colectivos que se identifiquen a través del mismo” y estableció que la ruta de protección colectiva estará bajo la coordinación de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y la Unidad Nacional de Protección. Detallando, a su vez, que el reconocimiento de la

existencia un riesgo estará verificado por el Comité de Evaluación de Riesgo y Recomendación de Medidas – CERREM Colectivo.

No obstante, en el contexto del conflicto muchas comunidades han padecido daños múltiples, a la par de perjuicios individuales con efectos colectivos, por la afectación desencadenante contra el grupo familiar, teniendo en cuenta el concepto de familia numerosa o extendida. Dicha situación ha sido señalada por la Corte Constitucional en el auto 384/10, sobre la situación de violencia sistemática y generalizada que han padecido, por ejemplo, los Consejos Comunitarios de Jiguamiandó y las familias del Curvaradó, en el Chocó (Pacífico colombiano). Bajo la gravedad que las comunidades afrodescendientes del Cacarica, Curvaradó y Jiguamiandó, se autoidentifican como pueblo tribal, según los postulados del Convenio 169 de la OIT (1989). Sin embargo, el ámbito colectivo estuvo tan afectado que sus demandas tuvieron que ser resueltas por el sistema interamericano ante la inoperancia estatal.

## 5. DISCUSIÓN

### 5.1. CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS PERSONAS LÍDERES Y DEFENSORAS DE DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Las personas líderes defensoras de derechos humanos pueden padecer diferentes riesgos, supeditado esto, a la labor que realizan en virtud de la defensa de los derechos humanos. Por ello, en ocasiones padecen intimidaciones para imposibilitar o, al menos, doblegar y limitar a través del miedo, la labor que ejercen. En este contexto pueden estar sujetos a múltiples riesgos y formas de violencia, pero cuando se cruza el elemento étnico como categoría analítica, puede visibilizarse también discriminación étnico estructural, lo cual amerita a la par, un enfoque interseccional importante.

De manera general, según lo descrito por diferentes pronunciamientos internacionales, cualquier persona asociativamente o de manera individual, desde su activismo, puede coadyuvar en la promoción y protección de los derechos humanos (Asamblea General de Naciones Unidas, 8 de marzo de 1999).

Por lo anterior, según la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, en sus artículos 1 y 2, los Estados tienen la responsabilidad primordial y el deber no solo de proteger, sino promoverlos, entre otras cosas, adoptando las medidas necesarias para crear las condiciones sociales, económicas, políticas o de otra índole, así como las garantías jurídicas, sea a través de las medidas legislativas o administrativas requeridas, para que toda persona sometida a su jurisdicción, individual o colectivamente, pueda disfrutar en la práctica de todos esos derechos y libertades.

En este contexto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH” o “Comisión Interamericana”), ha establecido sobre los aspectos definitorios de las personas defensoras que, aquellas pueden ejercer el activismo pro defensa de los derechos humanos, incluso de manera temporal. Caso en el cual, dichas actividades pueden incluir, desde vigilancia y denuncia, hasta monitoreo, información, divulgación, educación, promoción o defensa de los derechos humanos ante el sistema de justicia, en la lucha por combatir la impunidad (CIDH, 30 de diciembre de 2017; CIDH, 31 diciembre 2015, párr. 21).

El calificativo de quienes pueden ser personas defensoras es tan amplio que puede incluir de manera genérica a líderes comunales, asociativos, miembros de sindicatos o, en ocasiones, algunas personas defensoras actúan en el plano internacional o regional y, entre otras cosas, “pueden supervisar una situación regional o mundial en materia de derechos humanos y remitir información a mecanismos regionales o internacionales, incluidos los relatores especiales de la Comisión de Derechos Humanos y los órganos creados en virtud de tratados de las Naciones Unidas” (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, p. 4).

Otras personas, por el contrario, desde un plano más restringido, pero no menos importante, como los funcionarios públicos –*verbigratia* las y los operadores de justicia– frecuentemente sufren amenazas y violencia en la ejecución de sus funciones y deben ser considerados defensores y defensoras de derechos humanos, correspondiéndoles las mismas garantías de prevención y protección (CIDH, 30 de diciembre de 2017, párr.

23). No obstante, en conclusión, el criterio clave es la actividad realizada en pro de los derechos humanos.

Un aspecto coincidente entre los órganos del sistema universal para la protección de los derechos humanos y el sistema interamericano, es la Obligación derivada para los Estados de proteger frente a situaciones de riesgo, hecho que amerita una protección reforzada. Es decir,

Los Estados tienen la obligación de proteger la vida y la integridad personal, de quienes defienden derechos humanos cuando se encuentran en una situación de riesgo, incluso cuando el mismo deriva de la acción de un agente no estatal. Lo anterior, como resultado del efecto *erga omnes* de los derechos humanos a través del cual, los Estados tienen la obligación de hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos humanos en toda circunstancia y respecto de toda persona. Esta obligación adquiere particular relevancia en el contexto que atraviesan varios Estados de la región, especialmente cuando las personas defensoras se encuentran en una situación de riesgo en virtud de las causas que promueven, las cuales pueden afectar pandillas o grupos delincuenciales o ilegales, personas vinculadas a importantes sectores empresariales, entre otros actores (CIDH, 30 de diciembre de 2017, párr. 149).

A la par, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos la Comisión también recalca que. los Estado tienen el deber de proteger los derechos de las personas defensoras frente a actos u omisiones de actores no estatales cuando se cumplen los siguientes requisitos:

i) cuando existe una situación de riesgo real e inmediato; y ii) cuando el Estado conocía o debía tener conocimiento de ese riesgo real e inmediato. De actualizarse estos dos requisitos las autoridades que tuvieron dicho conocimiento deben adoptar las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo. De no cumplir con esta obligación, el Estado será responsable internacionalmente por la violación al deber de protección (CIDH, 30 de diciembre de 2017, párr. 150).

Más recientemente, en el *Caso Sales Pimenta Vs. Brasil* (2022), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (o “Corte IDH”) determinó que existió un escenario de impunidad estructural y sistemático relacionado con la falta de debida diligencia por muertes y desapariciones, “con 528 homicidios entre 1980 a 1993 y 772 entre 1971 y 2004, de los cuales, respectivamente, 239 y 574 sucedieron en el sur del Estado”. Contexto en el cual, la lucha por tierras fue lo que propició la muerte de cientos

de trabajadores rurales, líderes sindicales, abogados, defensores de derechos humanos en el estado de Pará, entre ellos, la muerte de Gabriel Sales. La conclusión general reitera, acorde a los hechos del caso, que los Estados tienen obligaciones “reforzadas de investigar y sancionar a los responsables de actos de violencia contra personas defensoras de derechos humanos, máxime cuando aquellas se generan en contexto de violencia e impunidad” (2022, párr. 47-48).

El Tribunal concluye que el Estado violó, entre otros, el derecho a la verdad, en perjuicio de los familiares del señor Sales Pimenta, con base en la transgresión de los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con su artículo 1.1 (2022, párr. 121). Pero entre las particularidades de este caso, está el hecho que el Tribunal interamericano ordena en su providencia que el Estado de Brasil cree e implemente, un protocolo de investigación, unificado e integral, dirigido específicamente a los delitos cometidos contra personas defensoras de derechos humanos, que tenga en cuenta los riesgos inherentes a su labor. Protocolo que deberá tener cuatro aspectos fundamentales, a saber:

(i) observar los principios de debida diligencia para identificar a todos los responsables, y los lineamientos “que complementan y refuerzan la debida diligencia para investigar violaciones de derechos humanos contra personas defensoras de los derechos humanos”, establecidos por el Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Michel Forst<sup>336</sup>; (ii) establecer criterios claros y uniformes de investigación; (iii) contener parámetros para todas las etapas de las investigaciones; (iv) reglamentar de manera integrada las atribuciones y responsabilidades específicas del Ministerio Público, la Policía, el Poder Judicial, los institutos de pericia y demás órganos involucrados en las investigaciones de graves violaciones de derechos humanos (*Caso Sales Pimenta Vs. Brasilla*, 2022, párr. 170).<sup>336</sup>

---

<sup>336</sup>Además, deberá considerar: 1) El concepto de persona defensora de derechos humanos; 2) los estándares sobre el desarrollo de instrumentos de investigación con la debida diligencia, incluyendo las mejores prácticas y estándares internacionales sobre debida diligencia según el tipo de delito (por ejemplo, ejecuciones extrajudiciales, homicidios, tortura, amenazas, *inter alia*); 3) Los riesgos inherentes a la labor de defensa de los derechos humanos en Brasil, con las especificidades regionales que existen; 4) El contexto en el cual desarrollan su trabajo las defensoras y defensores de derechos humanos y los intereses que enfrentan en el país y en cada región; 5) La existencia de patrones de amenazas y toda tipología utilizada para amenazar, amenazar, intimidar o agredir a las defensoras y defensores de derechos humanos en

Finalmente, en esta misma línea la CIDH llamó la atención sobre fortalecer el desarrollo y mejorar la implementación del programa nacional de protección, mismo que debe ser reforzado, con un marco legal robusto y mecanismos de coordinación entre agencias del Estado, con el fin de proteger a quienes defienden los derechos humanos. Resaltando la importancia, asimismo, “de tomar medidas para remediar las causas estructurales que provocan conflictos y violencia conectada con la reforma de la tierra y la defensa de los derechos humanos en estos temas”. La Comisión consideró que es crucial “la implementación de medidas colectivas de protección y [...] la implementación de los protocolos necesarios para la inclusión de una perspectiva de género, étnica y racial en la determinación, diseño e implementación de medidas de protección” (CIDH, 29 de diciembre de 2017, párr. 211).

Lo anterior es clave, si el análisis se cruza al caso colombiano, pues aunque precursor en la Región, en establecer un programa nacional de protección de defensores de derechos humanos, desde 1997; además de los mecanismos derivados de la firma del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, entre el gobierno y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo - “FARC-EP” (12 de noviembre de 2016); la dinámica del conflicto armado ha involucrado la disputa por la tierra, con facetas similares, cualitativamente, en tanto personas defensoras, líderes y líderes sociales (comunales, comunitarios y campesinos), junto a comunidades afrocolombianas e indígenas, son quienes más han padecido los estragos de la guerra, en sus territorios ancestrales, muchas veces desplazados y despojados de sus bienes, tanto desde el ámbito individual como colectivo.

En las Américas según la situación de cada país, ésta labor puede tener menor o mayor riesgo, pero en el caso concreto de Colombia, se ha

---

el ejercicio de sus actividades; 6) Criterios y técnicas de investigación para determinar si el hecho delictivo tiene relación con la actividad que realiza la persona defensora de derechos humanos; 7) Técnicas para investigar la existencia y funcionamiento de estructuras criminales complejas en la zona de trabajo de las defensoras y defensores, así como análisis de contexto de otros grupos de poder ajenos al poder público; 8) Técnicas para investigar autoría material e intelectual; 9) La perspectiva de género y de etnia en la investigación de los delitos involucrados, eliminando estereotipos y estigmatizaciones (2022, párr. 170).

identificado, por ejemplo que, el mayor riesgo está asociado en el contexto y en razón del conflicto armado, mismo que ha dejado miles de víctimas por múltiples factores que van desde desaparición forzada de personas, hasta ejecuciones arbitrarias y asesinatos múltiples en masacres emblemáticas, coyuntura en la cual muchas personas defensoras han tenido que permanecer en el exilio por temor contra sus vidas y otras, por el contrario, han seguido luchando en un contexto de guerra y miedo, pese a los acuerdos de La Habana.

## 6. CONCLUSIONES

Se concluye, afirmando que, en todo caso, dado el amplio *corpus iuris* existente, estas medidas pueden encontrar su efectiva aplicación si y solo si, parten de reconocer dichas diferencias para atender las particularidades de cada caso. Es necesario considerar la diversidad de las poblaciones que, por “sus características y condiciones, se encuentran en mayor grado de desventaja y con menores posibilidades de restablecer efectivamente sus derechos, posibilitando también el ejercicio de la ciudadanía desde la diferencia mediante la participación activa y los procesos de inclusión en la toma de decisiones” (Ministerio del Interior, República de Colombia, 2015).

El objetivo de un enfoque étnico diferencial para personas líderes defensoras de derechos humanos, es la comprensión de los múltiples factores de riesgos que se cruzan en, o fuera del contexto del conflicto armado, pues no se puede olvidar la discriminación étnica estructural que se cruza paralelamente. Esto exige comprender, por ejemplo, que las comunidades afrocolombianas y los pueblos indígenas tienen un relacionamiento distinto con el territorio y muchas veces sus condiciones habitacionales exigen un actuar distinto, gubernamentalmente, en las medidas de protección colectiva. Desconocer lo anterior, sería *per se*, un trato sin enfoque étnico diferencial.

## 7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Este estudio es resultado parcial del proyecto de investigación: “Problemas actuales de la justicia transicional y el sistema de responsabilidad

penal internacional: Estudio sobre las víctimas de violaciones de derechos humanos en el conflicto armado colombiano”, como parte del Programa Posdoctoral para la atracción de talento internacional “María Zambrano”, vinculado al Grupo de Investigación Derecho de la familia y Derechos Humanos, de la Universidad de Valladolid.

## 8. REFERENCIAS

- CIDH. (2019). Informe sobre la situación de personas defensoras de derechos humanos y líderes sociales en Colombia. OEA/Ser.L/V/II. Doc.262/19. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/DefensoresColombia.pdf>.
- CIDH. (2020). Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en el informe sobre la Situación de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Líderes Sociales en Colombia. Informe Anual. Capítulo V.
- CIDH. (30 de diciembre de 2017). Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 207/17. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/proteccion-personas-defensoras.pdf>.
- CIDH. (31 diciembre 2015). Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II. OEA.
- CIDH. (Junio 2021). Observaciones y recomendaciones de la visita de trabajo de la CIDH a Colombia realizada del 8 al 10 de junio de 2021. OEA.
- Corte Constitucional de Colombia. (25 de agosto, 2016). Auto 373 de 2016, Magistrado Presidente: Luis Ernesto Vargas Silva. Ref.: Evaluación de los avances, rezagos y retrocesos en la superación del Estado de Cosas Inconstitucional declarado mediante la sentencia T-025 de 2004, en el marco del seguimiento a los autos 008 de 2009, 385 de 2010 y 219 de 2011, Bogotá.
- Corte IDH. (30 de junio de 2022). Caso Sales Pimenta Vs. Brasil. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 454. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie\\_c\\_454\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_c_454_esp.pdf).
- Cumbre Agraria, Campesina, Étnica y Popular – CACEP Coordinación Social y Política Marcha Patriótica Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz – INDEPAZ. (Septiembre, 2019). Informe especial. Violaciones a los Derechos Humanos en tiempos de Paz. Bogotá: Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz – INDEPAZ.

- Gobierno Nacional - Presidencia de la República de Colombia. (12 de noviembre de 2016). Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, entre el gobierno y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo - “FARC-EP”.
- Observatorio de DDHH y Conflictividades de Indepaz. (Septiembre 14 de 2021). Líderes ambientales asesinados desde la firma del Acuerdos de Paz. Obtenido de <https://indepaz.org.co/wp-content/uploads/2021/09/L%C3%ADderes-ambientales-asesinados-desde-la-firma-del-acuerdo.pdf>.
- OIT ((27 junio 1989). Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Adopción: Ginebra, 76ª reunión CIT.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2004). Los Defensores de Derechos Humanos: Protección del Derecho a Defender los Derechos. Folleto Informativo No 29., Ginebra.
- ONU. (2018). El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los Defensores y las Defensoras de Derechos Humanos Michel Forst, Visita a Colombia 20 de noviembre al 3 de diciembre de 2018, Declaración de Fin de Misión. Bogotá: ONU. Obtenido de [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Defenders/StatementVisitColombia3Dec2018\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Defenders/StatementVisitColombia3Dec2018_SP.pdf).
- Presidencia de la República de Colombia - Ministerio del Interior. (21 de agosto, 2015). Resolución 1085 por medio del cual se expide el protocolo para implementar la Ruta de Protección Colectiva, del Programa de Prevención y Protección del Ministerio del Interior y la Unidad Nacional de Protección.
- Presidencia de la República de Colombia. (Diciembre 7, 2017). Decreto 2078 por el cual se adiciona el Capítulo 5, del Título 1, de la Parte 4, del Libro 2 del Decreto 1066 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior, sobre la ruta de protección colectiva de los derechos a la vida, la libertad, la integridad y la seguridad personal de grupos y comunidades.
- Presidente de la República de Colombia. (Noviembre 19, 2018). Decreto 2137, por el cual se crea la Comisión Intersectorial para el desarrollo del Plan de Acción Oportuna (PAO) de Prevención y Protección individual y colectiva de los derechos a la vida, la libertad, la integridad y la seguridad de defensores de derechos humanos, líderes sociales, comunales, y periodistas - "Comisión del Plan de Acción Oportuna (PAO) para defensores de derechos humanos, líderes sociales, comunales, y periodistas", Bogotá.

- República de Colombia - Ministerio del Interior. (2015). El enfoque diferencial para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras víctimas del conflicto armado. Bogotá D.C: Organización Internacional para las Migraciones.
- Sistema de Información sobre Agresiones contra Personas Defensoras de Derechos Humanos en Colombia - SIADDHH. (2019). Informe Anual 2018. La Naranja Mecánica. (D. Sánchez, & S. Muñoz Murillo, Edits.) Bogotá: Programa Somos Defensores - Asociación MINGA.
- Sistema de Información sobre Agresiones contra Personas Defensoras de Derechos Humanos en Colombia - SIADDHH. (2021). Informe anual 2020. La Mala hora. (L. Castro, & S. Muñoz Murillo, Edits.) Bogotá.

ACCESO AL DERECHO HUMANO A LA SALUD:  
MIGRANTES IRREGULARES EN MEXICALI,  
BAJA CALIFORNIA, MÉXICO

---

IVETH RAMOS SAMANIEGO

*Universidad Autónoma de Baja California*

YOLANDA SOSA Y SILVA GARCÍA

*Universidad Autónoma de Baja California*

ROBERTO VILLA GONZÁLEZ

*Universidad Autónoma de Baja California*

## 1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, el proceso del fenómeno migratorio es generado por un sinfín de complejas y variadas razones, ligado con la desigualdad y discriminación en los estados de origen y tránsito del migrante. Por citar algunas de las causas de movilidad son: para escapar a conflictos armados, persecución, mejorar su situación socioeconómica, catástrofes naturales y, acceso a demás derechos sociales como el de la salud, porque los países de origen no pueden cubrir esas necesidades. Por tanto, los países receptores de migrantes deben desarrollar políticas públicas eficaces frente a los nuevos desafíos sociales.

En este sentido, uno de las mayores problemáticas que se enfrentan los migrantes irregulares es el acceso al derecho humano de la salud, establecido en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, como “un nivel de vida adecuado que le asegure al individuo, como a su familia, la salud, el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

Asimismo, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por México lo estipula en su artículo 12. En la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se mandata en su artículo 4to, en concordancia con el artículo 1º, que en los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución.

De los anteriores instrumentos internacionales y la Constitución mexicana se destaca que, el derecho a la salud es esencial para llevar a cabo una vida digna, porque permite el pleno disfrute de otros derechos, por lo que

Para las personas migrantes, como para cualquier individuo, la salud constituye un bien primordial para su desempeño óptimo en la sociedad de tránsito o de recepción. ¿De qué les serviría tener derecho al trabajo, a la vivienda, a la educación o a la libre expresión, si no gozan de salud para ejercer dichos derechos? (Stoessle & Gonzalez Salazar, 19)

La ley establece que el Estado tiene como obligación no solamente respetar ese derecho de los individuos (absteniéndose de toda injerencia en el derecho a la salud de las personas), “sino también proteger ese mismo derecho (adoptando medidas para evitar la injerencia de terceros), cumplirlo (adoptando medidas para garantizar la efectividad plena de este derecho) y promoverlo (facilitando la recepción y difusión de información e ideas al respecto) sin excepción alguna.” (Comité de Derechos Económicos Sociales, 2016)

Por tanto, si la salud constituye un derecho primordial para el desempeño adecuado de otros derechos humanos de los migrantes irregulares, surgen las siguientes interrogantes para la investigación: ¿Pueden los migrantes irregulares tener acceso adecuado a la salud en Baja California? ¿Cuáles son los requisitos y documentos exigidos para lograr acceder a este derecho humano a la salud?.

Esta problemática se delimita espacialmente en la ciudad de Mexicali, Baja California, México, al ser ciudad fronteriza con Estados Unidos de América y su delimitación temporal comprende el año 2022.

## 2. OBJETIVOS

Exponer los retos y desafíos que tienen que enfrentar los migrantes irregulares, ante la institución de salud de Baja California, específicamente

los que se encuentran en Mexicali, Baja California; para identificar y exponer los obstáculos que se enfrenta nuestro grupo de estudio, y demostrar si en la práctica se cumple con lo establecido en la normativa nacional y los instrumentos internacionales que México es parte, en el ejercicio del derecho a la salud de este grupo vulnerable

### 3. METODOLOGÍA

La estructura de la presente investigación pretende exponer, analizar y verificar a través de una metodología mixta, con aplicación del método deductivo e investigación descriptiva de los desafíos a los que se enfrentan los migrantes irregulares para acceder de manera adecuada al derecho a la salud en territorio nacional, específicamente en Mexicali, Baja California, México.

Además del estudio del marco normativo internacional, nacional y local mediante el uso del método exegético para la interpretación de las normas aplicables, evidenciando las lagunas legales que dejan sin la protección de los derechos humanos, como el de la salud a los migrantes irregulares en México

En cuanto al análisis cuantitativo, se utilizarán técnicas de doctrina como de campo; el uso de la técnica documental, para la recolección de datos en la interpretación y análisis de información que surge a partir de las fuentes bibliográficas, hemerográficas, informáticas y normativas. En la investigación de campo se realizarán entrevistas, cuestionarios y encuestas directas a los migrantes objeto de estudio respecto a esta problemática migratoria en Mexicali, Baja California, México

### 4. DISCUSIÓN

La evolución del mundo y de las relaciones sociales son el resultado de los movimientos humanos, por tanto, la migración es un fenómeno tan antiguo como la existencia del hombre que forma parte de nuestra cotidianidad. El artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, mandata que toda persona tiene derecho a circular libremente y

a elegir su residencia en el territorio de un Estado y, tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) como organismo que busca mejorar la gobernabilidad de la migración y afrontar los desafíos asociados con la misma, así como para reforzar la contribución de los migrantes al desarrollo sostenible. En este sentido, el compromiso políticamente vinculante que representa el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular o Pacto Mundial sobre Migración del 10 de diciembre de 2018, es que aunque los Estados crean sus normas y leyes en materia migratoria, representa las pautas a seguir para los temas de migración.

Es a raíz de la globalización que, por la ubicación geográfica con Estados Unidos en la frontera norte y frontera sur con Guatemala entre otros países de Centroamérica, naturalmente México se ha convertido en un lugar de tránsito de personas migrantes.

Lo anterior no es algo que se haya presentado recientemente, al contrario, ya existen diversos estudios académicos y de la sociedad civil, que han sido pioneros en las nuevas teorías que estudian el fenómeno migratorio en la frontera norte de México, específicamente en Mexicali, Baja California, evidenciando los años que tiene existiendo las problemáticas con migrantes irregulares. Por tanto, Baja California, México, como estado fronterizo, debe ceñirse a los objetivos planteados por la Agenda 2030 de la ONU, donde declara que:

La Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible reconoce por primera vez la contribución de la migración al desarrollo sostenible; 11 de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) contienen metas e indicadores que son pertinentes para la migración o el desplazamiento. El principio básico de la Agenda es "no dejar a nadie atrás" y esto incluye a los migrantes.

La principal referencia a la migración en los ODS se establece en la meta 10.7: Facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas. Otros objetivos tratan también distintos aspectos de la migración tales como la trata de personas, las remesas y la movilidad internacional de estudiantes, entre otros. (ONU, 2021)

En este sentido, el derecho humano a la salud, representa que el acceso equitativo a los servicios de salud de las personas migrantes en tránsito irregular no es cosa sencilla, “porque reta la concepción tradicional de las políticas públicas de salud (especialmente, si se consideran desde una postura de derechos humanos) por su clandestinidad y su constante movilidad: no tienen necesariamente un domicilio fijo, se mueven con su fuente de trabajo y no cuentan con la información básica suficiente.” (Stoessle & Gonzalez Salazar, pág. 3)

Si bien es cierto que existen diversas teorías sobre la migración internacional, algunas se presentan con enfoques muy limitados y ambiguos, donde no se logra explicar totalmente los motivos y causas de la migración internacional, ya que estas motivaciones por parte de los migrantes se van modificando con el tiempo y dependiendo de las realidades sociales que vayan surgiendo.

La postura que prima la presente investigación es con enfoque de derechos humanos, siguiendo las directrices trazadas por los organismos internacionales como la ONU, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), así como los ODS descritas en el Pacto Mundial para la Migración, específicamente en el ODS 4: educación de calidad:

Meta 4.3: De aquí a 2030, asegurar el acceso igualitario de todos los hombres y las mujeres a una formación técnica, profesional y superior de calidad, incluida la enseñanza universitaria

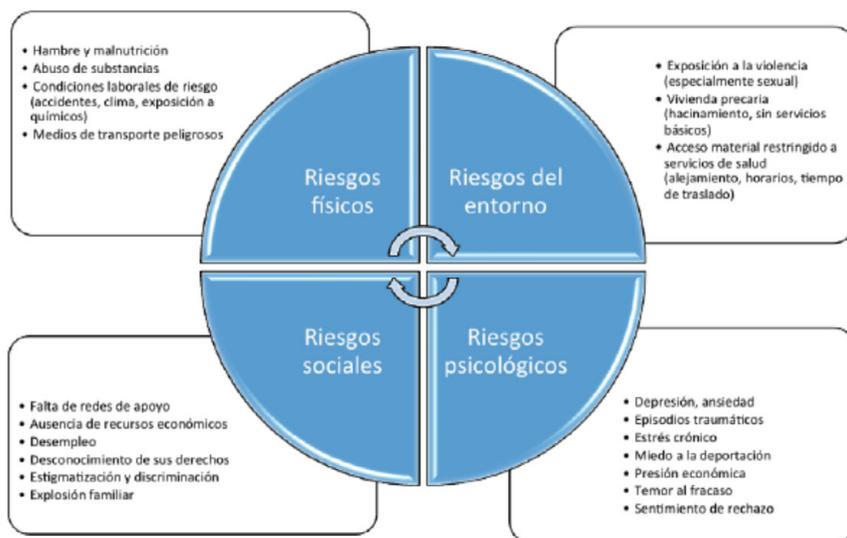
Meta 4.4: De aquí a 2030, aumentar considerablemente el número de jóvenes y adultos que tienen las competencias necesarias, en particular técnicas y profesionales, para acceder al empleo, el trabajo decente y el emprendimiento. (Portal de datos mundiales sobre migración, 2020)

Asimismo, la investigación seguirá lo establecido en la normativa mexicana, de acuerdo a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4to constitucional, que mandata que toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución, (Congreso de la Unión, pág. 8) y las reglamentaciones específicas sobre la condición de nacionalidad.

## 4.2. PRINCIPALES FACTORES DE RIESGO PARA LA SALUD DE LOS MIGRANTES IRREGULARES

Los migrantes irregulares, al realizar el viaje por territorio mexicano, trae consigo un sinnúmero de riesgos altos, especialmente de morbilidad y mortalidad. Las personas migrantes suelen encontrarse en situación de vulnerabilidad y son propensas a contraer enfermedades, “tanto por el estatus de salud en los países de origen, como por las condiciones de hacinamiento y pobreza en el país de acogida.” (Liberona Concha & Mansilla)

Asimismo, la comunidad científica del área de ciencias de la salud conculga que otros factores claves como “las carencias socioeconómicas, las barreras legales, socioculturales lingüísticas; o el rechazo social, especialmente para las personas en situación irregular que deben lidiar con altos niveles de violencia en el país.” (Organización Internacional para las Migraciones, 2016)



Fuente: [www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/tlamelaua/rt/printerFriendly/710/1774](http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/tlamelaua/rt/printerFriendly/710/1774)

En suma a lo anterior, la Organización Mundial de la Salud (OMS, 1948) define la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades”.

A continuación, la siguiente gráfica señala los principales factores de riesgo para la salud y de su interconexión, “puesto que se potencializan entre ellos hasta aumentar sensiblemente la vulnerabilidad de quienes cuentan con varios de ellos y provocar situaciones que rebasan la capacidad individual de resiliencia de los migrantes.” (Achoategui)

#### 4.2. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO A LA SALUD

Ahora bien, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) instituyó cuatro principios “esenciales e interrelacionados sobre los cuales descansa la plena realización del derecho a la salud y que deberían observarse en todas sus formas y a todos los niveles: accesibilidad, calidad, aceptabilidad y disponibilidad.” (Comité de Derechos Económicos, 2000). En los siguientes párrafos se explicará lo que el CDESC de la ONU definió a cada uno de estos principios esenciales sobre el acceso al derecho a la salud.

- La obligación de impartir cuidados médicos de calidad obliga al Estado a ofrecer una medicina actualizada, científicamente hablando, con un personal capacitado y formado adecuadamente, así como los medicamentos requeridos y equipos en buen estado; todo, en establecimientos limpios y condiciones sanitarias correctas.
- La aceptabilidad obliga al Estado a prestar servicios, bienes e información de salud con confidencialidad y siendo respetuoso de la ética y de la diversidad sociodemográfica y cultural de la población, especialmente de las minorías, además de ser sensible a las cuestiones de género, que no pueden ser usadas para negar la atención médica.
- La disponibilidad se refiere a la obligación de tener los suficientes programas, medicamentos y establecimientos de salud por todo el territorio nacional, para garantizar ese derecho, así como trabajadores debidamente calificados para atender todas las necesidades de salud de toda la población. Esto incluye

consideraciones básicas como tener acceso a agua potable. Ningún motivo ideológico debe limitar el acceso a los servicios para nadie.

- La accesibilidad se compone de cuatro dimensiones: económica, física, informativa y no-discriminación. Este principio implica que las acciones de salud del Estado no discriminen a nadie y que todo el mundo reciba también la información adecuada para ejercer su derecho a la salud, especialmente en cuanto al funcionamiento del sistema. Los establecimientos, bienes y servicios de salud, así como la información, deben estar al alcance geográfico de todas las personas presentes en el territorio nacional. El Estado tiene la obligación específica de asegurar que lo anterior le llegue a los grupos más vulnerables y marginados, dentro de los cuales se encuentran las personas migrantes (pero también los prisioneros, las personas con discapacidad, las personas que viven en zonas remotas, etcétera).
- La asequibilidad obligatoria implica que nadie debe quedar alejado de los servicios de salud por motivos económicos. También la información debe fluir, es decir, toda persona tiene el derecho a solicitarla y recibirla, ya sea en general o respecto a su propio estado de salud. Esta información debe impartirse de manera entendible y adecuada a los niveles cognitivos de cada persona, respetando siempre la privacidad y la confidencialidad de los individuos.

De los anterior, podemos decir que el principio de accesibilidad, es el que nos basamos ya que es específicamente enfocado a personas migrantes irregulares, ya que los otros tres hacen referencia al sistema nacional de salud en general.

#### 4.3. NORMATIVA MEXICANA PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO HUMANO A LA SALUD

Los migrantes en tránsito al decidir quedarse en las ciudades fronterizas, el gobierno debe emprender acciones a través de sus instituciones migratorias, de los planes para generar protección, respeto y oportunidades

de desarrollo en la localidad. Por tanto, procederemos a señalar cómo se determina la condición de extranjero en México, además, exponer la legislación nacional e internacional en la que México es parte.

En la legislación mexicana, el artículo 1º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), estipula en su párrafo primero que “...todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.” (Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos, pág. 1)

En su párrafo segundo establece que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Carta Magna y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia” (pág. 1). Asimismo, en el párrafo tercero se funda que, “queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional...o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.” (Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos, 2023)

Ahora, la condición jurídica de los extranjeros en México se encuentra establecido en el artículo 33 constitucional, el cual señala que “son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución.” (pág. 45). Por lo que:

...cualquier persona que se encuentre en el territorio nacional goza de todos los derechos humanos contenidos en la CPEUM y en los tratados internacionales de los cuales México es parte. Estos derechos incluyen, entre otros, derecho a la vida y a la integridad personal, libertad de expresión, conciencia y religión, acceso a la justicia y debido proceso, y prohibición de discriminación, detención arbitraria, tortura, esclavitud y trata de personas. (CNDH, 2018, pág. 4)

Pero también existen prohibiciones para los extranjeros en México, el mismo artículo 33 constitucional, en el último párrafo hace referencia a que, “los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país” (Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos, pág. 45). También el artículo 27 constitucional fracción I,

marca que “en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.” (pág. 32)

Es a partir del 25 de mayo de 2011 que “la Ley de Migración ha reemplazado a la Ley General de Población como el principal instrumento de regulación migratoria, en la que el Instituto Nacional de Migración (INAMI) tiene un papel central. Así, sólo el personal del INAMI puede revisar el estatus migratorio de los extranjeros y retener sus documentos de identidad si sospecha, que son falsos. Cualquier otra autoridad pública que lo haga es sujeta a una sanción.” (CNDH, pág. 7)

Este instrumento legal, estipula en su artículo 52 el tipo de estancia de extranjeros en México, en el caso particular de los haitianos, la estancia legal con la cual ingresaron al país se establece en:

...V. Visitante por razones humanitarias. Se autorizará esta condición de estancia a los extranjeros que se encuentren en cualquiera de los siguientes supuestos:

c) Ser solicitante de asilo político, de reconocimiento de la condición de refugiado o de protección complementaria del Estado Mexicano, hasta en tanto no se resuelva su situación migratoria. Si la solicitud es positiva se les otorgará la condición de estancia de residente permanente, en términos del artículo 54 de esta Ley. (Ley de Migración, pág. 18)

**TABLA 1.** Instrumentos jurídicos nacionales que obligan al estado de mexicano, a cumplir con el acceso y protección al derecho humano a la salud para migrantes

Instrumento jurídico nacional	Contenido en materia de acceso a la salud para migrantes en México
Ley General de Salud 2023	El artículo 2o. habla sobre las finalidades que tiene el derecho a la protección de la salud que, vinculado al artículo 4° de la Constitución, se concluye que la oportunidad de alcanzar las finalidades de la protección de la salud deben ser para todos los mexicanos por igual.
Ley de los Institutos Nacionales de Salud	Tiene por objeto regular la organización y funcionamiento de los Institutos Nacionales de Salud, así como fomentar la investigación, enseñanza y prestación de servicios que se realice en ellos.
Ley del Seguro Social	Establece que la seguridad social tiene por finalidad garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión que, en su caso y previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado. Esta seguridad social estará a cargo de las dependencias públicas federales o locales y de organismos descentralizados

La Ley Federal del trabajo	Señala que el trabajo es un derecho y un deber social, que no es un artículo de comercio, exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta, y debe efectuarse en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia.
Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación	Esta ley tiene por objeto prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona en los términos del artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y promover la igualdad de oportunidades y de trato.

Fuente: Elaboración propia, en el análisis del corpus iuris nacional del Estado mexicano (Secretaría de Salud , 2018)

En esta segunda tabla, es en referencia a los instrumentos jurídicos internacionales en materia de salud, donde se enlistan los “instrumentos internacionales, que obligan al Estado a proteger un conjunto de derechos humanos básicos para todos los individuos dentro de su territorio y sujetos a su jurisdicción.” (Naciones Unidas, 2014)

**TABLA 2.** *Instrumentos Internacionales jurídicos más relevantes, con relación al derecho humano a la educación*

<b>Instrumento Internacional</b>	<b>Contenido en materia de acceso a la educación para migrantes</b>
Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948)	El artículo 13 (Declaración Universal de Derechos Humanos), manda que toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado y, tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.
La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (21 de diciembre de 1965)	Señala, en su artículo 5° que el derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales son derechos que deben garantizarse sin distinción de raza, color, origen nacional o étnico.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1996)	Reconoce, en su artículo 12, el derecho de toda persona a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. A fin de asegurar este derecho, el Pacto señala como medidas necesarias, la reducción de la morbilidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños; el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas.
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988)	Reconoce en su artículo 10 que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

Resolución WHA62.14, OMS 2009	En materia de salud, México se ha comprometido, mediante la resolución WHA62.14 de la OMS de 2009 sobre la reducción de inequidades sanitarias actuando sobre los Determinantes Sociales de la Salud, a medir y actuar contra las inequidades en salud.
----------------------------------	---

Fuente: Elaboración propia, en el análisis del corpus iuris internacional

## 5. CONCLUSIONES

La realidad observada en las entrevistas de campo, nos dieron como resultado que los migrantes señalaron distintas barreras en el acceso al sistema de salud, cabe mencionar que algunas situaciones siempre han existido dentro del sistema, ya que también lo padecen todos los usuarios nacionales o extranjeros, como las siguientes: largas esperas y cancelación de citas, horarios limitados, malos tratos del personal de salud, poca información y de medicamentos, entre otros.

Pero las problemáticas descritas, en migrantes se maximizan, por ser parte de un grupo vulnerable con menos recursos y derechos restringido, aunado al poco conocimiento del sistema y los recursos que existen para apoyarlos, generando factores de abandono para los tratamientos a los que deben ser sometidos y tener continuidad en ellos. Sumando las causales de discriminación que enfrentan, potencializando los factores de riesgo para la salud.

Por tanto, concluimos que los programas y políticas públicas existentes en el país para el apoyo sobre el acceso a la salud para migrantes irregulares, debe tener aplicación efectiva y resulte asequible de manera sustantiva para el grupo objeto de estudio; también, demostrar que los trámites para ejercer este derecho, son permeados por el entorpecimiento por parte de los operadores del sistema jurídico y administrativo de salud, por las prácticas incorrectas así como el trato diferenciado hacia los migrantes irregulares, aunado a los engorrosos trámites burocráticos, lo que trae como consecuencia el bajo uso de los servicios públicos de salud por las personas migrantes irregulares y su preferencia por sistemas de salud privados, como las farmacias o en las organizaciones de la sociedad civil. Lo que genera un riesgo para el acceso a la salud en el Estado, limitando solo la opción a tratamientos complicados y costosos, dejándolos en una situación de vulnerabilidad extrema.

## 6. REFERENCIAS

- Stoessle, P., & Gonzalez Salazar, F. (19). De un Estado de Leyes a un Estado de Derecho: obstáculos en el acceso a la salud de los migrantes irregulares en Nuevo León. *Revista de Ciencias Sociales*.
- Achotegui, J. (s.f.). Migrar en condiciones extremas: El síndrome de Ulises. *Revista Norte de Salud Mental*(21), 39-52.
- Asamblea General de la ONU. (28 de JULIO de 1951). *Convención sobre el estatuto de los refugiados*. Recuperado el 15 de noviembre de 2021, de <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>
- Asamblea General de la ONU. (18 de diciembre de 1990). *Convención Internacional para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y los Miembros de sus Familias*. Recuperado el 15 de noviembre de 2021, de [https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cmw\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cmw_SP.pdf)
- Asamblea General de la ONU. (16 de diciembre de 1996). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Recuperado el 3 de diciembre de 2021, de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
- Asamblea General de la ONU. (11 de ENERO de 2019). *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular o Pacto Mundial de 2019*. Obtenido de <https://undocs.org/es/A/RES/73/195>
- CNDH. (julio de 2018). *Derechos de las personas migrantes: una guía para los servidores públicos*. Recuperado el 28 de noviembre de 2021, de <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/16-DH-guia-personas.pdf>
- Comité de Derechos Económicos. (11 de agosto de 2000). *Observación General Núm. 14*. Obtenido de <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf?view=1>
- Comité de Derechos Económicos Sociales. (2016). *Observación General Núm. 22*. Recuperado el noviembre de 10 de 2022, de [https://digitallibrary.un.org/record/836227/files/E\\_2016\\_22-ES.pdf](https://digitallibrary.un.org/record/836227/files/E_2016_22-ES.pdf)
- Congreso de la Unión. (2014 de mayo de 2014). *Reglamento de la ley de migración*. Recuperado el 11 de diciembre de 2021, de [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg\\_LMigra.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LMigra.pdf)
- Congreso de la Unión. (18 de abril de 2017). *Acuerdo Número 286, lineamientos de revalidación y equivalencia de estudios*. Recuperado el 15 de diciembre de 2021, de [https://www.sep.gob.mx/work/models/sep1/Resource/12234/14/images/Nuevo\\_acuerdo286.pdf](https://www.sep.gob.mx/work/models/sep1/Resource/12234/14/images/Nuevo_acuerdo286.pdf)

- Congreso de la Unión. (2019 de septiembre de 2019). *Ley General de Educación*. Recuperado el 11 de diciembre de 2021, de <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGE.pdf>
- Congreso de la Unión. (28 de mayo de 2021). *Ley de Migración*. Recuperado el enero de 2022, de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lmigra.htm>
- Congreso de la Unión. (20 de abril de 2021). *Ley General de Educación Superior*. Recuperado el 15 de diciembre de 2021, de [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGES\\_200421.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGES_200421.pdf)
- Congreso de la Unión. (9 de enero de 2023). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Recuperado el diciembre de 2021, de <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Declaración Universal de Derechos Humanos*. (1948 de diciembre de 10). Recuperado el 3 de diciembre de 2021, de [http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=26053&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=26053&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)
- Liberona Concha, N., & Mansilla, M. Á. (s.f.). Pacientes ilegítimos: acceso a la salud de los inmigrantes indocumentados en Chile. *Salud colectiva*, 13, 507-520.
- Moreno Mena, J. A. (2019). Migración haitiana hacia la frontera norte de México. *Espacio abierto: cuaderno venezolano de sociología*, 67-86.
- Naciones Unidas. (2014). *Naciones Unidas, Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado*. (N. Unidas, Ed.) Nueva York y Ginebra . Recuperado el 18 de noviembre de 2021, de [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreInternationalHumanRightsTreaties\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreInternationalHumanRightsTreaties_sp.pdf)
- ONU. (2021). *Organización de las Naciones Unidas*. Obtenido de <https://www.un.org/es/global-issues/migration>
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (22 de noviembre de 1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*. Recuperado el 5 de enero de 2022, de <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (17 de noviembre de 1988). *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Obtenido de <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html>

- Organización Internacional para las Migraciones. (2016). Recuperado el enero de 2023, de [https://micicinitiative.iom.int/sites/default/files/document/micic\\_mexico\\_1.pdf](https://micicinitiative.iom.int/sites/default/files/document/micic_mexico_1.pdf)
- Portal de datos mundiales sobre migración. (10 de diciembre de 2020). *Objetivos de desarrollo sostenible*. Recuperado el enero de 2022, de <https://www.migrationdataportal.org/es/sdgs?node=4>
- Secretaría de Salud . (7 de marzo de 2018). *Marco normativo de salud*. Obtenido de [http://onis.salud.gob.mx/site4/somos/marco\\_normativo.html](http://onis.salud.gob.mx/site4/somos/marco_normativo.html)

## LA UNESCO Y LA EDUCACIÓN INTERNACIONAL: REFLEXIONES PARA UNA PROPUESTA CONCEPTUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL

---

BLANCA YAQUELIN ZENTENO TREJO<sup>337</sup>  
*Benemérita Universidad Autónoma de Puebla*

### 1. INTRODUCCIÓN

Las expresiones “educación internacional” (EI) y la “educación para la comprensión internacional” según Martínez de Morentin de Goñi, fueron acuñadas desde 1974 por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) en un intento para su definición en: **1)** las decisiones del Consejo Ejecutivo (1946-2004) y **2)** la Recomendación sobre la Educación para la Comprensión, la Cooperación y la Paz Internacionales y la Educación relativa a los Derechos Humanos (DD.HH) y las Libertades Fundamentales (instrumento inspirador para la realización de la educación para la paz, los DD.HH y la democracia).

La EI se tornó necesaria para evitar la guerra, violencia y proponer la cooperación para alcanzar fines humanitarios, contenidos en la Carta de las Naciones Unidas (1945) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y en caso de guerra los Convenios de Ginebra y un sin número de acuerdos internacionales en materia de Derecho Humanitario Internacional (*ius in bellum e ius ad bellum*) para proteger víctimas de la guerra. Para tal fin, fue necesario que en las decisiones y recomendaciones de la UNESCO, se ordenara y resumiera el desarrollo del

---

<sup>337</sup> Profesora investigadora adscrita a la Facultad de Derecho de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Línea de Generación y Aplicación del Conocimiento: 1) Derecho Internacional y 2) Derecho y Educación. Mail: byzentenotrejo@hotmail.com y blanca.zenteno@correo.buap.mx

principio constitucional de la “educación orientada a la comprensión entre los pueblos” (educación para la comprensión internacional). Dicho proceso continuó en 1995 con la aprobación del Plan de Acción Integrado sobre la Educación para la Paz, los DD.HH y la Democracia (2004, pp. 4-6).

A la fecha siguen siendo expresiones amplias, indefinidas y vagas cuyo intento de conceptualización ha ido variando según los distintos enfoques en el espacio (distintas naciones) y el tiempo (distintas épocas/generaciones).

En este contexto, se analizan los componentes definicionales de la expresión “EI” como propuesta terminológica de la UNESCO, para discutirla y reflexionarla en un entorno complejo y crítico. Las expresiones dan por hecho el entendimiento de las mismas, sin embargo, es necesario replantearlas a partir del *ser*, es decir del ¿qué es? y luego su “función o finalidad” a través de la pregunta ¿para qué?

Actualmente las expresiones citadas juegan un papel importante dadas las distintas situaciones críticas que enfrenta el mundo (guerra, la hambruna, las movilizaciones humanas forzadas, pandemia, etc). Dichas expresiones fueron aceptadas institucionalmente e internacionalmente y pareciera que todos tuvimos voz en su construcción. La educación va más allá de un espacio tradicional de enseñanza o de un discurso (aunque sea el medio para lograr fines). En este contexto la autora intenta reflexionar los contenidos de las expresiones objeto de este capítulo en 4 apartados: 1) ¿Qué dice la UNESCO de las 2 expresiones?; 2) la EI como proceso; 3) la EI como programa; y 4) la EI como motivación.

## 2. OBJETIVOS

### 2.1. GENERAL

- Analizar las palabras preexistentes y significados inmersos en las expresiones EI y “educación para la comprensión internacional” propuestas por la UNESCO, para discutir y reflexionarlas en el actual entorno complejo y crítico y en el marco de las finalidades del Derecho Internacional.

## 2.2. ESPECÍFICOS

- Describir los acercamientos descriptivos de la EI a la luz de la UNESCO, para reflexionarlos en razón del ¿qué? y el ¿para qué?
- Retomar las reflexiones de la EI en razón del ¿qué? y el ¿para qué? para explicarla y cuestionarla como proceso, programa y motivación.
- Presentar reflexiones y una serie de interrogantes de la finalidad de la EI para criticar su función en las actuales crisis que enfrentamos como humanidad.

## 3. METODOLOGÍA

Se recurre a la descripción y aplicación del método analítico, que permiten llevar a la mesa del debate, reflexión y crítica el sentido y alcance de las dos expresiones aludidas.

## 4. RESULTADOS

Se proporciona al lector una serie de reflexiones y críticas conceptuales para el entendimiento de la EI como proceso, programa y motivación. Dicha sugerencia replantea el sentido y alcance de las expresiones en razón de su generalidad y vaguedad.

## 5. DISCUSIÓN

Se enfatiza en que las nociones proporcionadas por la UNESCO respecto a la “educación internacional” no cuadran con la expresión, el lector esperaría realmente un concepto o definición empezando por conceptualizar/definir ¿qué es la educación?, después comprender su ámbito espacial de aplicación, y concluir con la respuesta a la pregunta ¿para qué la educación internacional o el para qué de la comprensión para la EI? es decir, su finalidad. Es así, que a lo largo de este artículo se introducirá al lector a la reflexión y discusión de la EI propuesta por

la UNESCO. Se desmembran las palabras preexistentes y componentes definicionales de la expresión para proponer un concepto.

De la lectura de las nociones contenidas en las expresiones que aluden a la EI se esperaría un “concepto”, por lo menos como lo indica la RAE “1. m. Idea que concibe o forma el entendimiento...3. M. Opinión, juicio...” (RAE, 2021) o posiblemente se esperaría una definición sobre todo cuando al referirse a algo se utiliza “es” como conjugación del verbo ser.

Márquez Muro Daniel expone lo que debe entenderse por definición: “Entender lo que la definición dice lo que la cosa es, a diferencia del término que tan sólo la nombra [...] la definición no es un juicio sobre la idea, sino simplemente la explicación de su esencia o en lo que consiste.” (1990, p. 87). En otras palabras, la definición predica “lo que la cosa es” “la explicación de su esencia o en lo que consiste” y el término sólo “nombra la cosa”.

Es necesario formar una opinión o juicio (concepto) fruto de una construcción racional propia del ser humano para comprender las expresiones de educación internacional o educación para la comprensión internacional, que nos lleve a las concepciones de la UNESCO. Hablar de definición como un intento de proposición o para enunciarla con exposiciones claras y exactas de ambas expresiones respecto a cuáles son sus caracteres generales y diferenciadores de otras similares, resulta un reto o incluso un imposible, ya que induce a aspectos más complejos cuyo estudio no forma parte de este escrito.

De ahí que vale la pena averiguar si la expresión “educación internacional” proporcionado por la UNESCO y expuesto por Martínez de Morentin de Goñi es un término, concepto o definición. Un término resulta de las ideas como fruto de la primera abstracción, pero que es susceptible de definirse (lo que una cosa es) para poder llegar a un conocimiento perfecto de la misma expresión (Márquez Muro, 1990, p. 87), sin embargo, este espacio se delimita a su aspecto conceptual es decir, se refiere a concebir a partir de las palabras inmersas (preexistentes) en los propios significados de los componentes de las dos expresiones que

posiblemente nos llevarían a los expertos a la construcción de una definición.

A partir de las nociones de “educación internacional” proporcionada por la UNESCO, la que firma este artículo expone su propia apreciación preliminar, a fin de contar con elementos iniciales que induzcan a la reflexión y discusión, a saber:

Mi aportación sin entrar a la crítica del contenido de la expresión: es un conjunto de fases, etapas o actividades planificadas “proceso” que incluye un curso a seguir, vía o camino que termina, concluye o desenlaza su “recorrido” en la comprensión, cooperación y paz internacionales que a su vez son propósitos, objetivos o anhelos planteados por la propia organización internacional.

De esta manera, es posible que el lector tenga mayor claridad de la temática abordada, sin que esto pretenda ser una afirmación de lo que en el fondo quiso expresar la organización internacional.

### 5.1. ¿QUÉ DICE LA UNESCO DE LAS DOS EXPRESIONES?

Cuando escuchamos las expresiones, el lector esperaría un concepto o definición empezando por conceptualizar/definir ¿qué es la educación?, después comprender su ámbito espacial de aplicación, y concluir con la respuesta a la pregunta ¿para qué la EI o el para qué la comprensión para la EI? es decir, su finalidad.

Martínez de Morentin de Goñi, de manera inicial en la parte de la presentación de su libro “¿Qué es la educación internacional? Responde la UNESCO” la EI es: “[...] un proceso que desemboca en comprensión, cooperación y paz internacionales [...]”. (2004, p. 3).

Así de corta, amplia e indefinida es la expresión, aludida por la Organización de las Naciones Unidas (NU); sin embargo, es necesario desmembrar lo afirmado por la UNESCO y se parte de la pregunta ¿es posible clarificar esta descripción? La respuesta preliminar a la pregunta es ¡Si, si es posible!, pero lo que se intenta desmembrar en este artículo ¿será realmente lo que quiso decir la Organización citada?

También agregó que estos tres resultados, dependerán de:

“...conjugar tres perspectivas: 1) DD. HH -sumergiéndose en su significado-; 2) Libertades Fundamentales -ejercitando sus posibilidades y exigencias-; y 3) Sistema de las NU -conociendo esa forma de comprometerse en el logro de la paz.” (2004, p. 3).

Es decir, se deben combinar tres cosas entre sí: los DD.HH, las libertades fundamentales y el sistema de las NU, estas tres cosas son perspectivas es decir, maneras de ver o representar estos tres elementos con un enfoque institucional por lo menos así se percibe, ya que emana de la propia UNESCO.

Son tres enfoques en un mismo nivel (internacional), para formar una idea de su posición, situación o importancia que ocupan u ocuparán en la noción de educación internacional con respecto a su observador (las NU) las perspectivas buscarán la producción y reproducción de valores homogéneos en todas las naciones independientemente de su desarrollo jurídico, político, económico, etc.

Para la UNESCO, la EI es: “educación para la comprensión internacional.” y que ésta ha de:

“[...] impregnar todas las acciones y materias del sistema educativo. No es una asignatura aparte; ha de articularse con todas ellas. La educación internacional o educación para la comprensión internacional es el programa, la motivación de cualquier proceso de enseñanza-aprendizaje.”

Se da la idea de lograr la materialización de que la EI mediante todas las acciones posibles quede adherida al sistema educativo, pero vale la pena preguntarnos 1) ¿cuál sistema educativo? 2) ¿de quién o quiénes?

Las respuestas podrían ser, un sistema educativo universal o cuasi-universal común a todos los Estados parte de las NU o el de un Estado en particular que por supuesto son varios y diversos, de ahí la razón de armonizarlos o uniformarlos. La EI deberá estar adherida en las acciones (planes nacionales, educativos, de desarrollo, etc.) y materias (asignaturas) que forman parte de un sistema educativo, por lo que no deberá ser una asignatura, más bien deberá ser el eje transversal de las acciones y del sistema educativo del Estado, en este sentido, es el proyecto que incluye por supuesto una planificación y cuyas partes deberán transversalizarse en el sistema educativo. Este proyecto será lo que anime al Estado, personas, organizaciones, etc., a actuar rumbo a la materialización

de la EI. De esta primera parte se deduce que a partir de las concepciones identificadas en esta primera parte, hay que preguntarse:

1) ¿qué es la EI? A) es un proceso que desemboca en tres “resultados”: i) comprensión, ii) cooperación y iii) paz internacionales y para que se den estos tres resultados se dependerá de la conjugación de tres perspectivas: a) DD.HH, b) libertades fundamentales y el c) sistema de las NU; B) es el programa; y C) es la motivación de cualquier proceso de enseñanza-aprendizaje.

2) ¿para qué? A) para la comprensión internacional; B) para impregnar todas las acciones y materias del sistema educativo y C) para articularse con todas las acciones y materias del sistema educativo. Lo que no es: “No es una asignatura aparte”.

Al respecto, es importante recordar que un concepto, es una idea que se concibe o forma el entendimiento, es una opinión o juicio. La definición dice/predica lo que la cosa o algo “es” y se utiliza “es” como conjugación del verbo ser, es la explicación de la esencia o en lo que consiste algo, a diferencia del término que sólo nombra la cosa o ese algo.” (Marquez Muro).

En un intento de comprensión de las expresiones objeto de la ponencia podrían entenderse a juicio de la ponente que se alude a un conjunto de fases, etapas o actividades planificadas “proceso” que incluye un curso a seguir, vía o camino que termina, concluye o desenlaza su “recorrido” en la comprensión, cooperación y paz internacionales que a su vez son propósitos, objetivos o anhelos planteados por la propia organización internacional. A partir de aquí es posible que el lector tenga mayor claridad de la temática abordada, sin que esto pretenda ser una afirmación de lo que en el fondo quiso expresar la UNESCO.

Por otro lado, una de las preguntas formuladas al interior de la UNESCO (en 1947, el Consejo Ejecutivo) era si educación, ciencia y cultura servirían para promover y mantener la paz y la seguridad. (2004, p. 7). En este contexto, se analizan los componentes definicionales de la expresión EI como propuesta terminológica de la UNESCO, a fin de someterla a la discusión y reflexión conceptual en un entorno complejo y crítico.

A efectos de averiguar la intención de las expresiones EI y “educación para la comprensión internacional” ya que sus propias denominaciones no lo explican y dan por hecho el entendimiento de las mismas y también en ausencia de un concepto o definición clara, en este artículo se analiza a partir del ser, es decir del ¿qué es? y luego su “función o finalidad” a través de la pregunta ¿para qué?

Los planteamientos que se exponen a lo largo del documento, exponen la urgencia de replantear conceptos aceptados internacionalmente y en la que todos tengan voz. Se requieren esfuerzos teórico-prácticos para atender las problemáticas educativas nacionales cuyo punto de partida será el entendimiento y la comprensión conceptual y de las definiciones de las citadas expresiones. Su enfoque deberá ser integral, profundo y amplio, para alcanzar el objetivo planteado.

## 5.2. LA EDUCACIÓN INTERNACIONAL COMO PROCESO

La UNESCO afirmó que la EI, es un proceso que desemboca o produce tres resultados: comprensión, cooperación y paz internacionales. Se considera puede haber más resultados a partir de una apreciación teleológica y axiológica. Los resultados tienen apariencia de finalidades o valores ampliamente incluidos en los distintos instrumentos jurídicos internacionales y discutidos en la doctrina del DI. Esta afirmación ha sido institucionalizada en los planos nacional e internacional tanto por los Estados-nación, como por los organismos internacionales en sus distintas fases históricas como económicas y sociales. Pero estas fases han considerado factores que pueden dominar en un momento histórico, pero como afirma Edgar Morin: “[...] lo dominante es rotativo [...]” (2012, p. 19.)

Estos tres “resultados” o “logros”, dependerán de conjugar tres perspectivas o conjugar tres grandes sistemas: 1) los DD.HH; 2) las Libertades Fundamentales; y 3) el Sistema de las UN, lo que constituye un reto, un desafío institucional en todos los tópicos y niveles de la gobernanza estatal, regional y mundial actual, ya que cada Estado deberá garantizar no sólo en el ámbito de sus respectivas legislaciones la observancia de los DD.HH, el respeto a la libertades fundamentales no sólo en el marco del DI que emana del Sistema de las NU, sino también al seno de los distintos sistemas jurídicos contemporáneos existentes en el mundo.

En este tema existe una brecha de observancia y de buena gobernanza así como del cumplimiento al principio de “estado de derecho” que merece un análisis y reflexión profunda. Los informes de las relatorías y observadores de las NU son desagradables y alarmantes en las distintas regiones del mundo. Vale la pena reflexionar sobre: a) ¿cómo impregnar en la mente de los ciudadanos una concepción internacional o cuasi-universal de la educación en estos tres tópicos?; b) ¿es posible avanzar en la asimilación de la EI con temas vitales pendientes por resolver?; y ¿qué es lo que realmente persigue la UNESCO u otros organismos internacionales? etc.

En cuanto al primer componente, a saber: “proceso” que deviene del lat. *Processus* la definición que más se acerca al contexto de la explicación de la UNESCO, por lo menos es lo que se aprecia en conjunto, podría referirse a la tercera acepción “3. m. Conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial.” (RAE, et., al., 2021). En este sentido, resulta interesante cuestionar ¿a qué “proceso” se refiere o cómo se llama el proceso? y ¿a qué conjunto de “fases sucesivas” se refiere? y ¿en qué sistema se encuentran? ¿en el sistema de NU? y ¿cómo se da el aspecto “sucesivo” a fin alcanzar los tres resultados: comprensión, cooperación y paz internacionales?

Lo anterior, permite dar pauta al segundo componente que alude a “resultados” perfectamente identificados en la expresión, y que también, han sido de uso común y recurrente en los discursos de los organismos internacionales, en este sentido, es importante proporcionar algunos acercamientos etimológicos:

*Comprensión (primer resultado)*. A fin de conocer su sentido es necesario primero describir el verbo o la acción “comprender” que significa: “1. tr. Abrazar, ceñir o rodear por todas partes algo. [...] 3. tr. Entender, alcanzar o penetrar algo. (RAE, et., al., 2021). También se puede entender “comprensión”, que se define en sus distintas acepciones como: “1. f. Acción de comprender o comprenderse; 2.f. Facultad, capacidad o perspicacia para entender y penetrar las cosas; 3.f. Actitud comprensiva y tolerante; 4.f. Fil. Conjunto de propiedades que permiten definir un concepto, por o posición a extensión”. (RAE, et., al., 2021).

*Cooperación (segundo resultado)*. Del lat. tardío *cooperatio*, *-ōnis*. “1. f. Acción y efecto de cooperar.” (RAE, et., al., 2021). Cuando se alude al verbo, cooperar. “Del lat. *cooperāri*. “1. intr. Obrar juntamente con otro u otros para la consecución de un fin común. y 2. intr. Obrar favorablemente a los intereses o propósitos de alguien.” (RAE, et., al., 2021).

*Paz internacionales (tercer resultado)*. A fin de comprender la expresión, se recurre a la definición de la palabra *paz*: “1. Gral. Ausencia de guerra.” y en un contexto jurídico “2. Int. púb. Tratado que establece las condiciones del fin de una guerra.”, pero también (Panhispanico, RAE, et., al, 2022). Respecto a la palabra “internacionales” deviene de: internacional, De inter- y nacional: “1. adj. Perteneciente o relativo a dos o más naciones. 2. adj. Perteneciente o relativo a países distintos del propio... 3. adj. Que trasciende o ha trascendido las fronteras de su país...” (RAE, et., al, 2022). En este mismo sentido, Morán-Quintanilla Raso, en Panhispanico, RAE, et., al., brinda un contexto histórico interesante en el que resalta que la paz general se establecía de modo relativamente natural y ágil, su base era el conocimiento y la confianza mutua, era un principio jurídico de obligado cumplimiento, cuya ruptura se consideraba un delito castigado con la enemistad o exclusión de la paz general (2022).

Reflexión. A fin de entender qué es y para qué es la EI es necesario reflexionar sobre sus elementos, en primer lugar cuando se alude a que es un “proceso” a ¿qué proceso se refiere? ¿cuándo y dónde se inició ese proceso? ¿quiénes lo iniciaron?, etc., que desemboca en tres resultados, ¿quién evalúa el alcance de los resultados? ¿los hemos alcanzado?

En este sentido, la firmante del artículo propone el siguiente *acercamiento conceptual-reflexivo de la EI, a través de los indicios proporcionados por la UNESCO*. La EI se concibe como un conjunto de fases o etapas sucesivas del proceso o procesos de enseñanza-aprendizaje/aprendizaje enseñanza, pero ¿cuándo, dónde y quiénes iniciaron el proceso (no se tiene claridad del aspecto sucesivo). Dichas fases son parte del proceso aludido como EI. Para lo cual es necesario conocer/comprender el conjunto de “fases sucesivas” ¿cómo se llaman, en qué fase vamos, cuándo concluye? Es posible que esas fases/etapas sean distintas o tengan inicio y conclusión también distintos en razón de los

sistemas educativos nacionales variados en las que se requerirán incorporar y estas a su vez en un sistema universal como el de las NU que deberán desembocar en tres resultados aspiracionales: comprensión, cooperación y paz internacionales, de uso común y recurrente en los discursos de los organismos internacionales.

Por lo anterior, los individuos, personas, grupos, Estados y grupos de Estados deberán tener la capacidad (comprender) para entender ese “algo” posiblemente el ¿proceso, sus etapas y características? Todos deberán actuar en conjunto y de manera favorable ¿con quién o quiénes se debe actuar conjuntamente? para la consecución de determinados intereses, propósitos o fines comunes o de alguien ¿cuál es el fin común o intereses o propósitos de alguien? Evidentemente la finalidades y propósitos deben atender a las personas, grupos, el Estado, los organismos regionales e internacionales, etc. (cooperación). La consecución de esos intereses reflejarían una ausencia de guerra (entre dos o más naciones o países) o de su existencia bajo las condiciones normativas del Derecho Internacional. La paz debe ser el principio de conocimiento y confianza mutua, la obligación moral y jurídica exigible a todos cuya ruptura debería ser castigada (paz) ¿Qué tan lejos estamos de comprender, cooperar y de alcanzar la confianza mutua en un mundo donde prevalecen los conflictos y la guerra sin comprensión y cooperación para poner un alto al fuego, a la violencia en todas sus expresiones, a la intolerancia, la desigualdad de oportunidades, a la imposición, etc. ?

### 5.3. LA EDUCACIÓN INTERNACIONAL COMO PROGRAMA

La EI como programa, Del lat. tardío *programma*, y este del gr. πρόγραμμα *próγραμμα*. La palabra tiene varias acepciones, entre las que más se ajustan al contexto de la expresión es:

[...] 2. m. Previa declaración de lo que se piensa hacer en alguna materia u ocasión. 3. m. Tema que se da para un discurso, [...], etc. 4. m. Sistema y distribución de las materias de un curso o asignatura, que forman y publican los profesores encargados de explicarlas. [...] 7. m. Proyecto ordenado de actividades. 8. m. Serie ordenada de operaciones necesarias para llevar a cabo un proyecto. (RAE, et., al, 2021).

Los Estados y sus instituciones deberán proyectar de manera ordenada y sistemática en distintos niveles y con distintas metodologías a la EI en el marco de los DD.HH, como un eje transversal de la educación principalmente pública y en la medida de lo posible en la educación privada los objetivos y propósitos de las NU y sus principales instrumentos inspiradores y normativos del respecto a los DD.HH y libertades fundamentales. Transversalizar la igualdad, la cooperación, la paz es todo un reto, en los ámbitos de las distintas gobernanzas actuales.

En este contexto, la Asamblea General de la ONU adoptó la “Agenda 2030” para el Desarrollo Sostenible como parte de su programa. Para ejecutar dicha agenda es necesario *educar internacionalmente* a “todos” para el cumplimiento de dicha agenda (ONU, 2022). Sin embargo, la agenda contiene tópicos tan complejos, distintos, y complicados que dejará de lado las propias concepciones de las personas, grupos e incluso estados.

Las libertades fundamentales dejarán de ser entendidas en su concepción tradicional para dar paso a una universalización del pensamiento y conducción uniforme de la humanidad, en el afán de aplicarla por ser el plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad, que también tiene la intención de fortalecer la paz universal, pero vale la pena preguntarse ¿cuál paz? si actualmente estamos viviendo en una condición de guerra o amenaza de guerra constante, la violencia ha aumentado, la discriminación sigue presente, la amenaza a la seguridad alimentaria, el aumento de la pobreza, etc., el acceso a la justicia sigue siendo una aspiración eterna, un sueño, una utopía ¿la Agenda 2030 seguirá estando vigente, aún en el actual mundo complejo que no garantiza nada? La resolución aprobada por la ONU reconoció que el mayor desafío del mundo actual es la erradicación de la pobreza y si no se erradica no hay desarrollo sostenible (Naciones Unidas-Asamblea General, 2022) la actual guerra ha dejado cada vez a más gente en estado de pobreza, aun así, la Agenda regirá los programas de desarrollo mundiales durante los próximos 8 años.

La Agenda implica un compromiso común y universal, en consecuencia requiere una educación universal de todos los sujetos que forman y formarán parte de esta agenda, a pesar de que cada país enfrenta retos

específicos en su búsqueda de la paz, prosperidad, desarrollo, etc., la idea de soberanía cada vez está más cuestionada, no se puede hablar de soberanía alimentaria, energética, ecoómica en un mundo cada vez más desintegrado, ¿cómo educar universalmente en un mundo desigual en todos los sentidos? ¿cómo se lograría una educación universal de calidad, cuando no se ha alcanzado una educación local o incluso regional de calidad?

#### 5.4. LA EDUCACIÓN INTERNACIONAL COMO MOTIVACIÓN

Para comprender la EI como *motivación*, es necesario remitirse a su significado “1. f. Acción y efecto de motivar. 2. f. motivo (|| causa) ...” (RAE, et., al, 2021), estas definiciones nos dirigen a el verbo “motivar” y su significado nos expone: “1. tr. Dar causa o motivo para algo... 2. tr. Dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo... 3. tr. Influir en el ánimo de alguien para que proceda de un determinado modo... 4. tr. Estimular a alguien o despertar su interés.” (RAE, et., al, 2021). Todas estas definiciones contextualizan de manera cercana lo que se pretende explicar. La EI comprende las razones, explicaciones o motivos que se tienen y aquí surgen las primeras preguntas ¿quién tiene los motivos, razones o explicaciones para lograr la meta? ¿cuál es la meta? ¿serán las de la Agenda 2030? para influir en el ánimo de alguien, aquí surgen las otras preguntas ¿influir en quién o quiénes? es decir, lograr que ese alguien proceda o actúe de determinada manera o forma ¿cuál es la manera o la forma en que se pretende que se actúe?

La EI deberá según las NU y la UNESCO ser el motivo, la inspiración de los individuos, los organismos internacionales, locales, del propio Estado que lleve al cumplimiento de los objetivos globales ¿cuáles? ¿de quién es? Cabe reflexionar que estos cada vez sucumben en la confusión de la concepción de la igualdad, la democracia, el respecto, la libertad en su más amplia concepción, etc., donde hay un mundo cada vez más desigual, antidemocrático, restrictivo de las libertades fundamentales, deteriorado, e injusto ¿La EI transita hacia ideales distintos o se mantiene en los mismos a los que la crearon posiblemente en su origen?

En posible que en la posguerra, las personas, ciudadanos, grupos, Estados, naciones, organismos internacionales, comunidad política

internacional, etc., tuvieran ideales distintos a los del siglo XXI, la facultad, capacidad o perspicacia para actuar de manera conjunta (cooperación) y favorable (actitud comprensiva y tolerante), estaba rodeada de un contexto histórico-político deseoso de paz, libertad, desarrollo, progreso, etc., era el boom de los anhelos de nunca más verse ante un conflicto bélico mundial de vernos como enemigos todos, donde la intolerancia racial, religiosa, étnica estaban presentes de manera más acentuada que en nuestros días, era necesario emprender caminos para alcanzar intereses, propósitos o fines de “alguien” o “algunos” o propósitos o fines “comunes” para entender ese “algo” o “ciertas cosas”.

A tal efecto o tales efectos era necesario emprender acciones, para evitar las guerras, abolir la esclavitud, acciones para alcanzar la libertad de credo, de posturas políticas, libertad de cátedra, de expresión sin temor a represalias, etc., salimos de la posguerra, del holocausto, del apartheid, etc., esto debió abrazarse a esto debíamos ceñirnos, incluso justificar los actos de las personas, grupos, organismos, organizaciones -públicas y privadas- el propio estado, etc., para su logro.

A tales fines se requirió la cooperación de las personas y el Estado o comunidad política internacional para actuar en conjunto (todos los actores) es allí donde proliferaron los instrumentos jurídicos encaminados a preservar la paz, alcanzar el progreso, abolir la esclavitud, sancionar la guerra, etc., y se convirtieron en fines comunes, las acciones realizadas debían favorecer los intereses o propósitos de alguien que eran los intereses comunes claros, precisos, legítimos y sociales, etc. Esas acciones estaban encaminadas a evitar por todos los medios jurídicos (tratados u otros instrumentos jurídicos) y diplomáticos la guerra, hoy en pleno siglo XXI la guerra sigue presente, el mantenimiento de la paz, están basadas en el desconocimiento y pérdida de confianza mutua entre todos los sujetos del Derecho Internacional, dejó de ser el principio rector (y no una recomendación). Como obligación jurídicamente exigible para todos se torna en un anhelo, su ruptura o amenaza es constante y latente parecería que ya no es un delito, se tronó en una necesidad, su castigo se torna lejano. La defensa mutua parece no ser obligatoria. La seguridad internacional sigue siendo un anhelo, años después de la posguerra, ¿hemos avanzado o retrocedido? A 48 años del desarrollo de las

expresiones EI y Educación para la comprensión internacional, sigue en la mesa del debate interminable.

## 6. CONCLUSIONES

La EI o la educación para la comprensión internacional, plantea un conjunto de fases, etapas sucesivas o actividades planificadas como parte de un proceso, es posible que el nombre del proceso aluda a los procesos de enseñanza-aprendizaje o aprendizaje-enseñanza de cada país, Estado-nación, o incluso regiones (no se habla nada de los procesos educativos en Estados-nación multi-pluriculturales apartados de las cosmovisiones de occidente y de las Naciones Unidas) con fechas de inicio y conclusiones distintas, según su propios avances y desarrollos.

El proceso aludido no permite tener claridad sobre la etapa o fase en la que nos encontramos, así como el inicio o el fin del mismo, en este sentido, es necesario conocer/comprender el conjunto de “fases sucesivas” ¿cómo se llaman, en qué fase vamos, cuándo, concluyen? ¿quiénes supervisan el proceso lo tendrán claro?

En palabras de la UNESCO el proceso concluye o desenlaza su “recorrido” en la comprensión, cooperación y paz internacionales (propósitos, objetivos o anhelos planteados por la propia organización internacional) de uso común y recurrente en los discursos de los distintos organismos e instrumentos jurídicos internacionales. Dicho proceso, llevará a “todos” en absoluto a tener la capacidad para entender la propia Agenda 2030 como parte del programa a seguir y otros que pudieran surgir en este mundo de cambios constantes y radicales para que todos actúen en conjunto y de manera favorable (cooperación internacional) para la consecución de determinados intereses, propósitos o fines comunes de quienes deben tomar las decisiones o rumbo del planeta.

Lo interesante es que la Agenda 2030, no está siendo compatible con las acciones actuales de los Estados y comunidad política internacional que están conduciendo al mundo en un estado de guerra o de amenaza a la paz, la violación al Derecho Internacional es una constante ¿cómo educar internacionalmente para el cumplimiento de una agenda que cada vez más nos aleja del ejercicio de las libertades fundamentales, del

respeto irrestricto a los DD.HH y de la paz? La motivación deberá seguir siendo el respeto, la tolerancia, la seguridad internacional, el acceso a la justicia, la libertad de credo, de expresión, de circulación, etc.

La UNESCO afirma: “Puesto que las guerras nacen en la mente de las mujeres y de los hombres, es en la mente de las mujeres y de los hombres donde deben erigirse los baluartes de la paz.” (UNESCO, 2022) De ahí la necesidad de educar internacionalmente a quiénes pretenden hacerlo ¿cómo impregnar en la mente de la humanidad el deseo y acciones para la paz, seguridad, respecto a la humanidad, a las diferencias, si quiénes pretenden hacerlo, son los primeros que deberían educarse (miembros del Consejo de Seguridad de las UN)? ¿cómo cambiar la mente de los pueblos indígenas para que sus usos y costumbres comulguen con los estándares de DD.HH?

A finales del 2019 a la fecha, somos sobrevivientes de una pandemia que aún no acaba (provocada o sigue presente) y que cobró la vida de millones de personas en todo el mundo, somos testigos de la guerra en Ucrania, amenazas a la paz y seguridad internacionales por parte de China, los EE.UU, la OTAN, las constantes amenazas contra Israel, los desplazamientos forzados de miles de personas en todo el mundo por la constante amenaza a su vida e integridad física y psicológica que implica la guerra o los conflictos armados nacionales e internacionales, la pérdida de soberanía alimentaria que provoca inseguridad, la creación de la religión única, etc.

A 75 años de la UNESCO ¿qué tanto se ha avanzado? la pregunta sería ¿cómo y para o por qué retrocedimos a 75 años de haber acuñado la idea de la educación para la comprensión internacional de los pueblos? Si lo que menos hemos visto es una comprensión entre los humanos, más bien, parece que se intentó educar internacionalmente durante este periodo (75 años) para alcanzar los fines de alguien o algunos grupos interesados en fines propios y no humanitarios. Se pretende incluir en una sola expresión “educar internacionalmente” a todos los pueblos y culturas cuando estas son distintas, al respecto Edgar Morin afirma:

“...una cultura proporciona los conocimientos, valores, símbolos que orientan y guían las vidas humanas. La cultura de las humanidades fue, sigue siendo y tiene que convertirse en una preparación para la vida, pero no para una élite sino para todos.” (2008, p. 50).

¿la EI o la educación para la comprensión internacional de los pueblos/culturas deberá ser la misma? ¿cómo lograrlo? Habría que partir de las diferencias o de las similitudes, o simplemente partir de la identificación como humanos, o de un fin común institucionalizado ¿Cómo armonizar un mundo incierto, sin identidad, sin rumbo...? Para lo cual será necesario según Edgar Morin: “[...situar todo en el contexto y en la complejidad planetaria.” (1999, p. 35).

Es evidente el retroceso humano, institucional y estatal, las violaciones a los DD.HH van en aumento, la falta de sanciones a los crímenes de guerra son evidentes, el punto de no retorno en materia de contaminación ambiental es un hecho, las limitaciones para el acceso a la información y al conocimiento de los pueblos indígenas, es constatable (existen brechas digitales), la eminente amenaza a la libertad de credo (en razón de la descalificación de la *fe* concebido como un obtáculo para el logro de fines humanitarios) las restricciones constitucionales expresas para la salvaguarda de otros bienes jurídicos no siempre justificables, etc., no forman parte del desarrollo humano.

En este sentido, la misión de la UNESCO como organismo dedicado a “conseguir el establecimiento de la paz mediante la cooperación internacional en los ámbitos de la educación, la ciencia, la cultura y la comunicación e información” está cuestionada. Así como sus programas encaminados para el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) retomados en la Agenda 2030 de 2015 (UNESCO, 2022) están a un paso de ser alcanzados para reorganizar a un mundo que no funciona a intereses institucionales. Hay un camino muy grande aún por recorrer!

## 7. REFERENCIAS

- Márquez Muro, Daniel. (1990). *Lógica*. Porrúa. México.
- Martínez de Morentin de Goñi, Juan Ignacio. (2004). ¿Qué es la educación internacional? Responde la UNESCO, Centro de Formación UNESCO-Florida Eskola y Centro UNESCO de San Sebastián. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000138579>
- Naciones Unidas-Asamblea General (25 de junio de 2022). Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S)
- ONU. (20 de mayo de 2022) Objetivos de desarrollo sostenible. La Asamblea General adopta la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>
- Panhispánico, Real Academia Española, Cumbre Judicial Iberoamericana, y Asociación de Academias de la Lengua Española. (2022). Diccionario Panhispánico del español jurídico. <https://dpej.rae.es/lema/paz>
- Real Academia Española, DEL y Asociación de Academias de la Lengua Española. (2021). Diccionario de la Lengua Española. Concepto. Edición del Tricentenario. <https://www.rae.es>
- UNESCO (27 de noviembre de 2022). El mandato y misión de la UNESCO en resumen, <https://www.unesco.org/es/brief>
- Morin Edgar. (1999). *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*. Dower. México.
- Morin, Edgar. (2008). *La cabeza bien puesta. Repensar la reforma. Reformar el pensamiento. Bases para una reforma educativa. Nueva visión*, Buenos Aires.
- Morin, Edgar. (2012). *¿Hacia dónde va el mundo?*. Paidós. España.

## EL SOBRESEIMIENTO DEL JUICIO DE AMPARO Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

---

ALMA AIDEÉ SERRANO RIVERA

*Universidad Autónoma de Baja California*

LUIS CARLOS CASTRO VIZCARRA

*Universidad Autónoma de Baja California*

### 1. INTRODUCCIÓN

Como en prácticamente todos los países democráticos, en México existen diferentes medios de control constitucional, los cuales están encaminados a hacer prevalecer la Constitución y con ello, el estado de Derecho. Estos, están implementados, precisamente, para defender el orden establecido por nuestra Carta Magna, a través de la salvaguarda de las normas generales y de los actos de autoridad, como base de un estado de Derecho.

El juicio de amparo, es considerado como el medio de control de la constitución más importante dentro de nuestra legislación, mismo que ha servido de base para diversos países, ya que tiene fama de poseer “un alto grado de especialización” en cuanto al fortalecimiento de sus medios de protección de Derechos Humanos. Este juicio tiene dos vertientes diferentes, primeramente, tenemos que mencionar el amparo directo y posteriormente el amparo indirecto indirecto.

En el presente documento nos avocaremos al estudio del del segundo de ellos, haciendo un importante énfasis en la causal de sobreseimiento establecida en la fracción IV del artículo 63 de la ley de la materia, en relación al derecho humano constitucional y convencional de Acceso a la Justicia y a la Tutela Judicial Efectiva, así como al principio Pro Persona.

### – Amparo Directo

Es necesario mencionar que hay una importante distinción entre los juicios de amparo existentes. En el caso del amparo directo, es el medio procesal idóneo para atacar la constitucionalidad de determinada resolución, únicamente cuando se trata de sentencias definitivas o que ponen fin al procedimiento, agotando previamente los medios de defensa previstos por la legislación, por lo que, muchos juristas hablan de que es una especie de recurso y no de un juicio propiamente. Este procedimiento se presenta ante la Autoridad Responsable y es resuelto por los Tribunales Colegiados de Circuito. También se habla de que este amparo es uninstancial, al seguir la regla de que las sentencias recaídas, no son recurribles.

### – Amparo Indirecto

Se trata de un juicio constitucional, atendido por los Tribunales de la Federación, específicamente en los Juzgados de Distrito y los Tribunales Colegiados de Apelación, en contra de actos de autoridad, normas generales o contra actos de particulares cuando figuran como autoridades, cuando se considere que existe una violación de derechos humanos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o bien, en los Tratados Internacionales de los que México forma parte, siempre que esta recaiga en una afectación actual, personal y directa a los derechos de una persona jurídica, con el fin de que dicho acto sea declarado inconstitucional y se restituya al quejoso en el pleno goce del derecho violentado.

Se trata de la única garantía constitucional mediante la cual, los gobernados pueden defenderse de las arbitrariedades en que incurren las autoridades y de particulares que ejerzan actos equivalentes a los de autoridad.

## 2. EL SOBRESSEIMIENTO EN EL JUICIO DE AMPARO.

Los juicios de amparo indirecto, tienen dos diversas formas de concluir, la primera de ellas es mediante sentencia definitiva resolviendo el fondo de la cuestión planteada, mientras que la segunda, el denominado

sobreseimiento, no se avoca al estudio de fondo, sino que solo se concluye el procedimiento por actualizarse alguna cuestión técnica que se desencadena en la limitación de los elementos de la acción procesal. De esa manera, el tribunal de amparo nunca se pronuncia respecto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad, en su caso, del acto reclamado, por lo que causa al quejoso, la incertidumbre jurídica de que el tribunal no se avocó al estudio de los agravios planteados, cualesquiera que estos fueran.

## 2.2. ARTÍCULO 63 DE LA LEY DE AMPARO

La Ley de Amparo establece en su articulado, una serie de causales de sobreseimiento, mismas que están encaminadas a regular esta figura procesal, a continuación, me permito enlistarlas:

- El quejoso desista de la demanda o no la ratifique en los casos en que la ley establezca requerimiento.
- El quejoso no acredite sin causa razonable a juicio del órgano jurisdiccional de amparo haber entregado los edictos para su publicación.
- El quejoso muera durante el juicio.
- De las constancias de autos apareciere claramente demostrado que no existe el acto reclamado, o cuando no se probare su existencia en la audiencia constitucional.
- Durante el juicio se advierta o sobrevenga alguna de las causales de improcedencia

El legislador previó esta serie de causales por medio de las cuales, los tribunales pueden fundar el sobreseimiento de los juicios de amparo, dentro de ellas, existen algunas que parecen muy lógicas, por ejemplo, la fracción II, que nos habla de que se sobreseerá el juicio cuando el quejoso muera y el acto reclamado solo afectare a su persona, situación que es completamente lógica, sin embargo, también establece otras causales que no parecen estar en la misma sintonía.

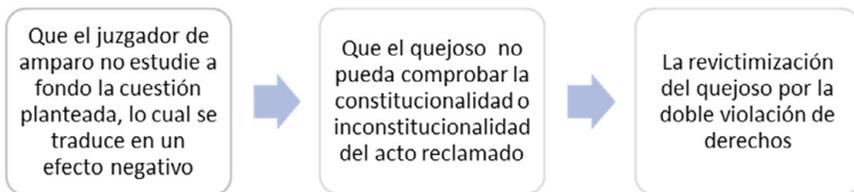
Por lo anterior, es que, en este documento, nos enfocaremos al estudio de la causal prevista por la fracción IV del artículo que antecede, mismo que haremos en los siguientes términos.

## 1.2. FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 63 DE LA LEY DE AMPARO

Ahora, nos enfocaremos en el estudio de la primera parte de la fracción IV de este artículo, que establece “*De las constancias de autos apareciere claramente demostrado que no existe el acto reclamado* o cuando no se probare su existencia en la audiencia constitucional” primeramente, pareciera que esta fracción está incompleta, ya que el legislador fue omiso en establecer una serie de parámetros para que el juzgador se base y pueda emitir este sobreseimiento, emitiendo una resolución debidamente fundada y motivada, lo cual es una obligación de las autoridades del Estado mexicano, según el artículo 16 Constitucional. Sucede que, los juzgadores hacen sus determinaciones fundándose en esta fracción, pero sin una motivación clara, ya que, aunque muchas veces los actos reclamados son omisiones, entonces, el quejoso está impedido en demostrar un acontecimiento que no ha sucedido. De acuerdo con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con número de registro digital 166732 y siguiendo su lógica, corresponde a la autoridad responsable el mostrar que sí cumplió con el acto que se reclama, sin embargo, se avocan solo a negar el acto reclamado y eso, a perspectiva del Juez de Distrito es suficiente para sobreseer el juicio de amparo.

En la práctica, cuando los justiciables recurren a este medio de defensa, es porque aseguran que existe una violación de derechos fundamentales por un acto u omisión por parte de una determinada autoridad, lo cual, a su óptica, afecta su esfera jurídica de derechos, entonces, existe una presunción de que el acto que el quejoso está reclamando dentro del procedimiento judicial, es existente, ya que, de lo contrario y haciendo uso de la lógica, este no estaría acudiendo a un tribunal federal a hacer valer sus derechos si no han sido afectados, mediante el multicitado juicio de garantías.

Lo anterior nos trae diferentes consecuencias, todas en perjuicio del quejoso, las cuales son las siguientes:



Sin embargo, siguiendo el principio de fondo sobre forma, el juzgador tiene la obligación de hacer prevalecer el fondo del asunto sin darle mayor importancia a cuestiones accesorias y secundarias como lo es la forma y los tecnicismos relativos al sobreseimiento.

En esa tesitura, tenemos que el sobreseimiento admite un rechazo en un Estado de Derecho, toda vez que existe una ausencia total del estudio de los agravios y viola el mandato constitucional y los derechos humanos. Con esta figura, no existe justicia expedita, ni pronta, ni completa, por el hecho de que el primer obstáculo que se encuentra, es la misma improcedencia. Por otra parte, tenemos que tampoco existe el debido proceso, precisamente porque la demanda de amparo ha sido rechazada y, en conclusión, extingue el derecho, sin mencionar que muy pocas veces los quejosos se encuentran en aras de presentar nuevamente su demanda, debido a los términos procesales.

Por el contrario, si esta causal de sobreseimiento no existiera, el quejoso lograría que la cuestión planteada llegue al estudio de fondo, lo que recaerá en una sentencia justa, si es que se siguen los principios constitucionales y convencionales, logrando de esta forma, que el quejoso tenga acceso a la justicia, derecho humano consagrado en nuestra Carta Magna, sin importar si el Juzgador emite una resolución positiva o negativa, ya que se habrá garantizado al quejoso, la aplicación de estos derechos humanos constitucionales y convencionales que hemos estado mencionando.

## 1.2. DERECHOS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES

### 1.2.1. Acceso a la Justicia y Tutela Judicial Efectiva

Dentro de las llamadas garantías jurisdiccionales, encontramos el derecho humano denominado “acceso a la justicia” y el de “tutela judicial

efectiva” establecidos dentro del artículo 17 constitucional. Básicamente esta prerrogativa tiene como objetivo garantizar y preservar la calidad de la impartición de justicia a favor de la sociedad en general, hacer valer jurisdiccionalmente un precepto que considera violentado, de la misma forma, comprende acceder a procedimientos ágiles y garantistas para obtener una justicia de manera pronta. Este derecho humano está previsto por los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Podemos mencionar que este derecho tiene diferentes características, algunas de ellas las enunciaremos a continuación:

- La administración de justicia debe administrarse por órganos previamente establecidos.
- Estos se regirán por los plazos y términos fijados por la legislación.
- El servicio que presten los tribunales será gratuito.
- Que el tribunal desembocará una resolución fundada en derecho tras un procedimiento justo.
- Que todas las personas pueden acceder a este sin discriminación.

### 1.2.2. Principio Pro Persona

A partir de la reforma en materia de derechos humanos de 2011, es que se instauró dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el llamado principio pro persona o pro homine en el cual ordena a todas las autoridades a preferir la norma más favorable a la persona y está establecido dentro del segundo párrafo del primer artículo de la Constitución.

Este principio se refiere a que en caso de que alguna autoridad de cualquier índole, tenga que elegir cual norma aplicar a cierto asunto, deberá elegir la que más favorezca a la persona, sin importar si se habla de la Constitución o un tratado internacional. Aquí, resulta primordial anteponer dirigir la mirada al titular de estos derechos: el ser humano.

Además, abarca todos los campos de estudio, con problemáticas y conexiones diversas con el fin de que no exista una limitante para su aplicación.

Este principio es considerado de los más importantes a efectos de garantizar que las personas tengan mejores herramientas para efectos de hacer valer los derechos humanos de las personas. No obstante, dentro del ámbito internacional, que ha considerado que este emana del mismo objeto que tienen los tratados internacionales de derechos humanos, que es precisamente la protección de las personas.

### 1.2.3. Consideraciones finales

Las garantías mencionadas anteriormente, prohíben a las autoridades llevar a cabo actos que afecten directamente a los gobernados y están establecidas para regir un justo procedimiento, con la finalidad de no vulnerar la esfera jurídica de los particulares, debiendo realizar los procedimientos con apego a la ley, para garantizar la salvaguarda de estos derechos.

Por otra parte, las garantías de seguridad jurídica tienen un valor en sí mismas, ya que, aunque no existan materialmente en un determinado artículo, existe en otro, de tal forma, que en los particulares no se genere una situación de incertidumbre jurídica y se desencadene en un estado de indefensión.

## 1.3. INTERPRETACIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE SEGURIDAD JURÍDICA

La interpretación que los juzgadores otorgan al artículo 63, fracción IV de la Ley de Amparo, resulta ser contrario al derecho humano de acceso a la justicia y al de tutela judicial efectiva, materia que el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé, toda vez que el mismo instruye a las autoridades jurisdiccionales aplicar el principio Pro Persona, a efectos de aplicar el criterio más favorable a los gobernados, que en este caso sería al quejoso, teniendo como premisa fundamental maximizar el bienestar de los gobernados mediante la protección de los derechos humanos, optando siempre por la interpretación

de la norma que más favorezca al justiciable, o en su caso que implique menores limitaciones a su acción.

Actualmente muchos de los juzgadores omiten ser exhaustivos y hacer valer el principio Pro Persona, establecido en nuestro ordenamiento y mandato constitucional, establece que se le tiene que otorgar la protección más amplia al justiciable, al interpretar la fracción IV del artículo 63 de la Ley de Amparo, debido a que en dicho precepto, no es claro y no se establecen los lineamientos que se deben seguir para poder establecer que el acto reclamado no existe, siendo que la práctica nos dice que muchas de las veces las autoridades responsables niegan el acto reclamado al contestar sus informes justificados porque ellos no viven de forma directa la violación de que se trata y que se genera con ese acto de aplicación o inaplicación, lo que resulta en que los juzgadores, al ver el expediente “advirtan que el acto reclamado no existe” y procedan a sobreseer el juicio de amparo, sin dar una debida motivación, conforme a lo exigido por la ley.

No olvidemos que, para que se cumpla la garantía de legalidad, en cuanto a la fundamentación y motivación de las resoluciones de las autoridades, deben ser puntuales en citar los preceptos que sirvan de apoyo y manifestar los razonamientos que la llevaron a la conclusión de que el asunto del que se trata, encuadra perfectamente en la norma invocada.

También actualmente, ha caído en la práctica que, los juzgadores privilegian la búsqueda de una causal de sobreseimiento, en particular la fracción IV de la que hemos estado hablando, que recientemente se ha estado hablando del uso irracional en que caen los servidores públicos al invocar la mencionada fracción, lo que se traduce en la preferencia que otorgan a la forma sobre el estudio de fondo, negando la función jurisdiccional y con ello, negando la protección máxima de los derechos del quejoso.

Otro punto importante a mencionar, es el hecho de que, para acceder al amparo se tienen 15 días hábiles a partir del reconocimiento del acto reclamado, por lo que, la regla general dice que no se puede presentar este medio de defensa en cualquier momento y cuando se sobresee, no están en aras de presentar un nuevo amparo.

Si bien es cierto, la ley de amparo regula un recurso al que los quejosos pueden acudir cuando no estén de acuerdo con la sentencia que se dictó dentro del amparo o no les favorezca, la tramitación de este es tardada y para llegar a la resolución pasarían varios meses, este recurso es atendido por los Tribunales Colegiados de Distrito y, si se habla por ejemplo, de que el acto reclamado es que la autoridad correspondiente hizo un recorte de agua, o que sea relativo al pago de una prestación derivada de una relación administrativa con la misma autoridad, el justiciable no puede esperarse meses a que el tribunal de alzada se pronuncie al respecto, ya que se trata de derechos humanos fundamentales los cuales son esenciales para la vida digna del quejoso, y de los cuales no pueden ser susceptibles de una valoración que el servidor público otorgue conforme a su óptica y sin el debido estudio que merece.

Ahora, hablando del derecho constitucional y convencional de Acceso a la Justicia y Tutela Judicial Efectiva, en función de estos, debe interpretarse y aplicarse lo relativo al sobreseimiento, con una perspectiva que favorezca el fondo sobre se la forma, aplicando el principio por persona, privilegiando el ejercicio del juicio de amparo, removiendo los obstáculos injustificados que los juzgadores anteponen. El ejercicio de estos derechos es, desde esta perspectiva, el de mayor importancia, toda vez que determina el ejercicio de los demás derechos reclamados en el juicio de garantías, por lo que, es decisivo para la efectividad del amparo y la garantía de los derechos que busca proteger.

En la doctrina, jurisprudencia y tratados internacionales, se habla indistintamente de los derechos de tutela judicial efectiva, acceso a la justicia, debido proceso y garantía de audiencia, siendo que todos están encaminados a proteger los derechos procesales de los gobernados y esto debería resultar suficiente para que los tribunales actúen como verdaderos garantes de los derechos de las personas y protectores de la Constitución. En general, estos son tendientes a lograr el fin último que cualquier agravio jurídico determinado sea reparado por un tribunal imparcial.

Ahora bien, hablando en particular del derecho de acceso a la justicia, que a mi óptica, debería ser el que prevalezca sobre todas las actuaciones judiciales, se trata de la facultad que poseen los gobernados a poder acceder a los órganos jurisdiccionales para obtener su tutela y evitar que

queden indefensos, esto me recuerda al artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el cual se establece que *“toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”*, sin lugar a dudas, este artículo alude al juicio de amparo en el ordenamiento mexicano. Este precepto impone un deber al Estado mexicano, de evitar que el acudir a este recurso, sea inalcanzable, sino todo lo contrario, sencillo y efectivo.

## 2. OBJETIVOS

1. Establecer un criterio general de la interpretación de la fracción IV del artículo 63 de la Ley de Amparo, acorde al principio constitucional Pro Persona, tutelando los derechos de garantías judiciales, tutela judicial efectiva, entre otros.
2. Erradicar el uso irracional que los juzgadores federales aplican la fracción IV del artículo 63 de la ley de amparo, para sobreseer los juicios de amparo, mismo que genera la violación de Derechos Humanos fundamentales.
3. Evitar la revictimización de los quejosos al existir una doble violación de derechos humanos, primero, la que genera el acto reclamado y que se ventila ante los tribunales y segundo, la violación en que incurre el juzgado sobresee el juicio invocando la fracción IV del artículo 63 de la Ley de Amparo.
4. Determinar si es que es violatoria de derechos humanos la aplicación de la fracción IV del artículo 63 y cómo es que impacta en la esfera jurídica del justiciable.

### 3. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

#### 3.1. PRONUNCIAMIENTO

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha pronunciado respecto a esta causal de sobreseimiento de la que hemos estado mencionando, estas, en su mayoría son tesis aisladas que siempre han sido en sentido de que las autoridades, con el solo hecho de negar el acto reclamado, le otorgan la carga de la prueba al quejoso, lo cual sigue el principio de derecho “*el que afirma, está obligado a probar*” sin embargo, esto resulta contradictorio a lo establecido por la misma Ley de Amparo, cuando exige que en el escrito inicial de demanda, el quejoso “*manifieste bajo protesta de decir verdad*” sobre los hechos o abstenciones que se consideren como lo antecedentes de los conceptos de violación, en el cual se le está dando la credibilidad al quejoso, sin embargo, una vez que la autoridad responsable se manifiesta al respecto, los hechos que el quejoso manifestó, carecen de credibilidad y proceden a emitirse sobre el sobreseimiento del asunto que les ocupa. Por lo que, se considera que el quejoso se encuentra en una clara desventaja sobre la autoridad responsable, lo que en otras materias del derecho es impensable, precisamente, por la esencia de las partes procesales, que es la autoridad responsable y el mismo quejoso.

Por otra parte, los Tribunales Colegiados de Circuito, han hecho una distinta valoración de los preceptos, y emitieron la siguiente tesis aislada:

**SOBRESEIMIENTO FUERA DE LA AUDIENCIA CONSTITUCIONAL. NO PROCEDE DECRETARLO CUANDO LA AUTORIDAD RESPONSABLE NIEGA EL ACTO RECLAMADO, PUES HACERLO PRIVA AL QUEJOSO DE LA OPORTUNIDAD DE DESVIRTUAR DICHA NEGATIVA.**

El hecho de que se sobresea en el juicio de amparo fuera de la audiencia constitucional, con base en el artículo 63, fracción IV, de la ley de la materia, cuando la autoridad responsable, al rendir su informe justificado, se concreta a negar el acto que se le reclama, sin que obre constancia en autos de la que apareciere claramente demostrada su inexistencia, constituye una violación a las reglas esenciales del procedimiento, que amerita su reposición en términos del artículo 93, fracción IV, de la Ley de Amparo. Lo anterior es así, en virtud de que es en esa diligencia en la que el quejoso puede acreditar la existencia del acto reclamado, ya

que del artículo 119, párrafo primero, de la ley mencionada se advierte que será en la audiencia constitucional donde tendrá lugar la fase de ofrecimiento y rendición de los medios de prueba, en la cual el Juez de Distrito relacionará cada uno de los ofertados por las partes para acreditar sus aseveraciones; y, por su parte, la aludida fracción IV del artículo 63 prevé que procede el sobreseimiento en el juicio cuando no se probare la existencia del acto reclamado, precisamente en la audiencia constitucional; de ahí que por la sola negativa de la responsable no proceda decretar el sobreseimiento fuera de la audiencia constitucional, porque hacerlo priva al quejoso de la oportunidad de desvirtuarla, en tanto que tiene la posibilidad de ofrecer las pruebas correspondientes hasta el día de la celebración de dicha diligencia.

#### SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Al respecto, tenemos que se hizo un análisis desde una perspectiva de derechos humanos, en donde se le da la oportunidad al quejoso, de al menos llegar a la audiencia en donde se rinden las pruebas necesarias para probar el hecho del que se trata, sin ocasionarle ningún perjuicio y otorgándole las máximas garantías de seguridad jurídica, que los tratados internacionales y la propia Constitución disponen.

### 3.4. OTRAS CAUSALES DE SOBRESEIMIENTO

Como ya se mencionó en líneas anteriores, la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 Constitucionales, aborda otras causales de sobreseimiento las cuales se mencionaron anteriormente, mismas que tienen un motivo de ser y que a percepción de esta parte, tienen que permanecer en donde están, ya que no todas las veces que se acude a una instancia constitucional, es necesario que el tribunal de garantías se avoque al estudio de la constitucionalidad del acto y al fondo del asunto, toda vez que puede actualizarse un motivo que se adjudique al propio quejoso, como el desistimiento de la instancia, por lo que la ley acertadamente apunta que este mismo tiene que hacerla por su firma, y no lo puede hacer el abogado en su representación, además, en la práctica, algunos juzgadores solicitan que el quejoso acuda personalmente al órgano jurisdiccional para que ratifiquen el escrito de desistimiento, lo cual está correctamente establecido, privilegiando los intereses del quejoso, ya que en muchas veces, el quejoso no puede acceder nuevamente a la presentación de la demanda de amparo por cuestiones procesales de términos.

Otra causal de sobreseimiento que considero que es importante mencionar es que se sobresee cuando el quejoso fallece, siempre que los derechos no afecten a terceras personas, causando la afectación solo a él, por lo que, ahí el acto reclamado ya no subsiste y el órgano constitucional se encarga de sobreseer el juicio sin entrar a la materia y al estudio del mismo innecesariamente.

#### 4. FACTIBILIDAD

Es por ello que es factible que la multicitada fracción IV del artículo 63 de la Ley de Amparo, se interprete de manera adicional más allá de su contenido literal, ya que este mismo es muy ambiguo y se presta para tener muchas interpretaciones diferentes, lo cual se traduce en que los justiciables se encuentren en un estado de incertidumbre, ya que de manera textual la fracción IV del artículo 63 establece que “De las constancias de autos apareciere claramente demostrado que no existe el acto reclamado, o cuando no se probare su existencia en la audiencia constitucional”. Si se hace una correcta interpretación de este precepto, aplicando el principio Pro Persona y los derechos de tutela judicial efectiva y acceso a la justicia, se entendería que, no debe haber lugar a dudas de que el acto reclamado no existe, para hacer determinada resolución, lo cual no se puede advertir dentro de un expediente que se considera un litigio entre el quejoso y la autoridad responsable, ya que, muchas de las veces la autoridad responsable niega el acto reclamado también, para evitar hacerse cargo de los actos que han incitado al quejoso a llegar a la instancia de amparo, por lo que los juzgadores que interpretan este artículo, deben aplicar el principio Pro Persona al que se encuentran obligados a respetar en todo momento para así garantizar los Derechos Humanos del gobernado.

El principio Pro Homine, es también conocido como cláusula de favorabilidad prevista en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los cuales el estado Mexicano es parte, se establece la prohibición de que estos no pueden restringirse ni menoscabarse; particularmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se establece en su artículo 29, relativo a las normas de interpretación que ninguna

disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce o excluir otros derechos inherentes al ser humano.

Razón por la cual los juzgadores deberían aplicar el principio Pro Persona y velar por los derechos humanos previstos en los diferentes Tratados Internacionales de los que el estado mexicano forma parte, al momento de hacer la interpretación de la fracción IV del artículo 63 de la Ley de Amparo y con ello, evitar una nueva violación de los derechos humanos del justiciable y su revictimización, por la naturaleza en que los quejosos y las autoridades responsables se encuentran.

## 5. CONCLUSIONES

El sobreseimiento del juicio de amparo indirecto, constituye una respuesta negativa a la protección de derechos humanos dentro de un Estado de Derecho, para un juicio de esta índole, desnaturaliza el objetivo de la propia Constitución, que es garantizar el goce y la protección más amplia de estos derechos para todas las personas, tal como está ordenado en su primer precepto de la Carta Magna. Esto, constituye una negación a la existencia del derecho.

En general, la figura del sobreseimiento tiene su razón de ser y su finalidad, por lo que, desde esta perspectiva, no debe eliminarse por completo, ya que en muchos de los asuntos no es necesario que haya una pronunciación de parte del órgano jurisdiccional, ya sea por desistimiento del quejoso, por muerte del mismo y otras cuestiones diversas que se dan día a día en la práctica. Lo que sí considero necesario, es que se antepongan los derechos humanos de los gobernados, para hacer que, al acudir a esta instancia judicial, los justiciables tengan la certeza jurídica de que, en su asunto, se hará un profundo análisis, lo cual provocará que se analice la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto, mismo que estará debidamente fundado y motivado conforme a derecho, privilegiando los derechos de Acceso a la Justicia, Tutela Judicial Efectiva y Debido Proceso en relación con los demás derechos procedimentales existentes en nuestra Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano forma parte.

Por otra parte, los quejosos necesitan que se les reconozca como lo que son, personas agraviadas que necesitan la protección constitucional otorgada por un tribunal federal, para efectos de que las autoridades no atropellen sus derechos fundamentales una y otra vez, dándoles el reconocimiento de que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, otorgándoles la máxima protección y haciendo que estos sean sujetos de acceder a la tutela que otorga la suplencia de la deficiencia de la queja en todos los casos.

## 6. AGRADECIMIENTOS

A mi alma máter, la Universidad Autónoma de Baja California, especialmente a la Facultad de Derecho Mexicali, por mantenerse siempre a la vanguardia en la difusión del derecho, a la Coordinación de Posgrado que hace realidad esta participación.

De la misma forma, un agradecimiento al Congreso de Nodos, por haber sido aceptada dentro del mismo y por permitir este espacio para la propagación de conocimientos.

## 7. REFERENCIAS

- Chavez Castillo, Raul. (2018). Nuevo Juicio de Amparo. Porrúa
- Martinez Garza, Valdemar (2005) La Autoridad Responsable en el Juicio de Amparo en México. Porrúa.
- Ruiz Torres, Humberto Enrique (2011) Diccionario del Juicio de Amparo. Oxford.
- Perez Dayan, Alberto (2007) Ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales y su jurisprudencia. Editorial Porrúa.
- Arteaga Nava, Elisur (1999) Derecho Constitucional. Oxford.
- Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2005) Las Garantías de Seguridad Jurídica.
- Burgoa O, Ignacio (2008) Las Garantías Constitucionales. Porrúa.
- V Castro, Juventino (2006) Garantías y Amparo. Editorial Porrúa.

## ¿OBLIGACIONES O DEBERES DE LAS NIÑAS Y DE LOS NIÑOS? PERSPECTIVAS DE CUMPLIMIENTO Y MATERIALIZACIÓN DESDE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA. CASO MÉXICO

---

JUAN PABLO VENEGAS CONTRERAS \*

*Universidad Autónoma de Baja California*

FERNANDO MANUEL CASTRO FIGUEROA \*\*

*Universidad Autónoma de Baja California*

OLIVIA CASTRO MASCAREÑO\*\*\*<sup>338</sup>

*Universidad Autónoma de Baja California*

### 1. INTRODUCCIÓN

Los avances en el reconocimiento de los derechos humanos de las niñas y los niños a nivel nacional como internacional han tenido un avance específico y relevante en los últimos años. Reconocimiento que ha permitido una prevalencia normativa sobre otros integrantes del núcleo familiar. Los organismos internacionales, nacionales y sociedad en general se han volcado en reconocer y hacer efectivos tales derechos fundamentales. Por su parte, es importante partir del antecedente normativo denominado Declaración de Ginebra de 1929 (ONU, 1929) mismo que reconoció que la niña y el niño debían ser objetos de protección. Posteriormente, se refuerza su protección dogmática en la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959 (ONU, 1959), y con la Convención Sobre

---

\* Profesor-Investigador de la Facultad de Derecho Mexicali, Universidad Autónoma de Baja California. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0438-6863>.

\*\* Profesor-Investigador de la Facultad de Derecho Mexicali, Universidad Autónoma de Baja California y estudiante del Doctorado en Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2180-3721>.

\*\*\*Profesora-Investigadora de la Facultad de Derecho Mexicali, Universidad Autónoma de Baja California. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4150-1189>.

los Derechos del Niño de 1989 (ONU, 1989) se les reconoce como sujetos de derecho, acreedores directos de sus derechos y facultades. Al tratarse de un cúmulo de derechos de categoría especial frente un grupo considerado como socialmente vulnerable.

En México, se reconoce de manera significativa ese catálogo de derechos humanos y que son específicos en favor de la niñez; en particular los artículos 4to. y 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en los que se refrendó el reconocimiento y derecho de la infancia.

Con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) (DOF, 21 de octubre de 1990), México se obligó a adoptar políticas públicas en favor de la niñez, por lo que con la reforma constitucional del día 7 de abril del 2000 (DOF, 7 de abril de 2000), se estableció el reconocimiento de las niñas y los niños como titulares de derechos en el ámbito constitucional. Derechos a la alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo físico y emocional y el deber de los padres o custodios de preservar esos derechos y de satisfacer sus necesidades. Por último, la reforma del 12 de octubre de 2011 (DOF, 12 de octubre de 2011), se reconoció la garantía fundamental del interés superior del niño, para la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y esparcimiento para su desarrollo integral (Burrue, 2013, p. 61), sin advertir párrafo, enunciado o fracción que estableciera deberes generales de las niñas y los niños, en el entendido de la lógica jurídica de una obligación como tal.

No obstante, si bien es cierto que las niñas y los niños, como sujetos jurídicos cuentan con un cúmulo de derechos prevalentes, las normas internacionales como nacionales no cuentan con una carga o deber normativo que les impongan propiamente obligaciones frente a sus derechos.

## 2. OBJETIVO

El objetivo de esta investigación es analizar y destacar a la luz de los derechos fundamentales de la niña y del niño, las obligaciones y deberes recíprocos que les correspondería conforme a toda relación jurídica

obligatoria, tal y como lo señala la dogmática jurídica, como un vínculo jurídico por virtud del que una persona denominada deudor, se encuentra constreñida jurisdiccionalmente a ejecutar algo en favor de otra persona, llamada acreedor (Rojina Villegas, 2004) lo anterior de conformidad con un test de aproximación de responsabilidades, es decir, conforme a una relación jurídica obligatoria *per se*.

#### Análisis de los derechos de la niñez

Como se ha establecido anteriormente, a nivel nacional e internacional, existe un desarrollo significativo de los derechos de la infancia, partiendo de su antecedente remoto, es decir, de la Declaración de Ginebra.

La Convención Sobre los derechos del niño (ONU, 1989), desde el año de 1989, estableció 4 premisas fundamentales en favor de la niñez:

- a. No discriminación (art. 2)
- b. Interés superior del niño (art. 3)
- c. Supervivencia y desarrollo (art. 6)
- d. Opinión del niño (art. 12)

Derechos prevalentes que son la base general de diversos derechos de las niñas y los niños que sirven de reflejo normativo para diversos derechos en específico en favor de aquellos. Analizando cada premisa, es oportuno decir, que en la Convención se afirma, que los países miembros reconocen a la familia como el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, entre ellos, las niñas y los niños, quienes tiene derecho a recibir protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad (Cárdenas, 2011, p. 133.).

En opinión de Elena Calvo Blanco (Calvo, 1998, p. 4), la Convención Sobre los Derechos del Niño, es un instrumento jurídico que abarca todo el espectro de los derechos humanos, esto es, que se reconocen tanto derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, afirmando con ello, que el disfrute de un derecho no puede ser separado del goce de todos los demás derechos.

En atención a las premisas fundamentales antes apuntadas, las niñas y los niños no deben ser sujetos de discriminación por su raza, color, el

sexo, el idioma, la religión, la opinión política, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición, inclusive de sus padres o tutores. Un estándar en la materia, fue determinado por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, al emitir que las niñas, niños y adolescentes no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y que dicha prohibición se extiende además, a las condiciones de sus padres o familiares (Punto 151, *Atala Riffo vs Chile*, 24 de febrero de 2012, CIDH).

El principio del interés superior del niño, como principio rector consiste en considerar en todo tiempo el bienestar general de la infancia. Por lo tanto, el interés superior del niño se encuentra fundamentado en la dignidad del ser humano, con características propias de los mismos y en su necesidad de su pleno desarrollo.

Cabe resaltar, que precisamente el concepto del interés superior del menor es especialmente problemático (Castillo y Hernández, 2019, p. 61), pues en suma, se presta a la interpretación como una cláusula abierta, ya que se estudia como un derecho, un principio y una norma de procedimiento (Ibídem, 83). Ello en atención a que tal principio es un mandato de autoridad, donde todas las autoridades deben respetar y hacer respetar los derechos intrínsecos y humanos de toda niña, niño y adolescente, así como un criterio de interpretación hermenéutico que sirva en todo momento para la interpretación favorecedora de los derechos infantiles (Curso de la SCJN, Verano de 2021).

En suma, conforme al artículo 3ro de la convención el ejercicio de los derechos de la infancia tienen un contenido y lenguaje propiamente pro-infantil donde queda de manifiesto los principios de prevención (información veraz y oportuna a la niña o niño), detección (incursión en el seno de la familia por las entidades de gobierno) y restitución (garantía de no repetición y en su caso de reposición de proyecto de vida) (Curso de la SCJN, Verano de 2021).

Toda niña y niño tiene el valor intrínseco a la vida y es una obligación del Estado garantizar la supervivencia y su desarrollo pleno. Nacen las obligaciones específicas y reforzadas por parte del Estado, ya que la esfera jurídica de la infancia, además de no ser sujeto de intervenciones

arbitrarias, debe ser protegida contra cualquier integrante de la familia, de la sociedad o inclusive, del mismo Estado.

La niña y el niño tienen como derecho prevalente emitir sus opiniones, es decir, expresarse libremente y en atención a su desarrollo evolutivo (autonomía progresiva), y además, a que sus opiniones sean tomadas en cuenta en los procesos o juicios en los que participe.

Conforme a la opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, determinó en el punto 137, trece puntos interpretativos, que establecen la participación activa del niño en su esfera jurídica.

También es importante señalar que a partir de la observación general número 12 del Comité de los Derechos del Niño sobre interpretación a la Convención (Observación general 12 del 2009), que las niñas y los niños tienen el derecho de que los estados partes les garanticen las condiciones de formarse un juicio propio, de expresar su opinión libremente, tomando en cuenta su opinión, en función a su edad y madurez.

En México, el primer antecedente del derecho de opinión del niño, se determinó en el Amparo en Revisión 2479/12 de la 1ra Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que resolvió el derecho que tiene el menor<sup>339</sup> de opinar en un juicio y que se tome en cuenta, bajo 2 elementos:

1. Que los niños sean escuchados y
2. Que sus opiniones sean tomadas en cuenta y valoradas en función a su edad y madurez.

Ahora bien, la ley que regula los derechos específicos de las niñas y los niños en México es precisamente la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (DOF, 4 de diciembre de 2014), que desarrolla los diversos principios rectores y derechos especiales de las niñas, niños y adolescentes.

La ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de diciembre de 2014, misma que abrogó la Ley para la Protección de los

---

<sup>339</sup> Entendido en este artículo referencia actual como niñas, niños y adolescentes.

Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, de 29 de mayo de 2000, y que reglamentó en primer orden, las disposiciones contenidas en las reformas constitucionales del 2000<sup>340</sup> en materia de los derechos de la infancia, desarrollada en seis títulos debidamente organizados en 154 artículos y 13 artículos transitorios.

Es importante mencionar, que el artículo 4to Constitucional no establece quienes son niñas y niños, sino que queda a la ley reglamentaria establecerlo, partiendo en general de un criterio jurídico, al indicar en el artículo 5to, de la Ley que: “Son niñas y niños los menores de doce años, y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad”. Por lo que, será el criterio a tomar para definir el estado de la niñez frente a la titularidad y ejercicio de diversos derechos especiales (Aguilar, 2022, p. 77), es decir, la edad.

La ley establece en primer orden, el desarrollo de los derechos especiales de las niñas y los niños, que se desprenden en general del marco constitucional (Álvarez, 2019, p. 25 y 26) que la niñez es titular de derechos constitucionales consistente precisamente en el derecho al alimento, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo físico, emocional y moral.

Los principios rectores de la Ley, (artículo 6) son: I. El interés superior de la niñez; II. La universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad e integralidad de los derechos de niñas, niños y adolescentes, conforme a lo dispuesto en los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así como en los tratados internacionales; III. La igualdad sustantiva; IV. La no discriminación; V. La inclusión; VI. El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; VII. La participación; VIII. La interculturalidad; IX. La corresponsabilidad de los miembros de la familia, la sociedad y las autoridades; X. La transversalidad en la legislación, políticas públicas, actividades administrativas, económicas y culturales; XI. La autonomía progresiva; XII.

---

<sup>340</sup> Reforma Constitucional del artículo 4to. Constitucional del 7 de abril del 2000, donde se incorpora el reconocimiento de los niños y niñas como titulares de derechos a nivel constitucional, como lo son la alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo físico y emocional. El deber de los padres o custodios de preservar los derechos y a satisfacer sus necesidades y el reconocimiento de su dignidad como niños y niñas.

El principio pro persona; XIII. El acceso a una vida libre de violencia, XIV. La accesibilidad y XV. El derecho al adecuado desarrollo evolutivo de la personalidad.

Sin embargo, no se encuentra dispositivo legal alguno que en particular establezca a nivel constitucional, deber u obligación de las niñas o niños, salvo lo establecido en el derecho privado, derecho civil familiar, precisamente en el desarrollo de la capacidad jurídica (Aguilar, 2022, pp. 83-85), deberes u obligaciones. En consecuencia, en el siguiente apartado se procederá a desarrollar los argumentos y los criterios para establecer el bloque o el *spectrum* general de obligaciones de las niñas o niños en el ámbito jurídico nacional.

– Análisis de las obligaciones de la niñez

Al concurrir a un análisis de confrontación de derechos y obligaciones de la niñez, desde la perspectiva de la norma jurídica, desde el ámbito nacional, no se aprecia deber general o normativo alguno que de manera específica establezca un rango obligatorio conforme a la conceptualización tradicional de una obligación.

Las bases constitucionales que le otorgan a las niñas, niños y adolescentes derechos constitucionales como titulares, considerados como acreedores o sujetos activos propiamente dicho (Álvarez, 2019, p. 43), quienes gozan de capacidad *jusfundamental* (ibídem, p. 171), no se aprecia ni en lo general ni en lo específico una condición de carga u obligación correspondiente.

Es entonces desde la perspectiva del derecho civil – familiar que las niñas, niños y adolescentes, como personas jurídicas (de acuerdo a la doctrina del derecho civil), son titulares de derechos y objetos de obligaciones; en consecuencia, como personas jurídicas están sujetos a derechos y obligaciones. Para Domínguez Martínez (1990, p. 131) el concepto jurídico de persona es “... todo ser o ente sujeto de derechos y obligaciones”. De tal modo, “En el derecho civil la capacidad se define como la aptitud de una persona para ser titular de derechos y contraer obligaciones – capacidad de goce-, o la aptitud para poner en práctica esos derechos y obligaciones –capacidad de ejercicio-. La regla general es que toda persona tiene capacidad de goce, salvo que la ley o el juez

declaren expresamente cierta incapacidad para realizar determinados actos jurídicos” (Vázquez, 2008, p. 109), por lo que respecta a la capacidad de ejercicio.

En gran medida, las diversas definiciones acerca de la capacidad jurídica como atributo de la personalidad, son omisas en señalar los criterios que deben tomarse en cuenta *per se* para considerar a una persona capaz (Aguilar, 2022, p. 84), por lo que el concepto de minoría para los efectos de la niña o niño, no tiene un concepto normativo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ni referencia alguna de tipo conceptual en las leyes generales u ordinarias, siendo solo un concepto lingüístico que se acepta tal cual, según se desprende del artículo cuarto constitucional:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas<sup>341</sup> tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Conforme a las recientes interpretaciones doctrinales y jurídicas dadas al derecho de familia y, por supuesto de la evolución legal y constitucional en cuanto a su contenido y materia de regulación, se puede apreciar primero, que el derecho de familia es una rama autónoma del derecho civil y por ende, del derecho privado ya que se empieza a hablar de la constitucionalidad del derecho familiar. Se expone en el cuaderno de Jurisprudencia, número 1, Restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes, 2020, p. XI: “Los cambios en esta área del derecho hablan de una novedosa relación entre el derecho constitucional y el derecho de familia que parte de dos ejes fundamentales: el reconocimiento de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes, y el desarrollo del derecho a la igualdad”.

Por lo tanto, el derecho familiar y/o el derecho civil (en parte) está en rango de constitución (constitucionalizado, e inclusive,

---

<sup>341</sup> Lo señalado es propio.

internacionalizado), por lo que, los derechos del individuo como persona y de los derechos –deberes como miembro de una familia, comienzan a protegerse, promoverse, respetarse y desarrollarse en sede constitucional, tales como el respeto la vida, el derecho a vivir en familia, a vivir libre de violencia, a la dignidad, a la intimidad, entre otros. Por último, resulta relevante considerar que la familia como institución principalmente regulada en el derecho civil, en los últimos años, ha girado en un entorno del derecho humano y de la constitucionalización de sus principios y normas básicas que la regulan (Carbonell, 2021, p. 11):

El tema del derecho de familia ha sido tradicionalmente estudiado por los especialistas en derecho civil, los cuales – como es comprensible – han implicado en su análisis las categorías propias del derecho privado. Sin embargo, al haberse producido en los años recientes un intenso proceso de constitucionalización, (1) el enfoque cambia radicalmente y requiere de una mirada desde los derechos fundamentales ...

Luego entonces, no hay obligaciones descriptivas en la norma constitucional ni en las normas secundarias, salvo lo implícito en el derecho común, en particular en el derecho civil, como un deber de respeto hacia los ascendientes en el ejercicio de la figura de la patria potestad.

### 3. LA METODOLOGIA

La metodología implementada en esta investigación fue de tipo analítico a partir del estudio de la doctrina -escasa cabe señalar- en el marco jurídico normativo y en la dogmática jurídica aplicada que permitió brindar orientaciones o explicaciones para advertir el elenco de deberes u obligaciones propios de las niñas y los niños en sus diversos derechos fundamentales dentro de su esfera jurídico personal, en un marco de referencia que logro contrastar los deberes infantiles en el seno del ejercicio de diversos derechos.

Por orden metodológico, primero se abordó el caudal de derechos constitucionales propios de la niñez a la luz de los derechos fundamentales, partiendo de la internacionalización de sus postulados, así como, el caudal conforme a la legislación federal vigente para repasar en lo general lo establecido en la codificación de derecho privado, por lo que se partió del corte analítico sintético, descriptivo y documental.

De ahí que, se arribó al análisis de las obligaciones (supuestas o de explorado derecho), lo que permitió descomponer en razones jurídicas los deberes u obligaciones infantiles a la luz del derecho caso México y establecer perspectivas de cumplimiento o materialización desde los derechos de la infancia.

## ANÁLISIS DE LAS OBLIGACIONES O DEBERES CONFORME AL DERECHO COMÚN

Resulta evidente que las niñas y los niños son titulares de derechos de manera personal y directa de acuerdo a la norma jurídica (Álvarez, 2019, p. 42). No es óbice, que la norma secundaria o el derecho civil, considere a la minoría de edad como un estado de incapacidad, tal y como se desprende en particular del Código Civil para el Estado de Baja California (artículos 22, 23, y 24) y que la norma civil siga un criterio de la edad para considerar a alguien capaz o incapaz (Aguilar, 2022, p. 85).

El artículo 4º Constitucional mandata que las niñas y los niños tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, pero no dispone, de manera expresa, de obligación o deber alguno a cargo de ellos. En consecuencia, será labor de la norma secundaria donde por exclusión, encontraremos deberes generales de los menores, siendo estos los de respeto y obediencia de acuerdo con sus aptitudes y condiciones de desarrollo.

El artículo 29 constitucional, completa un bloque duro de derechos humanos, mismos que no deben suspenderse bajo ningún pretexto, calamidad o urgencia, puesto que son inherentes al ser humano para su debido reconocimiento como persona y como miembro de familia.

El segundo párrafo del 29 constitucional, dispone:

... En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de **la personalidad jurídica**, a la vida, a la integridad personal, **a la protección a la familia**, al nombre, a la nacionalidad; **los derechos de la niñez**<sup>342</sup>; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la

---

<sup>342</sup> Lo sombreado es propio.

esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Ahora bien, los deberes y las obligaciones a cargo de las niñas y los niños se entienden a la luz del derecho común, no del derecho constitucional, entendiéndose que el derecho lleva implícito una obligación. El maestro Rojina Villegas (2004, p. 3) dice que, "... obligación [es un] vínculo jurídico por virtud del cual una persona denominada deudor, se encuentra constreñida jurídicamente a ejecutar algo en favor de otra persona, llamada acreedor". Asimismo, Diego Robles Farías (2011, p. 29) nos explica que: "... el principal deber del acreedor es permitir que el deudor se libere de su obligación, en la forma y los términos establecidos [...] en la ley en que se funda su existencia"; por lo que se desprenden las situaciones jurídicas de exigir y del deber jurídico recíprocos. En atención a lo anterior, ¿Es posible hablar de obligaciones jurídicas de los niños donde quepa su deber de reciprocidad? y ¿Cuál sería ese deber de reciprocidad?

Tal y como se expuso con anterioridad, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 4to. dispone que los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, pero no dispone de manera expresa una obligación o deber alguno a cargo de estos; es en la norma secundaria donde por exclusión se encuentran deberes generales de los mismos, siendo los deberes de respeto y obediencia de acuerdo a sus aptitudes y condiciones de desarrollo, en ejercicio de la patria potestad.

Farit Simon (2009. p. 322 - 323) propone unas condiciones o deberes a cargo del niño en los siguientes términos:

Los niños, niñas y adolescentes tienen los deberes generales que la Constitución Política impone a los ciudadanos, en cuanto sean compatibles con su condición y etapa evolutiva. Están obligados de manera especial a:

1. Respetar a la Patria y a sus símbolos;
2. Conocer la realidad del país, cultivar la identidad nacional y respetar su pluriculturalidad; ejercer y defender efectivamente sus derechos y garantías;
3. Respetar los derechos y garantías individuales y colectivas de los demás;
4. Cultivar los valores de respeto, solidaridad, tolerancia, paz, justicia, equidad y democracia;
5. Cumplir sus responsabilidades relativas a la educación;
6. Actuar con honestidad y responsabilidad en el hogar y en todas las etapas del proceso educativo;
7. Respetar a sus progenitores, maestros y más responsables de su cuidado y educación; y
8. Respetar y contribuir a la preservación del medio ambiente y de los recursos naturales.

En nuestro marco constitucional no se desprende deber alguno de la niñez como tal. Ahora bien, los padres tendrán el deber y la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de los derechos humanos de la niña y del niño, pero ¿cuentan con derechos exigibles frente a sus hijos?

#### 4. DE LAS PERSPECTIVAS DE CUMPLIMIENTO Y MATERIALIZACIÓN DESDE LOS DERECHOS INFANTILES

Conforme a los recientes estudios doctrinales, se han desarrollados tres corrientes doctrinales jurídicas que tienen como objeto de estudio y regulación el concepto de la niñez. Una, llamada de la “situación irregular o tutelar” (Jiménez, 2000, p. 10), que considera al niño como un objeto de protección, donde sin más, el Estado se reserva amplias facultades de intervencionismo (Beloff, 2004, p. 31). La otra teoría llamada de la “protección integral” (UNICEF, 2015), que caracteriza los derechos de la niñez como una gama amplia de normas y facultades en favor del niño, quien ya es considerado como sujeto de derechos, con protección prevalente a la de los adultos.

La tercera corriente doctrinal denominada de “la autonomía de la voluntad”, postula las amplias facultades jurídicas de un niño en relación a sus

padres, custodios, familia, sociedad y el Estado, en el ejercicio de sus facultades y atribuciones, pero con restricciones de orden público y prohibiciones legales en aras de la protección del niño (Confróntese a Venegas, pp. 37–48), tratan de explicar con meridiana claridad la esfera de acción personal de la niña y el niño en su ámbito de carácter jurídico.

Por otra parte, los niños, en el ámbito de sus derechos civiles, tienen prerrogativas y/o facultades que sólo a ellos les compete ejercer; en algunos casos, por conducto de sus representantes legales, en otros, por disposición de la ley, sólo a ellos (ejemplo: opinar en materia de su adopción si cuentan con 14 años de edad cumplidos, o celebrar testamento público abierto<sup>343</sup> si cuenta con 16 años cumplidos). También, hay que agregar que en ocasiones las niñas y los niños responden civilmente en determinados actos jurídicos.

La codificación civil es la norma regulatoria de los aspectos más trascendentales de la vida del ser humano; la codificación civil ha regulado desde sus inicios romanos los aspectos más importantes de la personas, la familia y su patrimonio (Petit, 1993, Cfr. 1 -96), hasta la actualidad, con la tendencia a la constitucionalización del derecho de la familia y por ende, de los miembros que la integran.

Asimismo, en el derecho civil, prima la teoría de la autonomía de “la voluntad”, entendida esta como la libertad de obligarse mediante la celebración de actos jurídicos, cuyo contenido no sea contradictorio a las normas de interés público (normas de orden público), las buenas costumbres o los derechos de terceros, por lo que, las niñas o niños de acuerdo con la ley pueden concurrir o por hechos, generar daños o consecuencias jurídicas y materiales- económicas a sus padres, custodios o terceros<sup>344</sup>.

---

<sup>343</sup> Artículos 394 y 1193 del Código Civil para el Estado de Baja California, consultado el día 27 de diciembre de 2022.

<sup>344</sup> Se recomienda la lectura de la investigación titulada: “El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones”, de la Profesora Katuska Hernández Fraga y Danay Guerra Cosme, Universidad de Cienfuegos, Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa, número 6, junio 2012, p. 27-46, en línea <http://www.eumed.net/rev/rejie>, para una mejor comprensión del tema respectivo.

En nuestro sistema civil estatal, los niños tienen como carga el deber de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes<sup>345</sup>; esto es, un deber de conducta honesto. Asimismo, advertimos como sanción, la cesación de la obligación de dar alimentos del padre cuando el acreedor alimentario tenga una conducta viciosa, una falta de aplicación al trabajo o abandone el domicilio del deudor alimentista<sup>346</sup>.

Ahora bien, es absurdo asumir que una niña o niño pequeño, dependa de una conducta viciosa, de una falta de aplicación al trabajo o que abandone el domicilio del padre obligado y traiga como consecuencia la cesión del derecho alimentario, partiendo de su fase de desarrollo y de dependencia, en la que debe ser cuidado y educado conforme a las disposiciones normativas del derecho de custodia y educación.

No obstante, en materia de materialización de los derechos específicos de la infancia en orden del principio de la autonomía progresiva<sup>347</sup> no significa que estos adquieran en automático una carga de obligaciones o deberes. El Ministro Arturo Zaldívar, respecto del principio de autonomía progresiva expuso que:

... el principio no equivale a transferir a los menores de edad las responsabilidades de un adulto. Esto quiere decir que el reconocimiento de su poder de decisión no implica que se avale una vulneración a las protecciones que estos merecen. Por tanto, es deber del Estado verificar que dicha autonomía no restrinja los derechos de los niños, pues aún se presume su inmadurez y vulnerabilidad (Citado en Aguilar, 2022, p. 97).

---

<sup>345</sup> Artículo 408.- Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. Del Código Civil para el Estado de Baja California, consultado el día 15 de diciembre de 2022.

<sup>346</sup> Artículo 317.- Cesa la obligación de dar alimentos: I.- Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla; II.- Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos. III.- En caso de injuria, falta o daños graves inferidos por el alimentista contra el que debe prestarlos; IV.- Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al trabajo del alimentista, mientras subsistan estas causas; V.- Si el alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables. Del Código Civil para el Estado de Baja California. Consultado el día 15 de diciembre de 2022.

<sup>347</sup> Entiéndase la autonomía progresiva como el principio por virtud del cual en materia de la infancia, estos van adquiriendo responsabilidades y derecho de opinar y decidir en asuntos de su persona y sus bienes de manera gradual conforme van creciendo y adquiriendo madurez y habilidades específicas.

En este mismo orden de ideas, sería erróneo afirmar de manera tajante que las niñas o los niños no cuenten con deberes u obligaciones en diversas materias jurídicas en función a su madurez y adquisición de diversas habilidades, ya por ejemplo, en materia de justicia, se puede mencionar la justicia para adolescentes<sup>348</sup> o justicia del trabajo<sup>349</sup>, donde los adolescentes tienen a su cargo diversos deberes, ya como responsabilidad penal o como responsabilidad laboral. En materia de contratos y acuerdos civiles se otorga protección a la niña o niño con la institución de nulidad, pero en determinada circunstancia les confiere responsabilidad civil:

ARTÍCULO 634.- Las personas menores de dieciocho años de edad no pueden alegar la nulidad de que hablan los artículos 630 y 631, en las obligaciones que hubieren contraído sobre materias propias de la profesión, o arte en que sean peritos.

ARTÍCULO 635.- Tampoco pueden alegarla las personas menores de dieciocho años de edad, si han presentado certificados falsos del Registro Civil, para hacerse pasar como mayores o han manifestado dolosamente que lo eran<sup>350</sup>.

Esto es, que si la niña o el niño se compromete o contrata en actividades materiales o económicas propias de sus habilidades, arte o pericia que maneje, no queda relevado de obligaciones civiles debidamente contraídas, o en caso de que se conduzca con malicia, al manifestar, cuando las circunstancias lo ameriten, con documentación falsa como si fuera mayor frente a terceras personas. Farith Simon (2009, p. 325), afirma que los niños sí deben contar con deberes en su esfera de acción y derechos al decir:

... debido a la opinión de algunos sectores que consideran que la no mención específica a los “deberes” no contribuía a la formación de personas responsables. Al margen de las discusiones sobre la naturaleza de esos deberes debo decir que el reconocimiento de los menores de edad como

---

<sup>348</sup> Reforma al artículo dieciocho de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación, del día 12 de diciembre de 2005, donde se creó el nuevo sistema de justicia para adolescentes.

<sup>349</sup> Artículo 173 de la Ley Federal del Trabajo, de los Menores trabajadores. Consultado el día 15 de diciembre de 2022.

<sup>350</sup> Del Código Civil para el Estado de Baja California, consultado el día 15 de diciembre de 2022.

sujetos plenos de derechos entraña indudablemente el reconocimiento de la existencia de obligaciones derivadas del ejercicio de los derechos en la convivencia familiar, escolar y social.

Igualmente Mará Delle Vedove expone:

... resulta importante destacar que la capacidad progresiva que se les reconoce a los niños no es sólo para el ejercicio de sus derechos, sino también para sus obligaciones. Esto es, los niños son paulatinamente responsables de sus actos a medida que van adquiriendo facultades y se deben hacer cargo de las consecuencias que se desprenden del ejercicio autónomo de sus derechos. Si un adolescente es lo suficientemente maduro para tomar una elección personal sobre su destino, también lo es para hacerse cargo de los errores, riesgos y deberes que aquella puede traer aparejados (Delle, 2010).

Por lo que las niñas y los niños tienen en general, deberes de respeto y obediencia de acuerdo a sus aptitudes y condiciones de desarrollo personal, además, que por ser una necesidad jurídica evidente, pueden adquirir compromisos civiles, laborales o de responsabilidad de justicia para adolescentes, conforme a la normatividad jurídica respectiva<sup>351</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

- PRIMERA.- Los avances en el reconocimiento de los derechos humanos de las niñas y los niños a nivel internacional como nacional, han tenido un avance específico en su cúmulo general de derechos, donde se les ha reconocido su calidad de sujetos de derechos.
- SEGUNDA.- En México se ha reconocido también, de manera significativa ese cúmulo de derechos humanos y específicos en favor de la niñez. Siendo el artículo 4to. y 29 de la Constitución

---

<sup>351</sup> Habrá que recordar que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece que los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás y considerando a las niñas y los niños como sujetos de derecho, también deben respetar el orden jurídico prevaleciente. Los custodios por su parte, en aras de educarlos e instruirlos, tienen el deber de respetar sus derechos – de los niños- y en reciprocidad los mismos también deben de respetar y obedecer a sus progenitores o custodios.

Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se expone ese reconocimiento y derechos de la infancia.

- TERCERA.- Como premisas fundamentales en favor de la niñez, se destacan: a).- No discriminación (art. 2), b).- Interés superior del niño (art. 3), c).- Supervivencia y desarrollo (art. 6), y d).- Opinión del niño (art. 12). Derechos prevalentes que son la base general de diversos derechos de las niñas y los niños que sirven de reflejo normativo para diversos derechos en específico en favor de aquellos.
- CUARTA.- De momento y previo el análisis jurídico no se encuentra dispositivo alguno en particular que establezca a nivel constitucional, deber u obligación de las niñas o niños, salvo lo establecido en el derecho privado, derecho civil familiar, precisamente en el desarrollo de la capacidad jurídica.
- QUINTA.- Al confrontar derechos y obligaciones de la niñez desde la perspectiva jurídica en el ámbito nacional, no se aprecia deber general o normativo alguno que de manera específica establezca un rango obligatorio conforme a la conceptualización tradicional de una obligación.
- SEXTA.- El derecho familiar está regulado en rango constitucional, por lo que, los derechos de las niñas y los niños tienen una protección de derecho fundamental y de la que, ellos, son titulares de los mismos, como el respeto la vida, a vivir en familia, a vivir libre de violencia, a la dignidad, a la intimidad, entre otros.
- SEPTIMA.- Las niñas y los niños tienen en general, deberes de respeto y obediencia de acuerdo a sus aptitudes y condiciones de desarrollo personal, además, que por ser una necesidad jurídica evidente, pueden adquirir compromisos civiles, laborales o de responsabilidad de justicia para adolescentes, conforme a la normatividad jurídica aplicable.

## 6. BIBLIOGRAFIA

- Aguilar Domínguez, Alexis (2022) La capacidad jurídica y la patria potestad como impedimento para la autonomía progresiva de la niñez, *Revista Derecho Global, Estudios sobre Derecho y Justicia*, ISSN: 2448-5128 e ISSN: 2448-5136, Volumen III, número 22.
- Álvarez García, Gloria Dorys (2019) Los derechos fundamentales de los niños y niñas, *Titularidad y ejercicio*, Colombia, Ed. Ibáñez.
- Bejarano Sánchez, Manuel (2004) *Obligaciones Civiles*, Oxford, Quinta edición, México, 2004.
- Beloff, M. (2004) *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires: Editores del Puerto
- Burrue Huerta, Leopoldo, (2013) *Principios Constitucionales, desde la Constitución Mexicana hasta la Corte*, México, Ed. Porrúa.
- Calvo Blanco, Elena (1998), *Compilación de los Derechos del Niño*, Madrid, Ed. Mc Graw Hill.
- Carbonell, Miguel (2021), *Sentencias Básicas, Tomo I, Derecho de Familia*, México, Ed. Tirant lo Blanch.
- Cárdenas Miranda, Elva Leonor (2011), *Instrumentos Internacionales en relación con la familia y sus miembros*, México, Ed. Porrúa, 2011.
- Castillo Santiago, Rolando y Hernández Domínguez Enma Estela (2019), *El Interés superior del menor en el derecho procesal mexicano*, Ed. Tirant lo Blanch, México.
- Cuaderno de Jurisprudencia, número 1, *Restitución Internacional de niñas, niños y adolescentes*, (2020), p. XI, Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN.
- Delle Vedove, María Julia (2010), *La autonomía progresiva: el principio que garantiza el ejercicio personal de los derechos de niño. La posible colisión con el interés superior. Especial análisis de los actos médicos del adolescente*”, *Nuestra joven Revista Jurídica*, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho, 2010, <https://bit.ly/2Mlf3ou>.
- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo (1990), *Derecho civil, parte general. Personas. Cosas. Negocio jurídico e invalidez*, México, Ed. Porrúa, p.131.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (unicEf). (2015b) Marco conceptual para la definición de políticas de Protección Especial. Recuperado de [http://files.unicef.org/argentina/spanish/Cuadernillo\\_Trata.pdf](http://files.unicef.org/argentina/spanish/Cuadernillo_Trata.pdf)
- García Méndez, E. (2007). *Infancia y adolescencia. De los derechos y de la justicia*. México: Fontamara.

Jiménez García, J. (2000). *Derechos de los niños*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM.

Orientaciones Prácticas para la aplicación del principio del interés superior del niño, Curso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Los derechos de la infancia y el acceso a la justicia, verano de 2021.

Petit, Eugene (1993), *Derecho Romano*, México, Ed. Porrúa.

Robles Farías, Diego (2011), *Teoría General de las Obligaciones*, México, Ed. Oxford.

Rojina Villegas, Rafael (2004) *Compendio de Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones*, México, Ed. Porrúa.

Simon, Farith (2009), *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*, Ecuador, Ed. Cevallos, Tomo II.

Simon, F. (2008). *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales (t. i)*. Ecuador: Cevallos.

Vázquez, Rodolfo (2008), *Teoría del derecho*, México, Ed. Oxford., p. 109.

Venegas Contreras, Juan Pablo (2021), *Violación de los Derechos Humanos de las niñas y los niños. El abandono familiar*. México, editorial UABC.

#### NORMAS Y RESOLUCIONES

Amparo en Revisión 2479/12, de la Ira Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Atala Riffo y Niñas Vs. Chile 2 Víctima(s) Karen Atala Riffo, y las niñas M., V. y R. 3 Representante(s) - Macarena Sáez - Helena Olea - Jorge Contesse 4 Estado demandado Chile 5 # Petición/Caso ante la CIDH 12.502 6 # Caso ante la Corte IDH Serie C No. 239 Serie C No. 254 7 Tipo(s) de sentencia(s) y fecha(s) Fondo, Reparaciones y Costas. 24 de febrero de 2012 [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf) Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_254\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_254_esp.pdf) (consultado el 15 de diciembre de 2022).

Código Civil para el Estado de Baja California.

Convención Sobre los derechos del niño (ONU, 1989).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)

Declaración de Ginebra de 1929 (ONU, 1929).

Declaración sobre los derechos del niño de 1959 (ONU, 1959).

Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (DOF, 4 de diciembre de 2014)

Opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de Agosto de 2002, de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Observación general número 12 del Comité de los Derechos del Niño del 2009.

## LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA A LA EUTANASIA Y EL ABORTO EN LA NUEVA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE LA MATERIA

---

JORGE SALINAS MENGUAL

*Universidad Internacional de la Rioja*

### 1. PREMISAS EN TORNO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Cuando hablamos de objeción de conciencia no nos estamos refiriendo a una realidad que pueda considerarse irracional, y que lo único que busca es superar el obstáculo que una ley pueda presentar, sino que se trata de una de las expresiones fundamentales de un derecho humano reconocido en el artículo 9 del CEDH: la libertad de conciencia.

Cuando hablamos de conciencia hacemos referencia a pluralismo y democracia, a los derechos y las libertades, a la tolerancia y el respeto. Aunque el concepto suele proceder de motivos morales, éticos o religiosos, sin embargo, tiene importantes implicaciones en el ámbito jurídico. Además, la conciencia forma parte de una concepción integral de la persona, lo que implica que la vida personal y la vida profesional son inseparables, porque persona y conciencia también lo son.

Desde nuestra visión antropológica, la conciencia forma parte de una concepción integral de la persona, lo que implica que la vida personal y la vida profesional, que será objeto de estudio en este trabajo, son inseparables, porque persona y conciencia también lo son.

En España, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 53/1985, de 11 de abril, defiende la íntima relación entre objeción de conciencia y libertad de conciencia. Su reconocimiento internacional, y el aval del Alto Tribunal español implican que esta figura debe integrarse como parte del ordenamiento jurídico, y no como una mera excepción, eso sí, sujeta a la acomodación que en ocasiones pudiera ser necesaria.

Siguiendo a Martínez-Torrón y Navarro-Valls, la objeción de conciencia puede definirse como “

la negativa del individuo, por razones de conciencia, a aceptar un comportamiento que, en principio, podría ser exigido legalmente, ya sea por la ley directamente (legislación, reglamentos u órdenes judiciales) o por un contrato avalado por la ley. Así, la objeción de conciencia abarcaría toda conducta contraria a la ley, motivada por razones axiológicas -no meramente psicológicas-, inspiradas en creencias religiosas o no religiosas, que pueden tener diferentes finalidades: por ejemplo, eludir el comportamiento exigido por la norma o el castigo establecido por su contravención, o incluso conseguir la modificación de la ley mediante la aceptación voluntaria y pasiva de la maquinaria represiva”.

Desde esta perspectiva, entender la objeción de conciencia asociada a un privilegio que se concede al objetor es una afirmación que se aleja de la realidad. Por el contrario, la objeción de conciencia es un derecho que el Estado debe reconocer, esté o no de acuerdo con la conciencia del objetor, como se deduce del artículo 16.1 de la Constitución Española, que establece que “se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

Basar la exención de conciencia en el concepto de privilegio implica que se respete al objetor, pero asumiendo una superioridad de los valores de la norma sobre los del objetor. Por el contrario, si la objeción de conciencia se concibe como un derecho, el énfasis no se pone en el contenido de los valores, sino en la persona y en las dimensiones que le son inherentes, como la conciencia. El Estado no puede considerar los derechos fundamentales como privilegios, ya que son intrínsecos a la persona y constituyen la base de su dignidad, por lo que simplemente debe limitarse a reconocerlos.

Con frecuencia, y desde un posicionamiento meramente legalista, se parte de la idea de que la libertad de conciencia es, naturalmente, un interés legítimo, pero, a su vez, se considera que ese interés es privado, frente al interés público que viene determinado por la ley. Sin embargo, este análisis, además de simplista es erróneo, ya que, si se considera que la libertad de conciencia es un derecho fundamental, nunca puede

circunscribirse al ámbito de lo privado, sino que tiene, por su propia naturaleza, una dimensión pública. Es por ello por lo que, la cuestión no puede plantearse como un conflicto entre un interés privado, el que procede de la libertad de conciencia, y un interés público, representado por la ley, sino que se trata de la confrontación de dos intereses de orden público.

Todo ello no sugiere que la libertad de conciencia deba primar de manera automática sobre la norma legal, ni que con ella se busque la supresión del precepto con el que se enfrenta, pero de lo que no cabe duda es de que tratándose de un derecho fundamental, y como tal, sujeto a limitaciones necesarias, éstas no pueden ir más allá de lo prescrito en el artículo 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que establece que las únicas restricciones legítimas a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión son las que, estando “prescritas por la ley”, pueden considerarse “necesarias en una sociedad democrática”. Es decir, aquellas medidas que, según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, responden a una “necesidad social imperiosa”. En el tema que analizamos, referido a la objeción de conciencia en el ámbito sanitario, en concreto en materia de aborto y eutanasia, ¿puede considerarse imperiosa la necesidad de limitar dicha objeción, por entender que supone un perjuicio grave para el adecuado funcionamiento de esas prácticas? Creemos que no, y en el siguiente apartado se analiza más en profundidad esta cuestión.

## 2. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN EL ÁMBITO SANITARIO

La objeción de conciencia en el plano médico presenta un posible choque entre las convicciones morales del personal sanitario, parte integrante del derecho a la libertad de conciencia, como veíamos en el epígrafe anterior, y el derecho a la salud o a la asistencia sanitaria del que goza todo paciente.

Dos son las preguntas a las que hay que ofrecer respuesta. En primer lugar, si puede alegarse objeción de conciencia ante una práctica, como la sanitaria, de la que ya se conocen sus exigencias cuando una persona

decide ejercer en ese sector profesional. La segunda, si el aborto y la eutanasia forman parte de lo que denominamos derecho a la salud. Respecto a esta cuestión, y salvo casos excepcionales en materia de aborto referidos al peligro que pueda correr la vida de la madre, parece lógico pensar que la salud, tal y como se concibe actualmente, no tiene nada que ver con prácticas que promueven la muerte del ser humano cuya vida incipiente comienza a gestarse en el seno materno, ni con el deseo de poner fin a la propia existencia, que procura la práctica de la eutanasia, más allá de que se hayan reconocido legalmente, aunque ello implique una violación clara del derecho humano más importante: la vida.

En relación con la primera pregunta, autores como Schuklenk y Zolf afirman que el cumplimiento de las obligaciones profesionales de los médicos debe prevalecer sobre sus creencias personales. Aceptar las exenciones de conciencia para el personal sanitario implicaría, en última instancia, un intento por parte de los médicos de imponer sus puntos de vista a los pacientes debido a la posición de monopolio que la profesión médica ocupa en la sociedad. Por lo tanto, tanto las asociaciones médicas como los administradores de hospitales que apoyan la objeción de conciencia se convertirían en cómplices de la subversión de los objetivos profesionales de la medicina.

Desde esta perspectiva, el ejercicio de la objeción de conciencia por parte del personal médico implicaría una violación del principio del derecho de acceso a la asistencia sanitaria, al negar a los pacientes la prestación de servicios sanitarios legalmente reconocidos. Sin embargo, este argumento no puede sostenerse, ya que mientras haya otros profesionales sanitarios que no se opongan a un determinado tratamiento, el derecho de los pacientes a acceder a la asistencia sanitaria estaría garantizado.

Los autores que apoyan esta postura olvidan que la falta de respeto a la conciencia del personal sanitario supone una violación de dos derechos fundamentales: la libertad de conciencia y el derecho a la igualdad de trato. Incluso en ausencia de riesgo para el sistema sanitario y la atención a los pacientes, con esta doctrina se niega sin más la objeción de conciencia a los profesionales médicos, sin que se intente un ajuste razonable y equilibrado entre los derechos de los médicos y los pacientes.

Partiendo de esta idea, otra alternativa es defendida por algunos autores, que son partidarios del llamado “enfoque de compromiso”, según el cual el ejercicio de la objeción de conciencia es compatible con la práctica profesional, excepto cuando afecta significativamente al acceso de los pacientes a un servicio necesario.

### 3. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TEDH

La reciente jurisprudencia del TEDH ha abordado el tema de la objeción de conciencia en dos procesos similares: *Grimmark c. Suecia* y *Steen c. Suecia*. Ambos casos giran en torno a dos enfermeras que deseaban cambiar su orientación profesional y solicitaron que se les permitiera estudiar para ser matronas. Sus respectivos centros médicos aprobaron la propuesta y estuvieron dispuestos a financiar sus estudios. Sin embargo, surgió un problema cuando buscaron trabajo como matronas, porque en sus solicitudes, y en las entrevistas de trabajo, expresaron su objeción a participar en cualquier práctica abortiva, debido a sus creencias religiosas católicas. Ante este dilema, los hospitales se negaron a contratarlas. En defensa de su libertad de conciencia, las dos objetoras recurrieron a las autoridades suecas sin éxito.

Una vez agotados los recursos legales en Suecia, recurrieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, alegando una violación de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, tal como se establece en el artículo 9 del CEDH. La respuesta del Tribunal de Estrasburgo aludió a la doctrina del margen de apreciación para resolver el caso, argumentando que la legislación sueca da gran flexibilidad a los empleadores para organizar el trabajo y exigir su cumplimiento a los trabajadores. Al celebrar un contrato de trabajo, las empleadas aceptaron expresamente las obligaciones contenidas en el mismo, de modo que cuando Grimmark y Steen decidieron convertirse en matronas, y solicitar un puesto de trabajo vacante, eran perfectamente conscientes de que ello implicaba su participación en la realización de abortos.

Aunque ambas sentencias no son el objeto concreto de estudio de nuestro trabajo, sí que ofrecen una perspectiva de hacia dónde camina la

objeción de conciencia, en el ámbito sanitario, en la Unión Europea. Lo primero que resulta desconcertante es que el Tribunal de Estrasburgo no haya optado por debatir el fondo de la cuestión planteada, sino que se haya limitado a eludir el problema remitiéndolo a la doctrina del margen de apreciación, que postula que en aquellos casos en los que no existe un consenso a nivel europeo sobre una determinada cuestión, la legislación de los países miembros es la que debe definir la solución que se ofrece al asunto planteado. Esta doctrina se defiende argumentando que con ella se fomenta un mayor grado de libertad para los Estados, a pesar de que pueda conferir menos garantías personales para los individuos. Todo ello, sin olvidar que el recurso a un procedimiento formal, como el margen de apreciación, conlleva repercusiones negativas en orden a la aplicación de los derechos fundamentales del Convenio, entre ellos el derecho a la libertad de conciencia.

Un segundo aspecto para analizar en estas dos sentencias se refiere al principio del ajuste razonable: ¿se aplicó este criterio en los casos Grimmark y Steen? En mi opinión, no. Se requieren tres elementos para que este ajuste pueda llevarse a la práctica: que la medida esté relacionada con el puesto de trabajo específico, que se lleve a cabo de buena fe, y que sea imposible acomodar al empleado sin imponer una carga indebida al empresario, lo que incluye haber tomado todas las medidas necesarias para que el ajuste sea factible.

En cuanto a los dos primeros criterios parece claro que se daban en los casos planteados. El problema, quizás, puede radicar en el tercero. Es necesario analizar el contexto del aborto en Suecia para ofrecer una respuesta a esta cuestión. Nos estamos refiriendo en este caso a un país desarrollado, donde la práctica de la religión católica es minoritaria. Este dato, junto con el hecho de que, según las cifras de 2016, en Suecia se practicaron 38.143 abortos, que se llevaron a cabo por 7.303 matronas, implica que cada una de ellas practicó en torno a cinco abortos al año. No parece una cantidad excesiva como para que el criterio del ajuste razonable pudiera haberse aplicado por el Tribunal Europeo, a fin de alcanzar el deseado equilibrio de derechos.

Finalmente, ¿puede afirmarse que la legislación sueca, y las decisiones de los órganos judiciales, cumplieron con los principios establecidos en

la Resolución 1763 de 2010 del Consejo de Europa sobre la objeción de conciencia en el sector sanitario? Parece que no, ya que el texto europeo establece que “ninguna persona puede ser discriminada por su negativa a practicar, autorizar, participar o ayudar a practicar un aborto”.

#### 4. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN LA RECIENTE LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE ABORTO Y EUTANASIA

##### 4.1. CONTENIDO DE LA NUEVA REGULACIÓN SOBRE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN MATERIA DE ABORTO Y EUTANASIA

La normativa recogida, tanto en la actualmente vigente ley de aborto, como en el anteproyecto de ley aprobado recientemente en Consejo de ministros sobre esa materia y, todavía, pendiente de aprobación parlamentaria, así como en la nueva ley sobre eutanasia afirma lo siguiente:

“Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo.” (Art. 19.2 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo)

“Se regula la objeción de conciencia como un derecho individual de cada profesional sanitario, que debe manifestarse con antelación y por escrito. Así, se creará un registro de objetores de conciencia, garantizando la seguridad jurídica y el pleno respeto del derecho de las mujeres a interrumpir voluntariamente su embarazo y el derecho a la objeción de conciencia de las y los profesionales sanitarios. Se reconoce expresamente el derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario en el artículo 19 bis, y se regula ex novo el registro de objetores de conciencia en el artículo 19 ter.” (Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo)

“Los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda para morir podrán ejercer su derecho a la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la citada prestación por razones de conciencia es una decisión individual del profesional sanitario directamente implicado en su realización, la cual deberá manifestarse anticipadamente y por escrito. Las administraciones sanitarias crearán un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir, en el que se inscribirán las declaraciones de objeción de conciencia para la realización de la misma y que tendrá por objeto facilitar la necesaria información a la administración sanitaria para que esta pueda garantizar una adecuada gestión de la prestación de ayuda para morir. El registro se someterá al principio de estricta confidencialidad y a la normativa de protección de datos de carácter personal.” (Art. 16 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia)

En todos los textos legislativos se parte de la premisa del reconocimiento de la práctica de la objeción de conciencia como un derecho; sin embargo, al utilizar la expresión “podrán ejercer” parece derivarse que el ejercicio de la objeción de conciencia es una concesión del Estado, cuando los derechos fundamentales pertenecen al individuo per se, más allá de su reconocimiento por el Estado, y aunque puedan ser objeto de desarrollo por el legislador. Quizás una redacción del texto que dijera que “se garantizará el derecho del personal sanitario a ejercer la objeción de conciencia” sería más compatible con la realidad jurídica que se aborda.

El registro de objetores de conciencia establecido por el artículo 16 de la ley de eutanasia establece que cada Comunidad Autónoma es responsable de su creación. Se trata de un registro que, según las prescripciones del reglamento, “estará sometido al principio de estricta confidencialidad y a la normativa sobre protección de datos de carácter personal”. Esta figura ha sido objeto de regulación específica por parte de las Consejerías de Sanidad de cada una de las Comunidades Autónomas que, con carácter general, han seguido un criterio similar, cumpliendo con las exigencias derivadas de la ley en este ámbito concreto. En todas ellas, el registro se realizará de forma telemática, y el personal sanitario objetor podrá obtener un certificado que acredite su condición de objetor, que podrá presentar tanto al paciente que solicita la ayuda para morir, como al equipo directivo de su Área de Salud.

¿Cuál podría ser la finalidad de la creación de un registro público de objetores del personal sanitario en relación con la eutanasia o el aborto, así como los argumentos a favor de su creación? La finalidad fundamental a favor de un registro de objetores, como el que ha implantado la ley de eutanasia, y que pretende, también, instituir la nueva ley sobre el aborto, es facilitar la organización del personal sanitario para que esta práctica se realice siempre en beneficio del paciente que la solicita. Además, se alega que la objeción de conciencia, expresada previamente, permitiría a los poderes públicos conocer el número real de objetores existentes, por lo que alegar esta condición cuando la eutanasia o el aborto sean solicitados por un paciente, sin estar debidamente inscrito en el registro público, podría ser motivo de sanción. Por otro lado, el registro garantiza la coherencia entre el personal sanitario, que no podrá declararse objetor en el sistema público y, sin embargo, realizar prácticas relacionadas con la eutanasia en el ámbito privado de su profesión.

Sin embargo, aun estando de acuerdo con estas premisas, nos preguntamos si éste es el único sistema que puede adoptarse para lograr este propósito principal, si es adecuadamente proporcionado en relación con el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, y cuáles son las principales deficiencias que este sistema conlleva. A estas cuestiones intentamos responder en el siguiente epígrafe.

#### 4.2. ARGUMENTOS Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

En 2014, el Tribunal Constitucional español, en respuesta a un recurso presentado contra el registro de objetores creado, en materia de aborto, por la Ley Foral de Navarra avaló esta figura prácticamente en su totalidad, considerando en su sentencia que “sus requisitos no limitan de forma desproporcionada el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, sino que se ajustan a la conciliación que debe producirse entre el ejercicio de este derecho y la obligación de la administración pública autonómica de garantizar la prestación sanitaria”. Sin embargo, el tribunal dejó claro que el registro sólo podía tener una finalidad organizativa, no restrictiva de la objeción de conciencia. Por ello, subrayó que los responsables del servicio público de salud debían planificar la prestación “con sus propios medios, si es posible, o mediante la contratación de

personal externo o por convenio con entidades privadas, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 2/2010 reguladora del aborto”.

Resulta de interés, a los efectos de la línea de pensamiento seguida en este trabajo, el voto particular emitido sobre dicha sentencia por el magistrado Andrés Ollero, en el que, entre otros aspectos, argumentaba el posible efecto disuasorio que este registro podía tener sobre los objetores. De hecho, según las estadísticas de la época, sólo tres médicos se habían inscrito en el citado registro, “lo que confirmaría el profundo efecto desalentador y disuasorio de la medida en una Comunidad con una conocida objeción masiva”. Además, señaló que la creación del registro “no supera el test de proporcionalidad constitucionalmente exigido sobre la relación entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (...) e implica un sacrificio injustificado del derecho fundamental a la objeción de conciencia”.

- Parece claro que el registro de objetores que propone la norma española no es ilegal, pero, al contrario de lo que exige la nueva ley, quizás debería ser responsabilidad no de las administraciones públicas, sino de los colegios de médicos, con las necesarias garantías de confidencialidad. Además, puede generar problemas y dudas, obligando a muchos profesionales a objetar, cuando es poco probable que tengan que hacerlo realmente.
- El registro puede ser, por otro lado, una espada de Damocles sobre las cabezas de los objetores. Estar o no en el registro puede ser decisivo para el acceso y la permanencia en una plaza. Por ejemplo, si las administraciones tienen que garantizar un servicio en un centro de salud en el que sólo uno de los dos médicos practica la eutanasia, y ambos tienen contratos caducados, ¿a quién van a contratar? La situación puede dar lugar a una posición de privilegio. En este sentido, como sostiene Navarro-Valls, “en los sistemas de relaciones laborales inestables, muy frecuentes en España, podría perjudicar las posibilidades laborales del objetor para acceder a un puesto de trabajo”.

- Al remitir la regulación del registro a las Comunidades Autónomas, ya que el Estado les ha transferido las competencias sanitarias, se crea una legislación dispar, que perjudica al personal sanitario, que a la hora de expresar su objeción de conciencia puede verse limitado en este derecho respecto al personal sanitario perteneciente a otros territorios del Estado español, lo que genera una desigualdad de trato contraria al principio de igualdad reconocido en la Constitución. Por ejemplo, los registros creados por las Comunidades Autónomas de Andalucía, Canarias, Galicia y Murcia permiten a los profesionales sanitarios la posibilidad de objetar a una sola de las modalidades de eutanasia previstas en la ley, mientras que en el resto de las Comunidades Autónomas esta posibilidad no está disponible para los objetores.
- Parece que la obligación de inscribirse en un registro público de objetores, con la debida protección de datos, como establece la ley, no vulnera el precepto constitucional del artículo 16.2, que establece la prohibición de obligar a una persona a manifestar su propia ideología o creencias. No obstante, al tratarse de un derecho fundamental, debe elegirse un procedimiento que ofrezca las mayores garantías de protección, y en el que se respete de manera clara el principio de proporcionalidad.

El registro de objetores, al ofrecer una visión unidimensional, renuncia a una característica fundamental en el ámbito de la objeción de conciencia, como es la flexibilidad, ya que impide el ejercicio de objeciones específicas por parte del personal sanitario. Navarro-Valls, Martínez-Torrón y Valero afirman, en el ámbito de la eutanasia, que la objeción de conciencia no puede entenderse como un sí o un no general, como implica la creación de un registro, sino que debe referirse a actuaciones concretas. Señalan diversas situaciones que la implantación de esta figura impide: por ejemplo, el personal sanitario que, por razones de compasión, desea acompañar a una persona que desea morir hasta el momento preciso en que se le administra la sustancia letal; o aquellos que no están dispuestos, por razones de conciencia, a administrar ellos mismos la sustancia letal al paciente, pero no tienen inconveniente en

proporcionársela para que él mismo se la aplique; o el caso del personal sanitario que, en general, no se opone a la práctica de la eutanasia y el suicidio asistido. En sentido contrario, existen algunos casos concretos en los que podría plantearse una objeción de conciencia selectiva, por parte de personas que, en principio, no estarían en contra de esta práctica, pero que, por diversas razones, no estarían dispuestos a concretarla por diversas razones, como por entender que el paciente no tomó la decisión con la libertad necesaria, o por tratarse de una persona con temperamento depresivo, o de una persona mayor que ha sufrido presiones familiares para acabar con su vida, etc. En ninguno de estos casos la existencia de un registro de objetores permitiría al personal sanitario ejercer su derecho a la libertad de conciencia, ya que el hecho de la inscripción abarcaría de forma general, y no específica, todo tipo de objeciones de conciencia. Pero además, se impediría al personal sanitario que es favorable a la eutanasia, y que, por tanto, no estarían inscritos en el registro de objetores, pero que consideraran que existen circunstancias concretas en un caso específico que desvirtúan la integridad de esa práctica, que pudieran alegar motivos de conciencia para abstenerse de su ejecución.

Como argumentan estos mismos autores, “la sujeción de la objeción de conciencia a un registro supone una limitación de un derecho fundamental”, ya que constituye el único medio posible para llevar a la práctica su ejercicio, y no hay que olvidar que, aunque los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto, los límites a los que pueden estar sometidos deben considerarse necesarios en una sociedad democrática, es decir, si no hubiera otra posibilidad mejor para limitar y concretar el ejercicio del derecho en cuestión, y consideramos que este no es el caso.

Por otro lado, hay que entender la existencia de reticencias por parte del personal sanitario que quiere oponerse a que sus datos se inscriban en un registro, aunque la ley diga que serán tratados de forma confidencial y cumpliendo los requisitos de la ley de protección de datos.

Otro de los problemas que puede plantear el registro de objetores es la previsible judicialización de los casos, ya que, entre la variedad de causas que pueden dar lugar a la objeción, por un lado, y los diferentes procedimientos y criterios administrativos seguidos en el seno de las

Comunidades Autónomas españolas con competencia para su regulación, por otro, habrá una pluralidad de casos conflictivos que acabarán resolviéndose en los tribunales.

En cuanto a las estadísticas sobre el uso efectivo de este registro por parte del personal sanitario a nivel nacional, se puede decir que en España un total de 3.924 profesionales sanitarios se han declarado objetores de conciencia, aunque los datos sólo han sido facilitados por seis Comunidades Autónomas, Aragón, Castilla y León, Cataluña, Madrid, Murcia y País Vasco, de un total de 17 en el país. Si tenemos en cuenta una encuesta, como la que recoge el diario El Independiente, que afirma que el 70% del personal sanitario está a favor de la práctica de la eutanasia, tendríamos un 30% de este personal con dudas sobre la legitimidad de esta práctica y, por tanto, como potenciales objetores de conciencia. Según el Ministerio de Sanidad, en las seis comunidades autónomas que han facilitado datos al respecto hasta la fecha, hay un total de 170.728 profesionales de la medicina y de la enfermería. Esto significa que, si el 30% son potenciales objetores de conciencia, es decir, un total de 51.218, y sólo 3.924 se han registrado como objetores, esto implica que el porcentaje de objetores en el registro público es del 7,6%. Esto demuestra que dicho registro no sólo es una herramienta ineficaz, sino que tiene un efecto disuasorio sobre los objetores de conciencia, es decir, se convierte en un instrumento que limita el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de conciencia.

Podría pensarse que la voluntad del legislador de establecer un registro de objetores como único medio para que el personal sanitario pueda ejercer la objeción de conciencia ha pretendido defender los dos derechos que entran en conflicto en este caso: el nuevo derecho a morir del paciente, o el del aborto, en su caso, y el derecho fundamental a la libertad de conciencia del personal sanitario. Lo que el Parlamento español parece haber olvidado es que en el ámbito de los derechos existe una jerarquía normativa, y el nuevo derecho a morir reconocido por la ley parece situarse claramente en un escalón inferior de esa jerarquía respecto al derecho fundamental a la libertad de conciencia, que está recogido no sólo en la Constitución española, como hemos señalado anteriormente,

sino también en los principales textos normativos, tanto a nivel europeo como internacional.

Ante todas estas limitaciones, el sistema seguido en la ley de eutanasia neozelandesa nos parece una alternativa más razonable para la posibilidad de ejercer la objeción de conciencia por parte del personal sanitario, ya que establece, en su artículo 8, que los profesionales sanitarios no están obligados a intervenir en una solicitud de asistencia para morir si alegan una objeción de conciencia, sino que tienen la única obligación de informar al paciente de que tiene derecho a ponerse en contacto con el llamado Grupo SCENZ, para facilitarle el nombre y los datos de contacto de un profesional que esté dispuesto a considerar su solicitud. Desde esta consideración, parece que la ley neozelandesa no opta por la creación de un registro de objetores, como en el caso de la ley española, sino que redirige la petición del paciente al Grupo SCENZ, un organismo creado por el Director General de Sanidad para establecer una lista de médicos dispuestos a realizar la práctica de la eutanasia. Esto beneficia al paciente, ya que no ve mermado su derecho legal a acabar con su vida, y beneficia al objetor, que no tiene que cumplir con una serie de obstáculos y requisitos para hacer pública y manifiesta su objeción de conciencia.

Otra posible solución, que permitiría la supresión de cualquier tipo de registro, y ofrecería un cauce más inclusivo a la figura jurídica de la objeción de conciencia, sería la creación de equipos médicos, en los que aquellos médicos objetores a la práctica de la eutanasia pudieran hacerse cargo de todos los cuidados que el paciente pudiera necesitar, quedando al margen de cualquier actuación que pudiera asociarse a la práctica concreta de la eutanasia. Esta solución requeriría una clara distinción entre la atención al paciente y la práctica de la eutanasia.

## 5. CONCLUSIONES

La historia de la objeción de conciencia ha sido turbulenta. Se ha pasado de una época en la que se priorizaba como derecho fundamental y se situaba por encima de otras disposiciones legales o de los derechos de terceros, al escenario actual, en el que se han impuesto nuevos derechos,

especialmente en el ámbito de la salud reproductiva y la eutanasia. En muchos países no se ha negado la objeción de conciencia como derecho fundamental, pero se ha limitado hasta tal punto, que solicitar la exención de ciertas prácticas médicas se ha convertido en un acto de heroísmo.

Este capítulo ha tratado de demostrar que la objeción de conciencia es un derecho fundamental que debe ser reconocido en el ámbito sanitario, y que el Estado, aunque debe regular legalmente su correcto ejercicio, no puede menoscabar o limitar injustificadamente su contenido.

El análisis del anteproyecto sobre el aborto, y la nueva ley de eutanasia nos ha llevado a concluir que el legislador español limita la objeción de conciencia a través de la figura del registro de objetores. Se trata de una medida innecesaria y desproporcionada para lograr su finalidad original, que no es otra que la de conseguir una administración más eficiente de los recursos del personal sanitario. Por ello, en lugar de un registro de objetores sería deseable, en términos prácticos, la creación de un registro de médicos que acepten practicar el aborto o la eutanasia, como en el caso de la ley neozelandesa estudiada en este trabajo, ya que así se garantizaría el respeto a la privacidad e intimidad de las creencias del personal sanitario, evitando los posibles prejuicios que su declaración como objetores pudiera suponer en términos de discriminación laboral o promoción profesional.

Es innegable que la objeción de conciencia puede afectar a los derechos de los demás y, por tanto, debe poder ser objeto de limitaciones, como cualquier derecho fundamental, pero también es cierto que los derechos de terceros deben adaptarse también para permitir el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios. Se hace, por ello, necesario promover un ajuste razonable en el que se respete el principio de proporcionalidad y la jerarquía de los derechos, ya que un derecho fundamental, como es la libertad de conciencia, debe primar sobre una práctica médica como el aborto o la eutanasia, cuya consideración como derecho, a nivel internacional, carece a día de hoy de respaldo y de fundamento legal.

## 6. REFERENCIAS

- Ahdar, R. (2021). El derecho a la objeción de conciencia con respecto al aborto y la eutanasia: un informe de Nueva Zelanda. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 57, 1-22.
- Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, aprobada en Consejo de Ministros el 30 de agosto de 2022. Disponible en: <https://cutt.ly/UNGHNob>
- Consejo de Europa (1950). Convenio Europeo de Derechos Humanos. Disponible en: <https://cutt.ly/DNHkzp7>.
- Consejo de Europa (2010). The right to conscientious objection in lawful medical care. Disponible en: <https://cutt.ly/8NL6Bf9>.
- El Independiente (2019). Una encuesta refleja que el 70% de los médicos está a favor de la eutanasia, 11 de diciembre de 2019. Disponible en <https://bit.ly/3IOxZqf>
- Fleming, V., Maxwell, C. y Ramsayer, B. (2020). Accommodating Conscientious Objection in the Midwifery Workforce: A Ratio-Data Analysis of Midwives, Birth and Late Abortions in 18 European countries in 2016. *Human Resources for Health*, 18(42), 1-9.
- Garcimartín, M<sup>a</sup>. C. (2021). La objeción de conciencia en España. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 57, 1-51.
- Ley de elección del final de la vida 2019, nº 67, 16 de noviembre. Disponible en <https://bit.ly/3Ojqvwq>
- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. BOE núm. 55 de 4 de marzo de 2010. Disponible en: <https://cutt.ly/NNGHxX5>
- Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. BOE núm. 72, de 25 de marzo de 2021. Disponible en: <https://cutt.ly/cNGJlSg>
- Mason, R., Nicol, J., Walker, J., Barnett, L., y Nicol, J. (2012). An Examination of the Duty to Accommodate in the Canadian Human Rights Context. *Library of Parliament*.
- Ministerio de Sanidad (2020). Número de profesionales de la enfermería que trabajan en el Sistema Nacional de Salud (SNS) en Atención Primaria, Atención Hospitalaria, Servicios de urgencias y emergencias (112/061) y Especialistas en formación según comunidad autónoma. Disponible en <https://bit.ly/3PompEU>

- Ministerio de Sanidad (2020). Número de profesionales de la medicina que trabajan en el Sistema Nacional de Salud (SNS) en Atención Primaria, Atención Hospitalaria, Servicios de urgencias y emergencias (112/061) y Especialistas en formación según comunidad autónoma. Disponible en <https://bit.ly/3INLxIF>
- Navarro-Valls, R. (2014). Una ocasión perdida. Comentario a la STC de 23 de septiembre de 2014, sobre el registro de objetores de conciencia al aborto. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 36, 1-7.
- Navarro-Valls, R. (2021). La objeción de conciencia a la eutanasia. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 92, 8-15.
- Navarro-Valls, R., J. Martínez-Torrón J. (1997). *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*. McGraw-Hill Interamericana de España.
- Navarro-Valls, R., J. Martínez-Torrón J. (2006). Protección de la objeción de conciencia como derecho fundamental. Consideraciones sobre los proyectos de acuerdo de la República eslovaca con la Iglesia católica y con otras iglesias registradas. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 12, 1-51.
- Navarro-Valls, R., J. Martínez-Torrón J. y M<sup>a</sup>. J. Valero, M<sup>a</sup>. J. (2022). Eutanasia y objeción de conciencia. Palabra.
- Ollero, A. (2014). Voto particular a la STC 151/2014. Disponible en <https://bit.ly/3B12kQt>
- Punzano, D. y Fernández, M<sup>a</sup>. T. (2022). España tiene al menos 3.900 profesionales objetores de conciencia. *Redacción Médica*, 26 de enero de 2022. Disponible en <https://bit.ly/3PDdmiQ>
- Schuklenk, U. y Zolf, B. (2018). No conscientious objection without normative justification: Against conscientious objection in medicine. *The American Journal of Bioethics* 18(7), 60-61.
- Smalling, R. and Schuklenk, U. (2017). Against the accommodation of subjective healthcare provider beliefs in medicine: Counteracting supporters of conscientious objector accommodation arguments. *Journal of Medical Ethics*, 43(4), 253–256.
- STC 151/2014, de 25 de septiembre de 2014.
- TEDH, Grimmark v. Sweden, 12 March 2020, No. 43726/17.
- TEDH, Steen v. Sweden, 12 March 2020, No. 62309/17.
- Wicclair, M. R. (2011). *Conscientious objection in health care: An ethical analysis*. Cambridge University Press.

## CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES PARA EL TRATAMIENTO DE SUS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

---

SUSANA BEATRIZ CHECA PRIETO  
*EAE Business School/UNIE Universidad*

### 1. INTRODUCCIÓN

Si analizamos el Considerando (38) del Reglamento General de Protección Datos (en adelante RGPD)<sup>352</sup>, podemos afirmar que contiene un principio específico de protección en cuanto al consentimiento para el tratamiento de sus datos de carácter personal, basado en la menor consciencia de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de sus datos.

En concreto, destaca el Considerando como de especial protección la utilización de datos de menores con fines de mercadotecnia o de elaboración de perfiles de personalidad.

De hecho, existen prohibiciones explícitas en cuanto al tratamiento de datos de los menores. Así, el Considerando (71) prohíbe la posibilidad de que los menores sean objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento de sus datos y que produzca efectos jurídicos en él o le afecte de manera similar.

Por su parte, el art. 8 en relación con el art. 6 RGPD, establece el límite de edad para considerar lícito el consentimiento en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información en 16 años para, a renglón seguido, indicar que los Estados miembros podrán

---

<sup>352</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años.

Pasados ya más de cinco años desde la aprobación y entrada en vigor del RGPD y su posterior trasposición a la normativa española a través de la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales (en adelante LOPDGDD)<sup>353</sup> nos proponemos analizar hasta qué punto se respeta en la práctica dicha protección, tanto desde el punto de vista de los legisladores de los Estados miembros, como de los propios responsables del tratamiento a quienes el art. 8 RGPD indica que deberán realizar los esfuerzos razonables para verificar que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible.

Y todo ello teniendo en cuenta que como motivos para la derogación de la Directiva 95/46<sup>354</sup>, el Parlamento y el Consejo tuvieron fundamentalmente en consideración la necesidad de garantizar un nivel coherente de protección de las personas físicas en toda la Unión, evitando divergencias en el mercado interior, con un reglamento que proporcionara seguridad jurídica y transparencia, ofreciendo el mismo nivel de derechos y obligaciones exigibles.

## 2. OBJETIVOS

- Análisis de la normativa de protección de datos de carácter personal en cuanto al consentimiento de los menores.
- Descripción de la actividad de los menores en Internet y Redes Sociales.

---

<sup>353</sup> Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales, BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

<sup>354</sup> Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

- Análisis crítico sobre la adecuación del límite de edad para considerar válido el consentimiento de los menores establecido en el RGPD.

### 3. METODOLOGÍA

El estudio del régimen de consentimiento de los menores en el RGPD desde el punto de vista de la actividad que los mismos desarrollan en Internet y Redes Sociales nos permitirá analizar hasta qué punto entra en contradicción el art. 8 del RGPD con el propio espíritu del Reglamento al establecer la edad mínima de consentimiento en 16 años pero, adicionalmente, incluir la posibilidad de una rebaja excepcional que, finalmente, los Estados miembros han asumido como norma en sus propias legislaciones.

Para ello, también se repasará la edad mínima de consentimiento de los menores, en cuanto al tratamiento de sus datos de carácter personal, establecida por la legislación de distintos Estados miembros.

Todo ello basándonos en dos cuestiones fundamentales:

- El Considerando (38) RGPD que, como anteriormente hemos indicado, contiene un principio específico de protección en cuanto al consentimiento para el tratamiento de los datos de carácter personal de los menores, basado en la menor consciencia de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de sus datos.
- La propia aprobación de un reglamento europeo, cuya utilización se consideró una medida esencial para fortalecer los derechos fundamentales de la persona en la era digital.

Dicha revisión se completará con la visión vertida por el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) en cuanto al tratamiento de datos de carácter personal de menores en la oferta de servicios de la sociedad de la información, como organismo europeo independiente que contribuye a la aplicación coherente de las normas de protección de datos en toda la Unión Europea y con capacidad de dictar resoluciones

vinculantes con respecto a las autoridades nacionales de supervisión para garantizar una aplicación coherente de la normativa.

## 4. DISCUSIÓN

### 4.1. LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Partimos de la premisa de que el apartado 3 del art. 8 establece que el apartado 1 no afectará, como no podría ser de otra manera, a las disposiciones generales del Derecho contractual de los Estados miembros, como las normas relativas a la validez, formación o efectos de los contratos en relación con un niño.

Desde el punto de vista del consentimiento de los menores para el tratamiento de sus datos de carácter personal, el RGPD establece que, cuando se aplique el art.6, apartado 1, letra a), en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, este tratamiento solo se considerará lícito cuando el menor tenga como mínimo 16 años.

Por lo tanto, hasta dicho momento, el tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó, recayendo la verificación de la realidad de dicho consentimiento, es decir, la edad del menor o la autorización del titular de la patria potestad o tutela para consentir recae, según el apartado 2 del art. 8 del Reglamento, sobre el responsable de dicho tratamiento de datos de carácter personal.

Sin embargo, a renglón seguido, el propio apartado 1 establece que los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre no inferior a 13 años.

Es decir, parece que el legislador ha querido establecer, basándose en una supuesta mayor protección a los menores, un régimen excepcional que habilite su capacidad de consentir para el tratamiento de sus datos de carácter personal en los 13 años sin alterar, como no podía ser de otra manera, las normas generales de Derecho contractual de los Estados

miembros, excepto en lo que se refiere al propio consentimiento en cuanto al tratamiento de sus datos de carácter personal.

Como indicábamos anteriormente, si repasamos los motivos que dieron lugar a la derogación de la Directiva 95/46/CE, el Parlamento y el Consejo tuvieron fundamentalmente en consideración la necesidad de garantizar un nivel coherente de protección de las personas físicas en toda la Unión, evitando divergencias en el mercado interior, con un reglamento que proporcionara seguridad y transparencia, ofreciendo el mismo nivel de derechos y obligaciones exigibles.

Un ejemplo de dicha necesidad la encontramos en la asociación de personas físicas a identificadores en línea facilitados por dispositivos o aplicaciones o por las propias direcciones de los protocolos de Internet, es decir, identificadores de sesión como *cookies*<sup>355</sup>, típicamente utilizados para la oferta directa de servicios de la sociedad de la información incluidos, por supuesto, los menores.

Estas huellas, combinadas con identificadores únicos y los datos recibidos por los servidores, pueden ser utilizadas para elaborar perfiles de las personas físicas e identificarlas, es decir, precisamente para aquello que el Considerando (38) consideraba como un elemento de especial protección relacionado con los menores.

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en su “Guía sobre el uso de las cookies”<sup>356</sup> actualizada a junio de 2022, nos proporciona información muy relevante sobre el papel de las *cookies* en la prestación de servicios de la Sociedad de la Información en el sentido de identificarlas como una de las formas en que se lleva a cabo la publicidad en Internet y, en este sentido, afirma que concentran la mayor inversión publicitaria al ofrecer una publicidad basada en ocasiones en los hábitos de navegación.

---

<sup>355</sup> El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define la *cookie* como el mecanismo utilizado por las páginas web para mejorar la experiencia de navegación de los usuarios consistente en crear en el ordenador del usuario un fichero informático con información de sus preferencias, gustos y perfil, con el fin de que la próxima visita los contenidos y funcionalidades se ajusten a sus preferencias.

<sup>356</sup> <http://bit.ly/3Tvmec4>

Sobre la importancia de la publicidad online en cifras de inversión, la AEPD cita el Estudio de Inversión Publicitaria en Medios Digitales de 2019 de IAB Spain<sup>357</sup>, indicando que por primera vez en 2019 la inversión en Internet se consolida en la primera posición con una inversión de 3.150 millones de euros por encima de la televisión, lo que supone un 46,3 % de toda la inversión realizada en medios.

La actualización de este estudio para 2022<sup>358</sup> indica que los segmentos de Search y Redes Sociales mantienen su liderazgo en inversión, experimentando crecimientos relevantes y aglutinando gran parte de la inversión total.

Ante esta situación, la opinión de la AEPD es resaltar lo esencial de obtener la confianza de los usuarios, es decir, que sean conscientes del valor que para Internet tienen sus hábitos de navegación y que puedan valorar las ventajas asociadas a la información que facilitan a los prestadores de servicios de Internet, siendo a su vez conscientes de cómo gestionar su aceptación o rechazo.

Y ello es así porque, de acuerdo con la AEPD, la publicidad digital también aporta un importante valor añadido al ciudadano en su rol de consumidor, dado que esta le provee de contenidos a un precio reducido o de forma gratuita. En otras palabras, los ingresos derivados de la publicidad online hacen posible el gran valor que los consumidores obtienen de los servicios online que utilizan.

Es decir, las empresas obtienen ingresos derivados de la publicidad online y, en consecuencia, pueden ofrecer servicios de forma gratuito o a un precio reducido a los consumidores.

Dichos ingresos derivados de la publicidad online no serían posibles si las empresas que pagan la publicidad online no obtuvieran una rentabilidad, es decir, si fuera inocua la utilización de los datos de carácter personal a los que dichas empresas acceden.

---

<sup>357</sup> <http://bit.ly/3fVVmnT>

<sup>358</sup> <http://bit.ly/3tmUewC>

Por lo tanto, la situación descrita es la siguiente: una de las formas de hacer publicidad en Internet es a través de las *cookies*, de hecho, la mayor inversión publicitaria se basa en los hábitos de navegación. Ante esa situación, los ciudadanos deben ser conscientes del valor que para Internet tiene sus hábitos de navegación.

Sin embargo, y a pesar de la especial protección en cuanto al consentimiento para el tratamiento de los datos de carácter personal de los menores, basado en la menor consecuencia de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de sus datos, el RGPD establece, de facto y en dos pasos, es decir, a través de las legislaciones de los Estados miembros, una edad límite de 13 años para los tratamientos basados en su consentimiento en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información.

Como señala VILASAU SOLANA (2019, p.200), para que la formación de la declaración de voluntad sea adecuada y produzca efectos legales, debe cumplir tanto las exigencias relativas a la capacidad del sujeto que las emite, como las relativas a la calidad de la declaración en sí misma considerada.

Es decir, el consentimiento para el tratamiento de los datos de carácter personales de los menores deberá responder a definiciones suficientemente sencillas y adaptadas a su capacidad para que su consentimiento tenga validez jurídica.

Sin embargo, si repasamos las Directrices 8/2020 sobre la focalización de los usuarios de medios sociales del Comité Europeo de Protección de Datos<sup>359</sup>, el Comité describe que parte de su modelo de negocio los proveedores de medios sociales ofrecen servicios de focalización, también denominados *targeting*, que permiten a personas físicas o jurídicas comunicar mensajes específicos a los usuarios de los medios sociales con el fin de promover intereses comerciales, políticos o de otro tipo.

Los criterios elaborados para dirigirse a determinadas personas no están únicamente basados en los datos de carácter personal que los propios usuarios han proporcionado o compartido de forma activa sino que,

---

<sup>359</sup> <http://bit.ly/3WUFcM2>

habitualmente, dichos criterios se desarrollan sobre la base de datos de carácter personal que han sido observados o inferidos y agregados por las plataformas para apoyar las acciones de publicidad dirigida.

Para las personas afectadas, no digamos para los menores, el tratamiento subyacente de sus datos de carácter personal suele ser opaco, además de provocar usos indebidos o no deseados, no solo con relación a la legislación relativa a protección de datos, sino también con relación a otros derechos y libertades fundamentales.

A mayor abundamiento, de acuerdo con las Directrices del Grupo de Trabajo del art. 29 (GT29)<sup>360</sup> sobre la evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD) y para determinar si el tratamiento entraña probablemente un alto riesgo a efectos del RGPD<sup>361</sup>, la combinación y análisis de datos provenientes de distintas fuentes, junto con el carácter potencialmente sensible de los datos personales tratados en el contexto de los medios sociales, crea riesgos para los derechos y libertades fundamentales de las personas, fundamentalmente relacionados con la falta de transparencia y de control de los usuarios.

En este mismo sentido, el Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos de 19 de marzo de 2018 establece que el problema de utilizar los datos de los perfiles para diferentes fines a través de algoritmos es que los datos pierden su contexto original. Es probable que la reutilización de datos afecte a la autodeterminación informativa de la persona y reduzca aún más el control de los interesados sobre sus datos, afectando de este modo a la confianza en los entornos y servicios digitales.

El Comité refiere cómo un análisis de los contenidos compartidos a través de los medios sociales puede revelar información sobre el estado emocional (por ejemplo, mediante un análisis del uso de determinadas palabras clave). Esta información podría utilizarse para dirigir a la persona mensajes específicos y en momentos concretos a los que se espera

---

<sup>360</sup> El Grupo de Trabajo del art. 29 (GT Art. 29) es el grupo de trabajo europeo independiente que se ha ocupado de cuestiones relacionadas con la protección de la privacidad y los datos personales hasta el 25 de mayo de 2018 (entrada en aplicación del RGPD).

<sup>361</sup> <http://bit.ly/3TshvaR>

que sea más receptiva e influir así subrepticamente en su proceso de pensamiento, sus emociones y su comportamiento<sup>362</sup>.

Más aún, el Comité recuerda que el posible impacto adverso de la focalización puede ser considerablemente mayor cuando se trata de categorías vulnerables de personas, como los niños, pudiendo influir la focalización en la configuración de las preferencias e intereses personales de los menores y afectar a su autonomía y a su derecho al desarrollo.

Recordemos, en este sentido, el considerando 38 del RGPD que establece que la protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño.

Volviendo a nuestras consideraciones sobre el consentimiento de los menores, el GT29 ha analizado con detalle los requisitos y características que debe reunir dicho consentimiento para considerarse válido.

- Manifestación de voluntad libre, implicando el término libre tanto elección como control por parte de los interesados. En consecuencia, si el interesado se siente obligado, o bien puede sufrir consecuencias negativas si no da el consentimiento, éste no puede considerarse válido. Tampoco lo será si está incluido en las condiciones generales como parte no negociable del contrato. De esta forma, lo que el RGPD pretende evitar es que los datos de carácter personal se conviertan en la contraprestación del propio servicio, sin que ello debiera suponer la nulidad del contrato principal, en tanto en cuanto ocasionaría un perjuicio para el interesado, siendo más correcto considerar que estaríamos ante un supuesto de nulidad parcial del contrato, según VILASAU SOLANA (2019, p.205).

---

<sup>362</sup> *Experimental evidence of massive-scale emotional contagion through social networks*, Adam D. I. Kramer, Jamie E. Guillory, y Jeffrey T. Hancock, PNAS, 17 de junio de 2014, 111 (24) 8788-8790; publicado por primera vez el 2 de junio de 2014 <https://doi.org/10.1073/pnas.1320040111>, disponible en: <http://bit.ly/3GcqH0m>

- Manifestación de voluntad específica. Esta exigencia no significa que no pueda darse el consentimiento para varios fines, sino que, en el caso de estar vinculado a varios fines, deben ser específicos. En congruencia con el Principio de limitación de la finalidad (art. 5.1.b RGPD) que establece que los datos personales serán recogidos con “*fines determinados, explícitos y legítimos y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines*”. De hecho, el Considerando (43) RGPD establece la presunción de invalidez del consentimiento cuando no permita autorizar por separado distintas operaciones de tratamiento, pese a ser adecuado en el caso concreto.
- Manifestación de voluntad informada. La exigencia de consentimiento informado está íntimamente relacionada con el principio de transparencia y se regula en el art. 4.11 RGPD. Una de las mayores dificultades reside en que el correcto cumplimiento de este deber se basa en la comprensión de la información proporcionada por parte de un tercero, esto es, por el titular de los datos. Tal como establece el GT Art. 29, lo que se requiere, en definitiva, es que el interesado pueda determinar de antemano el alcance y las consecuencias derivadas del tratamiento, sin verse sorprendido en un momento posterior por el uso que se ha dado a sus datos personales. En cuanto a la calidad del lenguaje, es decir, cómo debe ser, el art. 12.1 RGPD indica específicamente que debe ser *concisa, transparente, inteligible y con un lenguaje claro y sencillo*, debiendo tenerse en cuenta, en el caso de los menores, sus características concretas. El GT29 se ha manifestado en este sentido, expresando que el término inteligible debe entenderse como comprensible para el integrante medio de la audiencia, por lo que es claro que se debe tener conocimiento de las personas a las que se les va a proporcionar la información para, posteriormente, tratar sus datos.

Un aspecto novedoso e interesante relativo a la forma en la que el responsable debe proporcionar la información es la referencia del RGPD a la utilización de iconos normalizados que permitan visualizar de forma

visible, inteligible y claramente legible una adecuada visión de conjunto del tratamiento previsto.

En este sentido, es obligatorio que los iconos que se presenten en formato electrónico sean legibles mecánicamente.

La implementación de etiquetas y símbolos, una vez autorizadas por la autoridad supervisora, podrían ser muy beneficiosas para, por un lado, evitar la denominada fatiga informativa y, por otro, educar al interesado que podrá buscar información a medida que consulta dichos iconos.

Debemos indicar, tal como recuerdan EDWARDS Y ABEL (2014, p. 14), que si bien esta iconografía ha sido exitosamente utilizada en casos como las *Creative Commons*, sería complejo traducir en iconos las políticas de privacidad en cuanto se trata de representar gráficamente conceptos abstractos, tales como, legitimidad, tratamiento lícito, etc.

#### 4.1.1. especial referencia al consentimiento del menor

El RGPD dedica gran parte de sus Considerandos a reflexionar sobre la delicada situación de los menores antes las Nuevas Tecnologías, desde la mera exposición a contenidos inapropiados, hasta la posibilidad de que el consentimiento que puedan llegar a dar los menores esté viciado por la falta de comprensión de los términos y condiciones del tratamiento que están aceptando.

Con la finalidad de acotar claramente qué es lo que puede consentir un menor a partir de los 13 años, debemos recordar la definición de servicio de la sociedad de la información (SSI).

Para ello, debemos recurrir al art. 1. 1.b) de la Directiva (UE) 2015/1535<sup>363</sup> que establece la siguiente definición:

1. 1.b) «Servicio»: todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un

---

<sup>363</sup> Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.

destinatario de servicios. A efectos de la presente definición, se entenderá por:

i) «a distancia», un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente,

ii) «por vía electrónica», un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético,

iii) «a petición individual de un destinatario de servicios», un servicio prestado mediante transmisión de datos a petición individual.

Es decir, nos encontramos ante relaciones, tal y como indica la Directiva, normalmente remuneradas, esto es, a cambio de un precio, proviniendo la petición del destinatario del propio servicio.

¿De dónde puede obtener un menor las cantidades exigidas para dicha remuneración? ¿Se remuneran ese tipo de servicios comerciando con los propios datos de los menores?

De ser ese el caso, es difícil pensar que ningún responsable del tratamiento va a explicitar en su cláusula de consentimiento informado literalmente que la remuneración exigida, es decir, el precio por el acceso a los servicios será la información obtenida y posteriormente elaborada a partir de los datos proporcionados y obtenidos del menor, cayendo inevitablemente en la elaboración de perfiles que, como antes hemos indicado, está supuestamente prohibida.

En el caso de no ser así, y de que efectivamente la remuneración sea dineraria ¿no sería lo lógico pensar que necesitará acceso a un medio de pago electrónico facilitado por su progenitor o, en su caso, por su tutor que podría, en todo caso, decidir sobre el consentimiento para el tratamiento de datos?

Además, debemos tener en cuenta que el consentimiento en cuanto al tratamiento de datos no implica que haya ninguna modificación de la edad necesaria para consentir en cuanto al negocio jurídico subyacente.

Por lo tanto, ¿no es razonable pensar que la verdadera remuneración es la información relativa al menor? Y siendo ello así ¿qué intereses fueron

los que prevalecieron en la inclusión de la excepción de la edad mínima de 16 años en el RGDP?

Sin embargo, el panorama comparativo no puede ser más desalentador desde el punto de vista de la comparativa de la edad de consentimiento para menores en cuanto a servicios de la sociedad de la información adoptada por los Estados miembros, habiendo establecido Bélgica, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Islandia, Letonia, Malta, Noruega, Portugal y Suecia la edad del consentimiento en los 13 años<sup>364</sup>.

#### 4.2. CONTENIDO AL QUE ACCEDEN LOS MENORES EN INTERNET

De acuerdo con un estudio realizado por el Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad (ONTSI)<sup>365</sup> el 98% de los niños de entre 10 y 15 años utilizan Internet de manera habitual. Esta práctica se ha incrementado desde 2016 (no llegaba al 93%); en 2020 y 2021 ha aumentado tres puntos porcentuales.

La situación extraordinaria de la pandemia ha incrementado los hábitos digitales de los menores. Las clases a distancia y actividades educativas en línea han incrementado el uso de ordenadores y dispositivos móviles, y la cantidad de usuarios de Internet.

El acceso a Internet no es inocuo y puede exponer a los menores a riesgos, de los que queremos resaltar los que consideramos los principales peligros:

- Acceder a información no apta para menores: violencia, pornografía, juego, imágenes inapropiadas, etc.
- Contactar con personas con intenciones inadecuadas.
- Compartir información privada.
- Acosar o ser acosado.
- Participar en juegos o retos virales peligrosos.
- Compartir vídeos o retos virales peligrosos.

---

<sup>364</sup> GDPR Guide to National Implementation. A practical guide to national GDPR compliance requirements across the EEA. 2019. Disponible en <http://bit.ly/3USshbD> (julio 2021).

<sup>365</sup> Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad (2022). El uso de la tecnología por los menores en España. 2022. Madrid. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

- Ser víctima de chantajes o amenazas.
- Realizar compras online sin ser consciente de ello.

En este mismo sentido, UNICEF España ha desarrollado el informe Impacto de la Tecnología en la Adolescencia<sup>366</sup>, cuyas conclusiones refuerzan la realidad de los riesgos a los que hacíamos referencia anteriormente.

El 26,8% practicó alguna vez *sexting*<sup>367</sup> pasivo y el 8%, *sexting* activo. Un porcentaje mayor (11,4%) sufrió presiones para hacerlo. Aunque el *sexting* es practicado por ambos géneros, las presiones las sufren generalmente las chicas. A partir de 3.º y 4.º de ESO, las tasas de *sexting* se duplican.

Se constata además un preocupante caldo de cultivo para el *grooming*<sup>368</sup>: El 57,2% aceptó alguna vez a personas que no conocían en una red social y el 21,5% incluso llegó a quedar físicamente con ellas en alguna ocasión. •

Prácticamente 1 de cada 10 adolescentes (9,8%) ha llegado a recibir proposiciones de tipo sexual por parte de un adulto a través de la Red.

---

<sup>366</sup> Andrade, B., Guadix, I., Rial, A. y Suárez, F. (2021). Impacto de la tecnología en la adolescencia. Relaciones, riesgos y oportunidades. Madrid: UNICEF España.

<sup>367</sup> El término “sexting” proviene de un acrónimo de “sex” o sexo y “texting” o escribir mensajes. Consiste en enviar mensajes, fotos o vídeos de contenido erótico y sexual personal a través del móvil mediante aplicaciones de mensajería instantánea o redes sociales, correos electrónicos u otro tipo de herramienta de comunicación.

<sup>368</sup> Se denomina “grooming” al acoso sexual virtual que se realiza a un menor de edad. Se trata de acciones intencionales desarrolladas por un adulto para establecer un vínculo con un menor con una intención sexual. En este contexto, el adulto desarrolla una conducta con la finalidad inicial de conseguir una amistad virtual con el niño, ya sea a través de Internet, del móvil, u otra herramienta tecnológica. Con este objetivo simula que es también menor de edad y, una vez establecido el lazo emocional con la víctima, el acosador comienza a vulnerar la intimidad del niño, obtener sus datos personales e, incluso, de contacto. La finalidad del “grooming” suele ser obtener imágenes del menor sin ropa o desarrollando algún tipo de acto sexual. Una vez ha obtenido este material, el acosador puede chantajearlo para obtener más imágenes o incluso para forzarlo a tener un encuentro físico, haciendo que del “grooming” (virtual) se pase al abuso sexual (físico). Esto quiere decir que el “grooming” está asociado a la pederastia o pedofilia. Incluso puede realizarse para introducir al menor en la pornografía o en una red de prostitución.

El contacto con desconocidos online es habitual. Las chicas son objeto de proposiciones sexuales por parte de adultos mucho más frecuentemente que los chicos, mientras que el consumo de pornografía online se duplica en el género masculino. El tránsito a la segunda etapa de ESO hace que se disparen todas las prácticas de riesgo.

Por último, cabe añadir que la *Dark Web*<sup>369</sup> posee un alto grado de popularidad entre los adolescentes: el 44,4% dice saber lo que es y el 4,7% afirma incluso haber accedido a esta en alguna ocasión, mayoritariamente chicos.

El porcentaje de adolescentes que ha apostado o jugado dinero online alguna vez en su vida es del 3,6%. El 1,6% lo hace al menos una vez al mes. Los porcentajes son mayores entre los chicos (4-5 veces más) y en 3.º-4.º de ESO. •

Aunque la variedad de formatos es enorme, las apuestas deportivas son la modalidad más aceptada entre los estudiantes de ESO, especialmente entre los chicos de 3º y 4º.

Los medios de pago son diversos, pero el uso de tarjetas de crédito o cuentas Pay Pal o Skrill son las dos opciones más habituales.

El gasto medio mensual no suele exceder los 10€, pero el 17% de los jugadores se gasta más de 30€ cada mes.

---

<sup>369</sup> Se denomina Dark Web a aquella parte de la World Wide Web a la que no se puede acceder mediante los motores de búsqueda tradicionales, siendo necesario utilizar un navegador especial para acceder a los sitios que utilizan la terminación de dominio “.onion”. El término “Dark” en principio únicamente hace referencia a que se trata de un espacio virtual de acceso restringido. Sin embargo, precisamente por ser un espacio restringido, se suele asociar habitualmente con contenido prohibido y actividades delictivas. Los contenidos que pertenecen a la surface web son accesibles para todos a través de los motores de búsqueda. Solo un 5 % de los contenidos de la red pertenecen a esta categoría, algunas estimaciones sugieren que sería un porcentaje todavía menor. La “deep web” describe todos los contenidos que no son de libre acceso para todo el mundo, sino que, por ejemplo, requieren una contraseña para poder acceder a ellos: a esta categoría pertenecen las cuentas bancarias, la información médica, pero también las áreas de miembros en las tiendas online. Los motores de búsqueda no indexan estos contenidos. En el caso de los contenidos de la “Dark Web”, las restricciones de acceso son aún más estrictas: se requieren navegadores especiales.

Tal y como insisten los expertos, al menos 1 de cada 10 adolescentes que juegan online podrían llegar a desarrollar una adicción al juego (14,4%).

Los niveles de bienestar emocional, integración social y satisfacción con la vida son también inferiores entre quienes presentan juego problemático. La tasa de depresión llega a duplicarse.

Las tasas de una posible depresión grave o moderadamente grave se multiplican también por 2 o por 3. Esto abre el debate acerca de si son los adolescentes con más dificultades a nivel emocional los que tienden a refugiarse y hacer un uso más intensivo de las TRIC, o si pueden ser estas nuevas formas de adicción o uso desadaptativo de las TRIC las que ejercen un impacto emocional negativo.

Se cifra en un 33% el porcentaje de adolescentes que estarían desarrollando un uso problemático de Internet y las redes sociales.

Aunque no se pueda establecer una relación causa-efecto, los niveles de bienestar emocional, integración social y satisfacción con la vida son siempre inferiores entre los adolescentes que presentan un uso problemático de Internet. La tasa de depresión es más del triple.

Por lo general, las diferentes conductas de riesgo se relacionan con niveles de supervisión parental significativamente más bajos. Las diferencias son menores en lo referido a la restricción parental.

¿A qué conclusiones debemos llegar desde el punto de vista del consentimiento analizando estos datos?

Tal y como indica Ruiz de Huidobro<sup>370</sup>

«(...) el menor de edad se caracteriza por sus condiciones de inmadurez (física, psicológica, social) que le impiden valerse por sí mismo y justifican su protección jurídica, una de cuyas manifestaciones es un régimen de la capacidad de obrar caracterizada por su limitación (...)».

---

<sup>370</sup> RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M.: «La regulación legal de la capacidad de obrar del menor, propuestas de Lege Ferenda», en Jornadas sobre derecho de los menores (Isabel E. Lázaro González, Ignacio V. Mayoral Narros, coordinadores). Ed. Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Madrid, 2003, p. 448.

De hecho, debemos recordar que las Redes Sociales no fueron pensadas en su inicio para su uso por los menores de edad. De hecho, la primera Red Social<sup>371</sup> se ideó con el objetivo de mantener el contacto entre los compañeros de clase una vez finalizados los estudios.

A pesar de que las Redes Sociales establecen una edad mínima de acceso, generalmente los 14 años de acuerdo con la normativa vigente en materia de protección de datos, cuando los menores acceden a las Redes Sociales únicamente necesitan indicar una fecha de nacimiento anterior a la real, añadiendo un perfil inventado y una dirección de correo electrónico.

¿Por qué no es exigida una verificación ulterior? ¿Deben las propias empresas establecer cortapisas o debería ser una exigencia legal?

Desde un punto de vista administrativo, ya es posible para cualquier menor contar con un DNI electrónico, si bien su uso no está generalizado quizás, entre otras cuestiones, porque su utilización no es necesaria para el acceso y utilización de herramientas aparentemente inocuas y que, sin embargo, ya hemos visto que suponen riesgos potenciales para los menores, pero enormes ingresos para las empresas entre cuyos usuarios se encuentran dichos menores.

El RGPD (art. 8.2) hace recaer la responsabilidad de la verificación de la edad de acceso a los servicios prestados por vía electrónica.

Sin embargo, más de 15 años después del nacimiento de esa primera Red Social ¿por qué no hay ninguna consecuencia ante el incumplimiento de dicha verificación?

Jules Polonetsky, director de «The Future of Privacy Forum», quien en la 31 Conferencia Internacional de Protección de Datos y Privacidad celebrada en Madrid en mayo de 2009, y repasando el estado de la tecnología en lo que se refiere a sistemas de verificación de la edad, indicaba que «la más tradicional son las páginas web que sólo solicitan la edad como único requisito, “con lo que se puede mentir”; pero existen otras técnicas como la invitación en una red social por un igual, el análisis

---

<sup>371</sup> Nos estamos refiriendo a “Classmates.com”, creada en 1995.

semántico, los códigos de identificación (eID), o los datos biométricos»<sup>372</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Tras haber repasado la legislación aplicable al consentimiento de los menores para el tratamiento de sus datos de carácter personal, podemos afirmar que se ve una clara distancia entre la filosofía que inspira el Reglamento Europeo de Protección de Datos y los artículos que, efectivamente, regulan dicho consentimiento.

Si bien el pilar de la normativa sobre el consentimiento es que dicho consentimiento debe darse mediante un

“acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen”,

es difícil pensar que un niño de 13 años, sobre el que no se impone ninguna restricción a la hora de facilitar su consentimiento, vaya a ser capaz de comprender la información proporcionada si tenemos en cuenta sus condiciones de inmadurez que, en otros muchos ámbitos, justifican la necesidad de protección jurídica.

Si a ello le unimos el tipo de contenidos al que acceden los menores, generalmente sin exigencia de una remuneración adicional a la que supone facilitar su propia información de carácter personal; así como el constante crecimiento y valor que han adquirido las empresas dedicadas, específicamente, el tratamiento de datos de carácter personal ¿no podemos colegir una cierta intencionalidad en el límite mínimo general establecido en 13 años por el Reglamento Europeo de Protección de datos? Más allá, siendo el régimen general del Reglamento Europeo de Protección de Datos el del consentimiento en los 16 años ¿por qué ha incluido también la posibilidad de escoger los 13 años como han así han hecho distintos Estados miembros?

---

<sup>372</sup><http://bit.ly/3fYpCOX>

Desde nuestro punto de vista, la supuesta protección descrita e insistida en los Considerandos del Reglamento General de Protección de Datos queda, de hecho, difuminada, por no decir borrada, por la incomprensible fijación del consentimiento del menor en la edad de 13 años.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- Andrade, B., Guadix, I., Rial, A. y Suárez, F. (2021). Impacto de la tecnología en la adolescencia. Relaciones, riesgos y oportunidades. Madrid: UNICEF España.
- Edwards, L. y Abel. W. “The use of Privacy Icons and Standard Contract Terms for Generating Consumer Trust and Confidence in Digital Services”, CREATE *Working Paper 2014/15* disponible en: <http://bit.ly/3GcqH0m>
- CEPD Directrices 8/2020 sobre la focalización de los usuarios de medios sociales del Comité Europeo de Protección de Datos, disponible en <http://bit.ly/3WUFcM2>.
- Dr. Detlev Gabel *Guide to National Implementation*. A practical guide to national GDPR compliance requirements across the EEA. 2019. Disponible en <http://bit.ly/3USshbD>
- Llácer Matacás, M<sup>a</sup> R. *La autorización al tratamiento de información personal en la contratación de bienes y servicios*. Dykinson, Madrid, 20120.
- Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad (2022). El uso de la tecnología por los menores en España. 2022. Madrid. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.
- PWC. *Estudio de Inversión Publicitaria en Medios Digitales*, IAB Spain, Madrid, 2022.
- Ruiz de Huidobro de Carlos, J.M.: «La regulación legal de la capacidad de obrar del menor, propuestas de Lege Ferenda», en Jornadas sobre derecho de los menores (Isabel E. Lázaro González, Ignacio V. Mayoral Narros, coordinadores). Ed. Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Madrid, 2003.
- Vilasau Solana, M. El consentimiento general y de menores. En Rallo, A. (Dir). *Tratado de Protección de Datos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

SECCIÓN VI

NUEVAS RELACIONES LABORALES  
Y DE ORGANIZACIÓN ECONÓMICA

---

## UN ANÁLISIS DEL SISTEMA DE REGISTRO DE JORNADA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

---

ARTURO MONTESDEOCA SUÁREZ  
*Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*<sup>373</sup>

### 1. INTRODUCCIÓN

El Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, fue publicado en el BOE el 12 de marzo de 2019. En su exposición de motivos y junto a otras reformas que adolecían de extraordinaria urgencia y necesidad, se incluyó el registro de la jornada de trabajo, a “los efectos de garantizar el cumplimiento de los límites en materia de jornada, de crear un marco de seguridad jurídica tanto para las personas trabajadoras como para las empresas y de posibilitar el control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”.

Téngase en cuenta que la discusión sobre la limitación de la jornada laboral constituye una de las problemáticas más candentes y postergadas en el sistema de relaciones laborales puesto que ha sido una tradicional reivindicación obrera. De tal modo que, el legislador a tenor de lo dispuesto en el art. 40.2 de la Constitución Española (CE) haya delimitado la duración máxima de la jornada de trabajo a fin de garantizar el descanso laboral.

Y ello pese, por un lado, al entramado de normas que existen tanto en el ordenamiento jurídico español, europeo e internacional. Un breve repaso, los arts. 34-38 Estatuto de los Trabajadores (ET), el art. 31 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), el art. 2 de la Directiva 2003/88/UE o el art. 2 de la Carta Social Europea

---

<sup>373</sup> Contrato predoctoral cofinanciado por la Consejería de Economía, Industria, Comercio y Conocimiento del Gobierno de Canarias y del Fondo Social Europeo.

y el art. 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Como por la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre los conceptos de tiempo de trabajo y tiempo de descanso<sup>374</sup> a efectos de fijar la delimitación entre ambos espacios que tienden a solaparse en parte por la flexibilidad horaria para ajustarse a las necesidades de la empresa y, en estos momentos, por el proceso de digitalización, disrupción de los procesos productivos y deslocalización de la prestación laboral. Sin embargo, ninguno de estos motivos puede ser una justa causa para incumplir las normas que delimitan la duración máxima de la jornada de trabajo y que incide directamente de forma negativa en la salvaguarda de los derechos fundamentales y laborales básicos de las personas trabajadoras.

Precisamente, una de las cuestiones que sobrevolaban en el espacio europeo era si la legislación española sobre tiempo de trabajo se adecuaba a la interpretación de la Directiva 2003/88/CE. En este punto, las conclusiones que emitió el Abogado General antes de la resolución del procedimiento por el TJUE sobre el asunto C-55/18 no dejaban a España en buen lugar. En sus conclusiones dejó entrever que la normativa laboral española estaba incumpliendo las garantías impuestas tanto por la Carta de Derechos Fundamentales como por la Directiva 2003/88/CE al no imponer a las empresas la obligación general de “implantar un sistema de cómputo de la jornada laboral efectiva de los trabajadores a tiempo completo que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectivamente, a realizar horas extraordinarias y que no ostenten la condición de trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios, y se oponen a una normativa nacional de la que no resulta la existencia de esa obligación”.

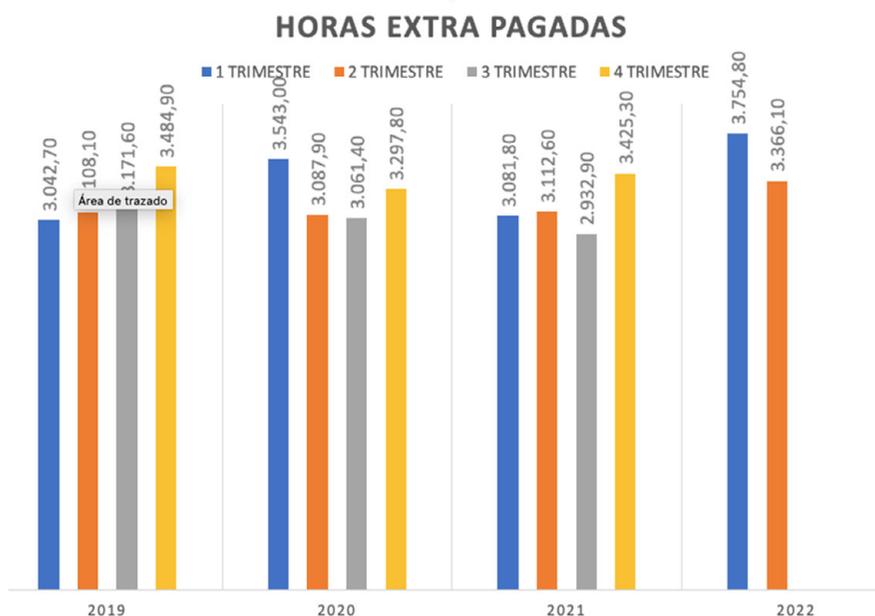
Por tales motivos, el legislador español se apresuró alegando extrema y urgente necesidad de acometer esta reforma antes del pronunciamiento del TJUE C-55/18 (Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO)/Deutsche Bank, S.A.E.) de 14 de mayo de 2019. Asimismo, otra de las razones por las que el legislador previó la extraordinaria y urgente necesidad de aprobar esta norma fue la precariedad laboral

---

<sup>374</sup> Sentencias del TJUE (C-484-2004), (C-266/14), (C-518-15), (C-344-19), (C-580/19).

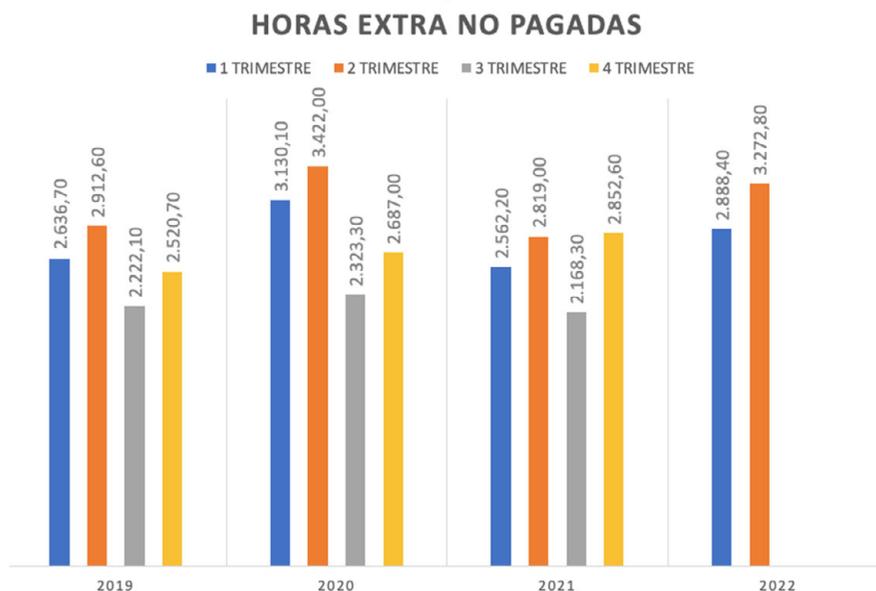
existente en el sistema de relaciones laborales respecto a la realización de horas extraordinarias por las personas trabajadoras sin recibir compensación económica ni siquiera la compensación por descanso laboral. Por tanto, uno de los objetivos que se propone el registro de jornada para la generalidad de las personas trabajadoras supone erradicar la precariedad laboral asociada a los abusos de jornadas de trabajo interminables.

**GRÁFICO 1.** En el siguiente gráfico se puede comprobar cuál ha sido la evolución del número de horas extraordinarias pagadas desde el año 2019-2022.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por el Instituto Nacional de Estadística

**GRÁFICO 2.** En el siguiente gráfico se puede comprobar cuál ha sido la evolución del número de horas extraordinarias no pagadas desde el año 2019-2022.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados el Instituto Nacional de Estadística

Siguiendo el hilo de la exposición, una de las preocupaciones tradicionales en el mercado de trabajo español es la prolongación de la jornada de trabajo sin compensación económica ni por descanso de la persona trabajadora *ex art. 35 ET*<sup>375</sup>. En definitiva, se está haciendo referencia a la realización de una bolsa de horas extraordinarias que quedan fuera del amparo legal por cuanto no se cotizan ni se abonan correctamente. La consecuencia directa de esta práctica conlleva la instauración de una situación de precariedad laboral y salarial para las personas trabajadoras. De los datos expuestos, se puede comprobar cómo pese a la entrada en vigor del registro de jornada durante los periodos de confinamiento estricto el nº de horas extras no pagadas fueron superiores al nº de horas

<sup>375</sup> La doctrina apuesta por la supresión de las horas extraordinarias compensadas por descanso, *Vid.*, ARIAS DOMINGUEZ, A. (2017). "Registro de jornada y supresión de las horas extraordinarias que se compensan con descanso, la estrategia y el objetivo", *Revista Iuslabor*, nº 2, pp. 18-22. IGARTUA MIRÓ, M<sup>o</sup>. T. (2019). "La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019", *Revista Temas Laborales*, nº 147, p. 149.

extras pagadas. Ello puede evidenciar el coste personal extra que, por fuerza mayor, asumieron las personas trabajadoras a raíz de la declaración del estado de alarma por la irrupción del COVID-19.

### 1.1. EL REGISTRO DE JORNADA: DE UNA OBLIGACIÓN ESPECÍFICA A UNA OBLIGACIÓN GENERALIZADA.

El Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo previó una nueva obligación para la empresa<sup>376</sup>, garantizar “el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo”. Para llegar hasta aquí tuvo que superarse un debate suscitado entre la interpretación de la Audiencia Nacional (SAN 301/2015 de 4 de diciembre)<sup>377</sup> y el Tribunal Supremo (STS 81/2016)<sup>378</sup> respecto a la interpretación del art. 35.5 ET.

En definitiva, este debate se centró en que la AN consideró por aquél entonces que se podía obligar a la empresa a “establecer un sistema de registro de jornada efectiva que realiza la plantilla de la empresa que permita comprobar el adecuado cumplimiento de los horarios pactados”. Mientras que el criterio del TS fue más restrictivo al declarar que, la obligación de registrar la jornada de trabajo diaria estaba limitada, *ex art. 35.5 ET*, al exclusivo control de las horas extraordinarias y para

---

<sup>376</sup> Sobre el ámbito subjetivo de esta obligación legal, SELMA PENALVA destaca que hoy en día todavía no se han resuelto cuestiones como la interpretación de los conceptos de empleador y empresario *ex art. 1.1 ET*. Por tanto, pueden existir situaciones (empleados de hogar, personas contratadas por comunidades de propietarios, trabajadores al servicio de ONG), en las que la interpretación de la obligación legal de registro de jornada puede generar dudas sobre la condición de “empresarios o empleadores”. SELMA PENALVA, A. (2022). “Primeros apuntes sobre la obligación empresarial de registro de la jornada de trabajo”, *Revista Anales de Derecho*, nº 39, p. 4.

<sup>377</sup> Nº recurso 301/2015, *Id Cendoj*: 28079240012015100204. *Vid.*, MIÑARRO, YANINI, M. (2016). “Más allá de las horas extras la obligatoriedad del registro de la jornada diaria (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 25/2016, de 19 de febrero)”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 397, pp. 121-126.

<sup>378</sup> Nº recurso 81/2016, *Id Cendoj*: 28079149912017100013. *Vid.*, PRECIADO DOMÈNECH, C.H. (2017). “El registro de la jornada ordinaria en la nueva doctrina del TS comentario a la STS 23 de marzo de 2017 (RCUD 81/2016)”, *Revista de Información Laboral*, nº 7, pp. 147-162.

aquellas modalidades contractuales para las que específicamente era obligatorio *ex art.* 12 y 10-bis-5 y 18-bis-2 del RD 1561/1995.

En consecuencia, el registro horario de jornada diaria entró en vigor el 8 de mayo de 2019 de acuerdo con la disposición final séptima del Real Decreto-ley 8/2019. Y, ahora sí de conformidad con el criterio de la AN, aplicable para la totalidad de las personas trabajadoras *ex art.* 1.1. ET con independencia de su categoría y con independencia del tipo de empresa o sector al que se encuentran adscritas<sup>379</sup>. No obstante, existen ciertas excepciones a la regla como se expone a continuación:

- Las relaciones laborales de carácter especial: para este supuesto es preciso acudir a su normativa específica a efectos de contrastar la regulación de la jornada de trabajo.
- Las personas trabajadoras con contrato a tiempo parcial puesto que el art. 12.4 c) ET ya contemplaba esta obligación.
- Las personas trabajadoras que prestan sus servicios en las actividades contempladas en el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre: trabajadores móviles (determinados transportes por carretera), trabajadores de la marina mercante y trabajadores que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el transporte ferroviario.
- Relaciones de trabajo excluidas del ámbito de aplicación del ET como socios trabajadores de cooperativas o personas trabajadoras autónomas.

A este respecto, el art. 34.9 ET establece que el registro horario de jornada deberá contemplar básicamente dos aspectos imprescindibles: el horario concreto de inicio y el horario concreto de finalización, lo que

---

<sup>379</sup> Por tanto, el legislador optó por la interpretación teleológica y extensiva del art. 35.5 ET sobre el registro de la jornada ordinaria de trabajo se frente a la interpretación sistemática de la norma. Un argumento que justifica esta decisión radica en que “puede ocurrir que se supere la jornada diaria pero que ello no implique la calificación del exceso como horas extraordinarias, dado que la definición de estas vendrá determinada por la superación de la jornada semanal en cómputo anual (art. 34.1 ET), por lo que el único medio para conocer la superación será la anotación de la jornada efectivamente realizada”. SEMPERE NAVARRO, A. V. (2017). “El registro empresarial de la jornada efectiva”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, p. 6.

no supone un obstáculo para la flexibilidad horaria *ex art. 34 ET*. En este punto, la Guía del Ministerio puntualiza que “es conveniente igualmente que sea objeto de llevanza todo aquello que forme parte de la misma, en especial lo relativo a pausas diarias obligatorias legal o convencionalmente previstas, o voluntarias, para permitir eludir la presunción de que todo el tiempo que media entre el inicio y finalización de jornada registrada constituye tiempo de trabajo efectivo”. De este modo se podrá hacer una imagen global, fiel y transparente de la jornada de trabajo.

Por consiguiente, existe una posibilidad, *ex art. 34.4 ET*, de que las interrupciones previstas en la jornada puedan ser calificadas como tiempo no efectivo de trabajo por convenio colectivo o contrato de trabajo sin que constituya un perjuicio o limitación de la efectividad de la obligación legal señalada<sup>380</sup>. Por tales motivos, resulta interesante el rol que puede asumir la negociación colectiva a efectos de esclarecer e informar acerca del funcionamiento del sistema de registro de jornada seleccionado que pueda integrar de forma conjunta toda la información relativa a la jornada diaria de cada persona trabajadora.

## 1.2. LA ORGANIZACIÓN Y DOCUMENTACIÓN DEL REGISTRO DE JORNADA.

El segundo párrafo del art. 34.9 ET dispone que la organización y documentación del registro de jornada se efectuará “mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa”. No obstante, prosigue y declara que “en su defecto, decisión del empresario previa consulta a los representantes legales de los trabajadores”. Por lo tanto, tras su lectura se puede estar de acuerdo en que el legislador ha posicionado a la negociación colectiva como instrumento prioritario para alcanzar un consenso sobre el método o sistema de registro horario a implantar en la empresa<sup>381</sup>. Y ello con doble motivo, porque como se ha puesto de manifiesto, el empresario pese a que puede adoptar una decisión directa sobre el método o sistema de registro no puede dejar al margen en ningún caso a los representantes de las personas trabajadoras ya que debe efectuar un

---

<sup>380</sup> Art. 11 del Convenio colectivo del Banco de España para los años 2021 y 2022.

<sup>381</sup> A este respecto, *vid.*, SAGARDOY DE SIMÓN, I. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (2019). “La obligación empresarial de registro de la jornada diaria en España: ¿innovación o retroceso?”, *Revista Derecho & Sociedad*, nº 53, p. 110.

periodo de consultas con carácter previo<sup>382</sup>. En este sentido, el art. 64.1 ET párrafo segundo es clarividente al respecto al señalar que la consulta implica “el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo”. Y, en suma, cuando el empresario efectúe la implantación o modificación del sistema de registro horario como sistema de organización y control del trabajo, el comité de empresa “tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución” de esta acción, posicionamiento respaldado *ex art. 64.5 f) ET*.

Por otro lado, el papel de la representación legal de las personas trabajadores se materializa en una actuación previa, de negociación sobre el método a implantar. No obstante, también en un momento posterior, a efectos de dar cumplimiento a las competencias asumidas *ex art. 64.7 ET*, por ejemplo: en relación con el registro de jornada, “vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo (...) vigilancia de las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo del trabajo en la empresa (...)”, etc.

Por tanto, el párrafo tercero del art. 34.9 ET dispone como obligación para el empresario, por un lado, la conservación de los datos de registro de jornada durante un periodo de cuatro años y, por otro lado, se prevé la puesta a disposición de tales datos a las personas trabajadoras, representantes legales e Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En definitiva, este apartado constituye un reconocimiento al principio de

---

<sup>382</sup> Esta obligación impuesta al empresario no ha gozado de consenso en la doctrina *iuslaboralista*. Por un lado, hay quienes se muestran contrarios porque consideran que esta previsión legislativa confronta con la libertad de empresa *ex art. 38 CE*, MOLL NOGUERA, R. (2016). “Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015, núm. 207/2015, ponente D. Ricardo Bodas Martín, sobre la obligatoriedad del registro de jornada del art. 35.5 ET”, *Revista de Información Laboral*, nº 3, pp. 2 y 4. Por el contrario, para quienes “el control del tiempo de trabajo efectivamente prestado por los trabajadores deviene una condición *sine qua non* para la satisfacción de los intereses empresariales y de los trabajadores, además de una herramienta fundamental en la convivencia dentro de las empresas”, TRILLO PÁRRAGA, F. (2016). “Registro de jornada diaria efectiva. Un paso adelante en el control del tiempo de trabajo (Sentencia Audiencia Nacional 207/2015, de 4 de diciembre. Rec. 301/2015)”, *Diario la Ley*, nº 8875, p. 2.

accesibilidad de los datos del registro horario a efectos de comprobar posibles irregularidades<sup>383</sup>.

A este respecto, el art. 34.9 ET no refleja ninguna otra obligación para el empresario que garantizar “el registro de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora”. De hecho, la SAN<sup>384</sup> corrobora este hecho al disponer que, efectivamente, el art. 34.9 ET “no exige si quiera que se proporcione información periódica alguna ni simplemente que la RLT pueda tener acceso a los registros”. Por un lado, llega a reconocer que si bien “la información que debe proporcionarse a la RLT no es otra que la que se deduzca del art. 34.9 ET”, es posible que a través del Convenio Colectivo y/o Acuerdo de empresa, se pueda reconocer una obligación para el empresario de poner en conocimiento de la representación legal de las personas trabajadoras información sobre el registro de jornada de cada trabajador, por ejemplo, con carácter mensual. Sin embargo, la AN señala que los datos facilitados a la representación legal de las personas trabajadoras no abarcan las posibles modificaciones que las personas trabajadoras puedan haber efectuado sobre su registro de jornada diaria.

Por otro lado, la SAN justifica que la empresa pueda comunicar datos personales de las personas trabajadoras a sus representantes legales a fin de que puedan ejercer las funciones encomendadas *ex art. 64 ET y 10.3 LOLS*. Por consiguiente, en relación con la cobertura jurídica *ex art. 34.9 ET*, cuando exista acuerdo colectivo o de empresa para poner a disposición por el empresario a la representación legal con carácter mensual los datos de los registros de jornada de las personas trabajadoras, la finalidad no es otra que “facilitar las facultades de vigilancia y control que el art. 64.7 a) en sus apartados 1º y 2º encomienda a tal representación (1.º De vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en

---

<sup>383</sup> El tratamiento de los datos del registro de jornada constituye un tratamiento de datos personales. En este sentido, el TJUE (C-342/12) tuvo ocasión de señalar en relación con la aplicación de la antigua Directiva 95/46 sobre protección de datos personales que “la recogida, registro, organización, conservación, consulta y utilización de tales datos por el empleador, así como su transmisión por este último a las autoridades nacionales competentes en materia de supervisión de las condiciones de trabajo, revisten, por tanto, el carácter de tratamiento de datos personales”.

<sup>384</sup> Nº recurso 39/2022, Id Cendoj: 28079240012022100056.

materia laboral, de seguridad social y de empleo, así como del resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales competentes 2.º De vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo del trabajo en la empresa)”.

En suma, la AN se muestra bastante contundente al afirmar que para dar cumplimiento efectivo a esta finalidad, es decir, las funciones fiscalizadoras atribuidas por el legislador a la representación legal, esta intervención se vería mermada si “no conoce la identidad del trabajador respecto del que se refiera cada registro de jornada concreto”. Por lo que, la AN estima positivamente que puedan remitirse junto con los datos de registro de jornada, “la identidad (nombre y apellidos), provincia y población del trabajador al que corresponde el apunte”.

Y, a efectos de garantizar una puesta a disposición de los datos de registro de jornada, es cierto que el art. 34.9 ET es bastante ambiguo al no inclinarse por fijar una obligación acerca del formato que debe adoptarse para registrar la jornada diaria. Sin embargo, la AN<sup>385</sup> determina que existen variopintas opciones, desde el método tradicional como el papel hasta métodos más sofisticados como las aplicaciones o dispositivos tecnológicos, aunque llega a precisar que “la lógica de los tiempos se inclina por esta segunda opción”. Sobre esta cuestión se pronuncia la Guía sobre el Registro de Jornada, al referirse en los siguientes términos “será válido cualquier sistema o medio, en soporte papel o telemático, apto para cumplir el objetivo legal, esto es, proporcionar información inmodificable y no manipulable a posteriori”. Por consiguiente, con independencia del sistema utilizado, analógico o digital e incluso mixto, deberá alcanzarse “la trazabilidad y rastreo fidedigno e invariable de la jornada diaria una vez registrada”.

Precisamente, uno de los objetivos de este estudio es comprobar, tras un tiempo más que considerable de la entrada en vigor del Real Decreto 8/2019, cuál está siendo la tendencia en la práctica de la negociación colectiva para elegir uno u otro tipo de sistema de registro horario. A

---

<sup>385</sup> N° recurso 356/2021. Id Cendoj: 28079240012022100020.

estos efectos se pretende evidenciar, qué opciones se están negociando prioritariamente y qué tipo de alternativas existen sobre esta materia.

## 2. OBJETIVOS

El estudio tiene por objetivo revisar cual está siendo la senda de la negociación colectiva en cuanto a la concreción del sistema de registro horario a raíz de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo dotando de contenido al art. 34.9 ET.

Para llevar a cabo este estudio se ha tomado como referencia el Registro y Depósito de Convenios Colectivos, Acuerdos Colectivos de Trabajo y Planes de Igualdad del Ministerio de Trabajo y Economía Social. En concreto se ha optado por la búsqueda de Convenios Colectivos de texto nuevo.

A este respecto, interesa poner de manifiesto en este estudio los siguientes objetivos:

- Seleccionar los convenios colectivos que hacen referencia al registro horario.
- Distinguir y comparar las cláusulas sobre registro horario.
- Determinar si el sistema de registro horario digital es la opción prioritaria.
- Evaluar si existen diferencias sobre el sistema de registro horario para la plantilla.
- Verificar si las empresas reconocen que el sistema de registro horario debe cumplir las exigencias que establece tanto el RGPD como la LOPD.
- Plasmar los resultados que se han obtenido tras el análisis de los convenios colectivos.

### 3. METODOLOGÍA

En cuanto a la metodología que se ha seguido para abordar este estudio, se ha optado por hacer una búsqueda en el Registro y Depósito de Convenios Colectivos, Acuerdos Colectivos de Trabajo y Planes de Igualdad del Ministerio de Trabajo y Economía Social, con un periodo comprendido entre el año 2021-2022 y seleccionando exclusivamente aquellos textos nuevos.

Una vez que se ha procedido a la descarga de los convenios colectivos seleccionados, se ha podido seleccionar y agrupar en función de las similitudes de las cláusulas colectivas. En este sentido, se han agrupado en:

- Cláusulas que hacen una mera referencia al contenido recogido en el art. 34.9 ET sin más desarrollo y/o concreción.
- Cláusulas que hacen referencia a un sistema de registro horario informático.
- Cláusulas que sin hacer mención directa al sistema de registro horario recogen en el apartado disciplinario una referencia al mismo.

### 4. RESULTADOS

En primer lugar, se ha podido comprobar una práctica común en la negociación colectiva respecto a la regulación del registro horario de jornada. Esta práctica refleja desafortunadamente una muestra del contenido íntegro de la previsión legislativa *ex art. 34.9 ET* sin prever de forma concisa la elección de un método analógico o digital<sup>386</sup> o en

---

<sup>386</sup> Disposición Adicional Tercera de la Resolución de 27 de junio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de ámbito estatal de jardinería 2021-2024. Anexo III de la Resolución de 19 de agosto de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo intersocietario de Roca Corporación Empresarial, SA, y Roca Sanitario, SA. Art. 20 de la Resolución de 29 de diciembre de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes, para el período 2019-2022.

otorgar algún tipo de reconocimiento positivo para la representación legal de las personas trabajadoras como la comunicación de los datos de registro horario<sup>387</sup>. De hecho, existen ejemplos como el Convenio Colectivo de “Kiabi España, KSCE, SA.”, que en el art. 15 se decanta por una elección unilateral del sistema de registro horario al determinar que “este registro podrá efectuarse por cualquiera de los medios mecánicos, visuales o electrónicos que libremente establezca la empresa”, descartando cualquier posibilidad de negociación colectiva en este aspecto como sí señala el art. 34.9 ET<sup>388</sup>.

Por otro parte, una práctica común seguida por la negociación colectiva se proyecta en plasmar un compromiso de implementación del sistema de registro horario tras la entrada en vigor del convenio colectivo como es el caso del art. 17 del Convenio colectivo del Banco de España para los años 2021 y 2022<sup>389</sup>. Del mismo modo, el art. 23 del Convenio colectivo estatal del sector de radiodifusión comercial sonora fija un plazo de un mes desde su entrada en vigor para la apertura del proceso negociador con la representación legal de las personas trabajadoras<sup>390</sup> o de duración no superior a 15 días como fija el Anexo 2 del Convenio colectivo estatal del sector de industrias cárnicas<sup>391</sup>.

En segundo lugar, una de las inquietudes de este estudio consiste en verificar si la negociación colectiva está llevando a cabo el cambio de modelo tradicional del registro horario en papel a un registro horario informatizado. Téngase en cuenta que el art. 34.9 ET no señala la preferencia

---

<sup>387</sup> Art. 28 de la Resolución de 30 de junio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de Bureau Veritas Inversiones, SL.

<sup>388</sup> Art. 15 de la Resolución de 19 de octubre de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Kiabi España, KSCE, SA. En el mismo sentido, art. 21.5 de la Resolución de 19 de agosto de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Euro Depot España, SAU.

<sup>389</sup> Resolución de 23 de julio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Banco de España para los años 2021 y 2022.

<sup>390</sup> Resolución de 18 de enero de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del sector de radiodifusión comercial sonora.

<sup>391</sup> Resolución de 14 de junio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del sector de industrias cárnicas. En el mismo sentido, art. 42.3 de la Resolución de 7 de julio de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XX Convenio colectivo general de la industria química.

por uno u otro sistema y, como ya tuvo ocasión de señalarse, puede otorgarse validez a cualquier sistema que atienda a los fines de la norma siempre que adolezca de fiabilidad y objetividad descartando las posibilidades de manipulación fraudulenta a posteriori.

Comenzando el análisis, una de las referencias más vagas que se reflejan en los Convenios Colectivos consiste en aludir a un “sistema informático o telemático” al que las personas trabajadoras deberán acudir para registrar de forma autónoma su horario de inicio y finalización de jornada. Es cierto que se prioriza la elección informática pero poco o nada se dice al respecto sobre sus características o funcionamiento pese a que sí se hace referencia al estricto cumplimiento de los parámetros legales establecidos tanto por el RGPD como por la LOPD<sup>392</sup>. En la misma línea, existen Convenios Colectivos que hacen referencia a “aplicaciones” que en todo caso deberán ser accesibles para las personas trabajadoras y, para alcanzar este fin, la empresa facilitará una guía de uso al respecto.

Por el contrario, sí existen buenos ejemplos al respecto, como es el caso del Convenio Colectivo de que identifica la plataforma “DASSSnet y tecnología Cloud” con terminales e interfaces certificados como la opción más adecuada para dar cumplimiento a esta obligación legal y que se ajusta a sus necesidades. En este sentido, plantea varias alternativas en función del perfil de la plantilla de la empresa; para un perfil informático, el fichaje se puede realizar bien a través de dispositivos fijos o a través del software señalado en los dispositivos de trabajo, y para un perfil no informático, se permite el fichaje a través de dispositivos fijos y/o dispositivos móviles de empresa o personales, en este último caso se deberá contar con la autorización previa de la persona trabajadora. O por ejemplo, el II Convenio Colectivo de “Kutxabank, SA.”, que elige el aplicativo “Besaide” por el que la persona trabajadora introduce su usuario y contraseña para registrar su horario de inicio y como hora de finalización cuando se desconecte el equipo. Y, para el caso de que no se

---

<sup>392</sup> Resolución de 29 de diciembre de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal. Art. 33 de la Convenio colectivo para la empresa Sidenor Aceros Especiales, SL, centro de trabajo Legutio.

desconecte el equipo, el sistema asignará de forma automática una hora de finalización de jornada que incorpora al calendario laboral.

Por tanto, las opciones que se plantean son variopintas pero sí que se refleja como nota común entre todas ellas la referencia a que el sistema telemático recoja información fidedigna, inmutable y no manipulable posteriormente por ninguna de las partes que transgrediría el principio de buena fe contractual. De ahí que se opte por un sistema digital por el cual se garantice, en un mayor porcentaje al sistema tradicional en papel, la trazabilidad y seguimiento instantáneo de los datos registrados.

Y, por último, resulta interesante señalar una de las opciones que se están planteando en los convenios colectivos y que conectan con el principio de accesibilidad, fiabilidad y trazabilidad del registro horario. Es decir, garantizar que los datos del registro de jornada horaria gocen de objetividad descartando cualquier tipo de maquinación fraudulenta en favor de las personas trabajadoras.

En suma, despierta la curiosidad en este punto que los Convenios Colectivos que aquí se señalan no prevén, en la mayoría de los casos, ninguna referencia expresa sobre el método de organización y documentación del registro de jornada horaria ni siquiera la voluntad de ambas partes por determinar un plazo por el que se inicien las conversaciones al respecto.

Por último, existen ejemplos en los que la referencia al registro de jornada se ha llevado a cabo a través de la inclusión en el régimen sancionador. De tal manera que, hay convenios que utilizan la nomenclatura siguiente para calificar como falta leve<sup>393</sup>, en algunos casos y, en otros, como falta grave, “simular la presencia de otro trabajador/a, valiéndose de su firma, ficha o tarjeta de control<sup>394</sup>”. Del mismo modo en otros

---

<sup>393</sup> Art. 30 de la Resolución de 26 de julio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del grupo Bebidas Naturales.

<sup>394</sup> Art 25 de la Resolución de la Delegada Territorial de Trabajo y Seguridad Social de Bizkaia del Departamento de Trabajo y Empleo, por la que se dispone el registro, publicación y depósito del Convenio Colectivo de la empresa AL-KO Record, S.A. Art. 32 de la Resolución de 28 de julio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para el sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco para los años 2021-2024. Art. 61 de la Resolución de 14 de julio de 2022, de la Dirección

casos, como falta muy grave cuando se pretende “simular la presencia de otro trabajador, valiéndose de su ficha, firma, tarjeta de control o cualquier otro sistema organizativo del control de presencia implantado en la empresa<sup>395</sup>”.

En definitiva, de los acuerdos colectivos revisados se transmite que, teniendo en cuenta que en la práctica se atribuye a las personas trabajadoras la responsabilidad y capacidad para autorganizar y autogestionar el registro horario de jornada, deben ser conscientes por cuanto una actuación fraudulenta en la introducción y/o modificación de este tipo de datos tanto en beneficio propio como ajeno puede conllevar la imposición de sanciones por el empresario. En definitiva, porque se está constituyendo un medio de prueba de peso para que el empresario pueda justificar la procedencia del despido disciplinario (Selma Penalva, 2022).

## 5. CONCLUSIONES

Respecto a la valoración final, se puede estar de acuerdo en que la negociación colectiva no ha puesto en práctica con la amplitud y precisión que se requiere, la finalidad que el legislador le ha atribuido *ex art.* 34.9 ET. De hecho, se ha reflejado en un buen número de convenios colectivos la mera referencia o remisión al contenido del art. 34.9 ET sin más concreción o amplitud al respecto. No obstante, es cierto que existen otro tipo de Convenios Colectivos que destacan tanto por su amplitud como por la concreción en el desarrollo de las particularidades del sistema de registro horario por el que ha optado la empresa.

---

General de Trabajo, por la que se registra y publica el VIII Convenio colectivo de Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU. Art. 49 de la Resolución de 12 de julio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Radio Popular, SA. Art. 77 de la Resolución de 1 de abril de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo de Ilunion Seguridad, SA. Art. 32.2 de la RESOLUCIÓN de 31 de agosto de 2022, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, sobre registro, depósito y publicación del convenio colectivo de la empresa Unión Sindical de Madrid Región. Art. 49 de la Convenio colectivo para el sector de las industrias de derivados del cemento de Álava.

<sup>395</sup> Resolución de 7 de julio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Aris Risk Solutions, SL.

La negociación colectiva debe ser consciente de que ostenta un protagonismo especial en el sistema de relaciones laborales y, más aún si cabe, en el proceso de transformación digital en el que se encuentra inmerso el ámbito de las relaciones laborales<sup>396</sup>.

Por tanto, y tomando en consideración esta reflexión, en el ámbito de la empresa digital surgen nuevas vicisitudes y cuestiones que inciden directamente en la salvaguardia de los derechos de las personas trabajadoras como puede ser la delimitación de la jornada de trabajo a efectos de garantizar el derecho al descanso laboral. Y, precisamente la implantación obligatoria del registro horario para la totalidad de las personas trabajadoras con independencia de su modalidad contractual, constituye una herramienta idónea que, siempre que se implemente correctamente tomando como base el principio de buena fe entre las partes, permitiría alcanzar el equilibrio de derechos y deberes en la relación laboral.

En este sentido, y siguiendo las reflexiones aportadas por la AN, la representación unitaria o sindical de las personas trabajadoras como parte integrante del proceso de negociación colectiva podría acaparar un nivel mayor de protagonismo y responsabilidad a fin de dar cumplimiento a las facultades que le reconoce el art. 64.7 ET. Por ejemplo, a través de la negociación de cláusulas que reconozcan la obligación del empresario de aportar a la RLT los datos del registro horario o fijando un periodo concreto de puesta a disposición (Lousada Arochena, 2016). Por tales motivos, el sistema informático de registro horario constituye la elección más idónea para la puesta a su disposición como para verificar y contrastar la información almacenada.

En definitiva, constituye una función que deberá desempeñar de forma paralela con la estricta observancia de la normativa de protección de datos personales (RGPD y LOPD) por cuanto el acceso y manejo de los datos del sistema de registro horario constituye una operación de

---

<sup>396</sup> Sobre esta cuestión, *vid.*, CRUZ VILLALÓN, J. (2016). "Nuevas funciones de la negociación colectiva y alteración de su marco normativo", *Revista de Economía Laboral*, Vol. 13, nº 2, pp. 16 y ss. GOERLICH PESET, J. M<sup>a</sup>. (2021). "El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización", *Revista Documentación Laboral*, nº 122, pp. 54-56.

tratamiento de datos a fin de no vulnerar las garantías que se atribuyen a los derechos y libertades fundamentales de las personas trabajadoras<sup>397</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA.

- Arias Dominguez, A. (2017). “Registro de jornada y supresión de las horas extraordinarias que se compensan con descanso, la estrategia y el objetivo”, *Revista Iuslabor*, nº 2, pp. 18-22.
- Cruz Villalón, J. (2016). “Nuevas funciones de la negociación colectiva y alteración de su marco normativo”, *Revista de Economía Laboral*, Vol. 13, nº 2, pp. 16 y ss.
- Goerlich Peset, J. M<sup>a</sup>. (2021). “El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización”, *Revista Documentación Laboral*, nº 122, pp. 54-56.
- Igartua Miró, M<sup>a</sup>. T. (2019). “La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019”, *Revista Temas Laborales*, nº 147, p. 149.
- Lousada Arochena, J. F. (2016). “Registro y control de la jornada de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 192, p. 14.
- Miñarro, Yanini, M. (2016). “Más allá de las horas extras la obligatoriedad del registro de la jornada diaria (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 25/2016, de 19 de febrero)”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 397, pp. 121-126.
- Moll Noguera, R. (2016). “Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2015, núm. 207/2015, ponente D. Ricardo Bodas Martín, sobre la obligatoriedad del registro de jornada del art. 35.5 ET”, *Revista de Información Laboral*, nº 3, pp. 2 y 4
- Preciado Domènech, C.H. (2017). “El registro de la jornada ordinaria en la nueva doctrina del TS comentario a la STS 23 de marzo de 2017 (RCUD 81/2016)”, *Revista de Información Laboral*, nº 7, pp. 147-162.
- Rodríguez-Piñero Royo, M. (2019). “Las facultades de control de datos biométricos del trabajador”, *Revista Temas Laborales*, nº 150, pp.102-108.

---

<sup>397</sup> *Vid.*, en profundidad RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2019). “Las facultades de control de datos biométricos del trabajador”, *Revista Temas Laborales*, nº 150, pp.102-108.

- Sagardoy De Simón, I. Núñez-Cortés Contreras, P. (2019). “La obligación empresarial de registro de la jornada diaria en España: ¿innovación o retroceso?”, *Revista Derecho & Sociedad*, nº 53, p. 110.
- Selma Penalva, A. (2022). “Primeros apuntes sobre la obligación empresarial de registro de la jornada de trabajo”, *Revista Anales de Derecho*, nº 39, p. 4.
- Sempere Navarro, A. V. (2017). “El registro empresarial de la jornada efectiva”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, p. 6.
- Trillo Párraga, F. (2016). “Registro de jornada diaria efectiva. Un paso adelante en el control del tiempo de trabajo (Sentencia Audiencia Nacional 207/2015, de 4 de diciembre. Rec. 301/2015)”, *Diario la Ley*, nº 8875, p. 2.

## EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL DERECHO DEL TRABAJO EN MÉXICO

---

JORGE ALBERTO MÁRQUEZ HERRÁN  
*<https://orcid.org/0000-0002-0469-9440>*

LUIS XAVIER GARAVITO TORRES  
*<https://orcid.org/0000-0002-3369-6249>*  
*Facultad de Derecho Mexicali, UABC*

### 1. INTRODUCCIÓN

En el derecho del trabajo en México, a través del tiempo se han generado diversas normas que tienden a conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, la justicia social, el trabajo digno y decente en todas las relaciones de trabajo (Ley federal del Trabajo, 2022).

Como indica María Elena Moreno, el propósito del derecho laboral es llevar a cabo un equilibrio entre los factores de producción y la justicia social para la clase trabajadora, para lo cual consigna una serie de principios a favor de los trabajadores, a partir de la constitución y en las leyes secundarias, con el fin de reivindicarlos en sus derechos y garantías de seguridad jurídica, libertad e igualdad, contenidos en diversos artículos constitucionales y en la Ley Federal del Trabajo (Moreno, 2021, [bit.ly/3vMlkyk](https://bit.ly/3vMlkyk)).

Como consecuencia del establecimiento del derecho del trabajo como un derecho de clase, en relación con las reformas constitucionales que se han venido realizando desde 2011 en México, las cuales tienden a proteger de manera amplia y progresiva los derechos humanos de todas las personas, especialmente de los menores, tenemos que las normas reglamentarias han sufrido diversas reformas, como resultado lógico, necesario y directo de las reformas a la constitución, a efecto de constitucionalizar la normatividad secundaria y contar con un marco jurídico acorde a lo expuesto y ordenado por la constitución.

En ese sentido, en el artículo se abordan y describen de manera general los derechos con que cuentan los menores en México para poder contextualizar que es todo aquello que la legislación laboral y las autoridades deben promover, respetar, proteger y garantizar tanto al momento de emitir normas, como al aplicarlas en sus diversos ámbitos competenciales.

Asimismo, se analiza la legislación laboral de los trabajadores en general, a efecto identificar los diversos principios que rigen al derecho laboral y poder relacionar los derechos de los menores con dichos principios.

En el mismo sentido y de forma más específica, se van a identificar las normas laborales que llevan implícito el interés superior de los menores, para establecer si estas cumplen con los mandamientos constitucionales y la protección que esta mandata.

## 2. OBJETIVOS

- Establecer un panorama de derechos de los menores que están reconocidos y deben respetarse en toda normatividad vigente en México.
- Identificar y definir los diversos principios que rigen al derecho del trabajo en la legislación mexicana.
- Identificar en la Ley Federal del Trabajo, aquellos artículos que integran y desarrollan los derechos de los trabajadores menores de edad que deben de respetarse tanto por los patrones, trabajadores y responsables de los menores.
- Emitir conclusiones y determinar si la legislación laboral protege amplia y debidamente a los menores trabajadores y si dichas normas protectoras con son suficientes y cumplen su cometido.

### 2.1 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

El primer objetivo específico de la presente investigación establecer un panorama general de los derechos de los menores que están reconocidos y deben respetarse en México, así como identificar cuáles de ellos tienen alguna relación directa o transversal con el derecho del trabajo.

Diverso objetivo específico consistente en identificar y describir los principios que rigen al derecho del trabajo en la legislación mexicana a efecto de determinar cuáles de ellos se relacionan directamente con el interés superior del menor.

En este mismo sentido, se deberán de identificar y analizar las normas laborales que están relacionadas con los menores de edad (18 años), así como también se deberá de concluir quienes son los obligados al cumplimiento de las normas laborales que tienden a proteger a los menores. En consecuencia, se realizará un análisis a efecto de concluir si dichas normas son el medio idóneo y suficiente para otorgar a los menores la protección de sus derechos humanos de manera integral y si el Estado está velando por el desarrollo integral y la satisfacción de las necesidades mínimas y esenciales de los menores.

Asimismo, debemos de examinar si el permitir que los menores laboren jornadas de trabajo dentro de los márgenes permitidos no se contrapone a las obligaciones que los padres y tutores tienen de satisfacer sus necesidades y derechos de los menores a la alimentación, salud, cuidado, convivencia familiar y demás derechos que también se abordan.

Por último concluir si la legislación laboral protege de forma amplia y debida a los menores trabajadores y si dichas normas protectoras con son suficientes y cumplen su cometido.

### 3. METODOLOGÍA

Para desarrollar el presente artículo, se realizará una investigación documental, toda vez que se analizará doctrinalmente los derechos de los menores, los principios del derecho del trabajo y las normas específicas que protegen a los menores trabajadores en México y posterior a ello, se analizará la información de forma sistemática, para concluir con comentarios relacionados con las fortalezas y debilidades de la legislación laboran en relación con el interés superior del menor.

En gran medida se realizará una investigación documental la que se basará, en bibliografía relacionada con el interés superior del menor y los principios y normas del derecho del trabajo que tienen relación directa o transversal con el interés superior del menor.

Se dividirán en fuentes primarias como lo son la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley General de los Derechos de niñas, niños y adolescentes y la Ley Federal del Trabajo y como fuentes secundarias serán libros y artículos científicos de autores especializados en el interés superior del menor y del Derecho del Trabajo.

#### 4. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL DERECHO DEL TRABAJO.

En el presente apartado se describirán los derechos que la legislación mexicana reconoce en favor de los mejores, se definirán los diversos principios que rigen al derecho del trabajo y se identificarán las normas laborales que privilegian el interés superior del menor.

##### 4.1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN MÉXICO.

En este apartado analizaremos la legislación interna que reconoce, garantiza y establece principios en relación a los derechos de los menores (niñas, niños y adolescentes), siendo esta la Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

En la parte que nos interesa, la Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes, establece en su artículo 1º que tiene por objeto entre otras cosas, reconocer a niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos, con capacidad de goce de los mismos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; en los términos que establece el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes, 2022).

Asimismo la ley de referencia establece que parte de su objeto es el garantizar el pleno ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes conforme a lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte (Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes, 2022).

Cabe precisar que nos centraremos en el estudio y análisis de la ley general vigente en México, siendo esta la norma principal que viene a regular el interés superior del menor, en el entendido de que dicho interés se desarrolla y debe permear en toda normatividad por mandato constitucional y en cumplimiento a los tratados internacionales ratificados por México, lo anterior en razón de que la razón principal por la cual se hace la presente investigación, es justamente analizar los derechos reconocidos en la legislación interna y contrastarlos con las normas laborales que establecen derechos y obligaciones relacionadas con el interés superior del menor.

En su artículo tercero, la Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes, establece que la Federación, las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, concurrirán en el cumplimiento del objeto de esta Ley, para el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de políticas públicas en materia de ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos de niñas, niños y adolescentes, así como para garantizar su máximo bienestar posible privilegiando su interés superior a través de medidas estructurales, legales, administrativas y presupuestales (Ley General de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, 2022).

En atención a lo establecido en el párrafo anterior, se puede desprender que todas las autoridades en los ámbitos de sus respectivas competencias, deben cumplir con lo ordenado por la ley general que nos ocupa, por lo que se puede concluir que el legislador debe tomar en cuenta todas las normas referentes a niñas niños y adolescentes al momento de emitir distintas normatividades que puedan llegar a afectar o que estén relacionadas con menores, así como también todas las autoridades del trabajo deben privilegiar el cumplimiento de la ley general antes citada.

El artículo 5 nos define lo que es una niña o niño, siendo estos los menores de doce años, y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, además aclara que, para efecto de lo expuesto por los tratados internacionales y la mayoría de edad, son niños los menores de dieciocho años de edad (Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes, 2022).

Entrando en materia de los derechos de los menores, tenemos que la Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes, establece diversos principios rectores como lo son el interés superior de la niñez, igualdad, no discriminación, inclusión, derecho a la vida, la participación, la interculturalidad, la corresponsabilidad de miembros de la familia, sociedad y autoridades, la transversalidad en la legislación, políticas públicas, actividades administrativas, económicas y culturales, la autonomía progresiva, el principio pro persona y el acceso a una vida libre de violencia, la accesibilidad, y el derecho al adecuado desarrollo evolutivo de la personalidad.

En relación al interés superior de la niñez, tenemos que el artículo 4º constitucional establece que en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios. (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2022).

El artículo 7 de la Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes, establece que las leyes federales y de las entidades federativas deberán garantizar el ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos de niñas, niños y adolescentes; así como prever, primordialmente, las acciones y mecanismos que les permitan un crecimiento y desarrollo integral plenos (Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes, 2022).

Posteriormente el artículo 14 nos da un catálogo de derechos de las niñas, niños y adolescentes, entre los que se encuentra el derecho a la vida, a la paz, a la supervivencia y al desarrollo, derecho de prioridad, derecho a la identidad, derecho a vivir en familia, derecho a la igualdad sustantiva, derecho a no ser discriminado, derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral, derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal, derecho a la protección de la salud

y a la seguridad social, derecho a la inclusión de niñas, niños y adolescentes con discapacidad, derecho a la educación, derecho al descanso y al esparcimiento, derecho a la libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia, religión y cultura, derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información, derecho de participación, derecho de asociación y reunión, derecho a la intimidad, derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso, derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes, y derecho de acceso a las Tecnologías de la Información y Comunicación plenos (Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes, 2022).

El Sistema Nacional de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, define el derecho a la vida, a la paz, a la supervivencia y al desarrollo, como el derecho de las niñas, niños y adolescentes de disfrutar de una vida plena en condiciones acordes a su dignidad y en condiciones que garanticen su desarrollo integral. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a no ser privados de la vida bajo ninguna circunstancia, ni ser utilizados en conflictos armados o violentos. (Sistema Nacional de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, 2018).

El derecho de prioridad como su nombre lo indica, se refiere a que se asegure prioridad en el ejercicio de todos los derechos de las niñas, niños y adolescentes, así como el que se les brinde protección siempre que lo requieran y el derecho a la identidad, es el derecho previsto en el artículo 4º constitucional y se integra por el derecho a tener un nombre, una nacionalidad, una filiación, de los cuales se desprenden las prerrogativas de los menores de recibir alimentos y a las sucesiones. (Suprema Corte de justicia de la Nación, septiembre de 2011).

El derecho a vivir en familia se puede definir como el derecho que el niño tiene de vivir con su familia, preferentemente su familia biológica, el derecho a la igualdad sustantiva se refiere a el derecho al acceso al mismo trato y oportunidades sin distinción alguna de raza, étnica, color, sexo, idioma, lengua, circunstancia de nacimiento o cualquier otra condición propia. (Sistema Nacional de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, 2018).

El derecho a no ser discriminado es una norma común en los principales tratados de derechos humanos, así como en las constituciones de los Estados; se le considera un derecho que va más allá de lo jurídico, cuya función es que todas las personas puedan gozar de todos sus derechos humanos en condiciones de igualdad, pues cada vez que un derecho se vulnera se acompaña de la violación de al menos otro derecho humano (comisión nacional de os derechos humanos, 2018).

Los derechos a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral, derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal, derecho a la protección de la salud y a la seguridad social, se pueden describir de manera conjunta, en razón de que no es posible separarlos en el debido goce del menor, el cual tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano tanto en lo familiar, como social, refiérase a vivienda, educación, salud, alimentación, descanso, esparcimiento, entre otras.

El derecho a la inclusión de niñas, niños y adolescentes con discapacidad, se refiere a que los menores tienen derecho a vivir incluidos en la sociedad, contando todas las autoridades en sus respectivos ámbitos de competencia, con la obligación de implementar medidas de inclusión, nivelación que resulten efectivas para que los menores con alguna discapacidad tengan las mismas oportunidades que los demás menores.

El derecho a la libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia, religión y cultura, se refiere al derecho que implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente; tanto en público como en privado (papayannis, 2013, p 719).

#### 4.2. LOS DIVERSOS PRINCIPIOS QUE RIGEN AL DERECHO DEL TRABAJO EN MÉXICO

En palabras de Benito Pérez, se puede entender por principios del derecho del trabajo, a los principios inspiradores de un derecho positivo, en virtud de los cuales el juez podrá dar la solución que el mismo legislador daría, si estuviese presente, o hubiese resuelto de prever el caso, entendiéndose con esto que toda norma secundaria derivada de los principios

del derecho del trabajo, establecidos por el constituyente, deberían de atender a los principios previamente establecidos, salvo modificación que solo el constituyente puede realizar (Pérez, 1983, p 87).

Desde la promulgación de la constitución mexicana de 1917, año en el que se asume como formal, el nacimiento del moderno derecho del trabajo, donde además, se determinan los principios jurídicos fundamentales regulatorios de la relación de trabajo y los derechos básicos de los trabajadores; se da un reconocimiento y legitimación al movimiento obrero organizado, basado en la búsqueda de mejores condiciones de trabajo y vida, con la tarea cotidiana de los sindicatos, tal como lo establece su objetivo primordial de existencia, que será el estudio, mejoramiento y defensa de los intereses de sus agremiados (Kurczin et ál, 2014, p. 10).

En palabras de Néstor De Buen Lozano, la palabra “equilibrio” ha tenido un significado propio en nuestro derecho laboral. Hay algo de tradición que no puede ser ignorado. Es cierto que equilibrio puede equivaler a armonía y a medida, como señala el diccionario, pero lo importante es la manera como debe de alcanzarse. Para ello no podemos limitarnos a una simple y gramatical interpretación, sino que debemos atender al sentido general de nuestra legislación laboral.

En otras palabras, la declaración programática del artículo 2, en el sentido de que las normas de trabajo tienden a conseguir ese equilibrio y la justicia social en las relaciones obrero-patronales, deberá ser analizada contemplando cómo funcionan esas normas, y quien lo haga advertirá cómo nuestra legislación laboral, con todas las limitaciones que tiene, es protectora de la clase trabajadora y pone a su disposición los instrumentos adecuados para obtener del patrón más prestaciones que, en un análisis objetivo de costos y sin olvidar la plusvalía, procuren a los trabajadores unos ingresos proporcionales a la riqueza que ellos generan con su trabajo. Equilibrio significa, entonces, proporcionalidad y medida, pero no actitud imparcial ni arbitraje del Estado ante dos contendientes de fuerzas niveladas. ( De Buen, 2002, p83).

El derecho del trabajo vigente cuenta con una serie de principios con diversas características que lo rigen y delimitan su alcance y aplicación,

y como señala Ricardo Méndez, existen diversos principios los cuales señala como principios rectores, realizando un listado de ellos, dentro de los cuales incluye 7 principios, los cuales los cuales se desarrollaran en el presente artículo de forma independiente.

- El trabajo como un Derecho y un deber social.
- Libertad de empleo.
- Trabajo digno o decente.
- Igualdad.
- Estabilidad en el empleo.
- Aplicación de la norma más favorable al trabajador.
- Suplencia de la queja (Méndez et ál, 2014, p.9).

Tal y como se adelantó previamente, procederemos al análisis de cada uno de los principios antes referidos, iniciando por el principio rector denominado “el trabajo como un Derecho y un deber social, este se define claramente en palabras de Mario de la Cueva de la siguiente manera:

La sociedad tiene derecho a esperar de sus miembros un trabajo útil y honesto, y por esto el trabajo es un deber, pero el reverso de este deber del hombre es la obligación que tiene la sociedad de crear condiciones sociales de vida que permitan a los hombres el desarrollo de sus actividades (De la Cueva, 1989, p108 y 109).

Se puede resumir el principio del trabajo como un derecho y un deber social, en la correlativa obligación que tiene el Estado de aportar los elementos y las condiciones idóneas para el desarrollo de las actividades económicas y de la clase trabajadora de aprovechar esas condiciones y desarrollar alguna de esas actividades productivas en beneficio de la sociedad, permitiéndose históricamente que los menores en diversas circunstancias y con limitantes pudieran acceder a empleos.

El principio denominado libertad de empleo, encuentra su fundamento en el artículo 5º constitucional el cual establece que a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos.

Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como

pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.

Para acotar el principio relativo al trabajo digno o decente es necesario remitirnos a lo establecido por el artículo 2 de la Ley Federal del Trabajo, el cual refiere que se entiende por trabajo digno o decente aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil; se tiene acceso a la seguridad social y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos, y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo.

El trabajo digno o decente también incluye el respeto irrestricto a los derechos colectivos de los trabajadores, tales como la libertad de asociación, autonomía, el derecho de huelga y de contratación colectiva. Se tutela la igualdad sustantiva o de hecho de trabajadores y trabajadoras frente al patrón. La igualdad sustantiva es la que se logra eliminando la discriminación contra las mujeres que menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos humanos y las libertades fundamentales en el ámbito laboral. Supone el acceso a las mismas oportunidades, considerando las diferencias biológicas, sociales y culturales de mujeres y hombres.

El principio de igualdad, se consagra en el artículo 123 constitucional, apartado A, fracción VII, el cual establece que para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad, principio que puede atenderse de diversas maneras, la primera es “a trabajo igual, salario igual” y una segunda interpretación establece que “a trabajo igual, prestaciones iguales”, situaciones que podemos observar se encuentran regulados en la ley reglamentaria del artículo 123 en sus artículos 82 y 84.

El principio denominado estabilidad en el empleo se puede definir como el derecho que tiene todo trabajador de conservar su empleo, si es esa su voluntad, hasta en tanto no acontezca una causal de terminación de la

relación laboral, en ese sentido refiere Dávalos Morales, que la estabilidad en el trabajo es un principio que otorga carácter permanente a la relación de trabajo y hace depender su disolución: a) únicamente de la voluntad del trabajador, y b) excepcionalmente de la del patrón, c) del incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador, y d) de circunstancias ajenas a la voluntad de los sujetos de la relación, que hagan imposible su continuación (Dávalos, 2019, [bit.ly/3ggq7ht](https://bit.ly/3ggq7ht)).

Otro principio protector de la clase trabajadora es el de aplicación de la norma más favorable al trabajador (*in dubio pro operario*) o tutela en beneficio del trabajador, como su nombre lo indica, debe aplicarse la norma más favorable o la interpretación más favorable a la parte trabajadora, en casos de duda o conflicto entre normas, atendiendo a que se considera que la parte trabajadora es más débil que al patrón, o como lo explica Ricardo Méndez, debido al carácter social del derecho laboral, en caso de existir varias disposiciones aplicables, siempre se aplicará la que más beneficie al trabajador; con ello se busca conseguir la reivindicación del derecho laboral, señalada como característica del derecho laboral (Méndez, 2014, p12).

En opinión de Humberto A. Podetti, el principio *in dubio pro operario*, ha pasado a ser una especie, dentro del principio generalizado, del *favor debilis* (Podetti, 1997, p. 1149), no se trata de corregir la norma o de integrarla, sino sólo de determinar su verdadero sentido entre varios posibles. Este criterio debe aplicarse al interpretar tanto la ley, como el contrato individual de trabajo y el reglamento interno de la empresa (Gamonal, 2013)

El siguiente principio es la suplencia de la queja, figura jurídica que contará con su propio capítulo al ser el tema central de la presente investigación, no obstante lo anterior, al tratarse este un capítulo descriptivo y con el fin de otorgar mayor claridad a la investigación, al igual que en los demás principios, se considera prudente, el definir brevemente lo que se considera suplencia de la queja

En palabras de Edgar Carpio, la suplencia nace en el derecho constitucional mexicano, y tras las reformas constitucionales en México (primero la de 1951 y las que le sucedieron en los años 1962, 1974 y 1986),

los alcances de dicho principio se enriquecieron, dejándose actualmente en manos del legislador ordinario la determinación del ámbito de eficacia de la suplencia de la queja (Carpio, 2004, [bit.ly/3WY6vob](https://bit.ly/3WY6vob)), asimismo, Sandro Núñez define la suplencia como aquel mandato por medio del cual el juzgador, al tomar conocimiento de alguna deficiencia de tipo procesal que contenga la demanda, tendrá la obligación de hacer un esfuerzo por subsanar las omisiones advertidas, viabilizando el proceso dentro de los cánones regulares para su tramitación, pero no pudiendo en tal intento alterar los fundamentos de hecho o el petitorio de la demanda (Núñez, 2021).

#### 4.3. NORMAS PROTECTORAS DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO.

A partir de la constitución de 1917, se cuenta con un derecho del trabajo que en ese momento era novedoso tendiente a reconocer derechos sociales, dentro de los logros principales, fue el establecimiento de una jornada máxima de labores que hasta el día de hoy es de 8 horas para los trabajadores en general, estableciéndose desde ese momento que los jóvenes mayores de 12 años y menores de 16, tendrán como jornada máxima la de seis horas y la prohibición de que los niños menores de doce años puedan ser objeto de contratos de trabajo.

De igual forma se estableció como norma protectora la responsabilidad patronal en casos de riesgos de trabajo, entendiéndose estos como los accidentes o enfermedades que sufren los trabajadores con motivo o en ejercicio de su trabajo, así como la obligación patronal de implementar medidas de seguridad e higiene en los centros de trabajo, la estabilidad en el empleo, salario remunerador, normas entre otras que son un preámbulo en relación con el interés superior de las niñas niños y adolescentes que son trabajadores, más adelante continuaremos con el análisis de las normas constitucionales y reglamentarias actuales.

En el ámbito internacional, tenemos que la OIT y la ONU desde 1919 y hasta la fecha, han adoptado diversas normas tendientes a contribuir en que los estados miembros mejoren su legislación en relación a la lucha contra el trabajo infantil, normas que prohíben el trabajo infantil en ciertos sectores y en diversas condiciones, normas que buscan eliminar

problemas graves de explotación de niños, y establecen una edad mínima para trabajar, así como prohibir actividades peligrosas, trabajo forzoso, prostitución y pornografía por parte de niñas, niños y adolescentes, normas que han permeado en la legislación mexicana como veremos más adelante.

Dichas Normas internacionales obliga a los Estados ratificantes a fijar una edad mínima para la admisión al empleo y a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de las niñas, niños y adolescentes.

Lo que se pretende es establecer un marco jurídico dinámico y encaminado a fomentar la mejora progresiva de las normas y a promover acciones tendientes otorgar con el paso del tiempo, mayores beneficios a las niñas niños y adolescentes que trabajan, garantizando plenamente la salud, la seguridad y la moralidad de los adolescentes, hasta lograr la eliminación del trabajo infantil.

Ahora bien, del análisis de la legislación mexicana, tenemos que la constitución vigente, establece que la duración de la jornada máxima será de ocho horas, cabe mencionar que actualmente se están analizando reformas que podrían reducir la jornada máxima, asimismo, prohíbe para los menores de 16 años el desempeño de labores insalubres o peligrosas, el trabajo nocturno industrial y todo trabajo después de las diez de la noche.

En ese sentido, la constitución prohíbe la utilización del trabajo de los menores de quince años e impone una jornada máxima de 6 horas para mayores de 15 y menores de 16 años.

Aunado a lo anterior la ley reglamentaria del apartado A del artículo 123 constitucional, es decir la Ley Federal del Trabajo, establece diversas normas encaminadas a proteger el interés superior de las niñas niños y adolescentes, estableciendo de manera tajante la prohibición para emplear a menores de quince años, situación se regula de manera diversa en casos específicos que analizaremos más adelante.

La Ley federal del Trabajo, prohíbe diversas situaciones como es el que los menores de 18 años laboren Horas extraordinarias, en días domingo y de descanso obligatorio, que los menores de 16 desempeñen Trabajo nocturno industrial o después de las veintidós horas. En caso de laborarlos, procede el pago de tiempo extraordinario, primas y días de descanso obligatorio y por supuesto las sanciones correspondientes, de las que hablaremos más adelante.

Se prohíbe que menores de 18 años desempeñen trabajos dentro del círculo familiar, en cualquier tipo de actividad que resulte peligrosa para su salud, su seguridad o su moralidad, o que afecte el ejercicio de sus derechos y, con ello, su desarrollo integral, entendiéndose por círculo familiar a parientes del menor, por consanguinidad, ascendientes o colaterales, hasta el segundo grado.

También se prohíbe la utilización de menores de dieciocho años para la prestación de servicios fuera de la República, salvo que se trate de técnicos, profesionales, artistas, deportistas y, en general, de trabajadores especializados.

Asimismo, establece la obligación de los patrones de contar con autorización de los padres o tutores para mayores de 15 y menores de 16 años, o a falta de sus padres, la autorización debe emitirse por el sindicato a que pertenezcan, del Tribunal, del Inspector del Trabajo o de la Autoridad Política.

Para el caso de que menores de edad busquen ser contratados, deben contar con educación básica obligatoria, salvo en los casos que lo apruebe la autoridad laboral correspondiente y que a su juicio exista compatibilidad entre los estudios y el trabajo.

En relación a las actividades de autoconsumo desempeñadas por menores de 18 años, bajo la dirección de familiares o tutores, obliga a éstos, es decir a sus familiares o tutores a respetar y proteger los derechos humanos de los menores y brindar el apoyo y las facilidades necesarias para que los mismos concluyan, por lo menos, su educación básica obligatoria.

De igual forma en atención al interés superior de las niñas niños y adolescentes, la ley federal del trabajo otorga capacidad jurídica y la facultad a los menores trabajadores para ejercer por cuenta propia las acciones legales y comparecer a juicio y en caso de no estar asesorados, el tribunal laboral deberá solicitar la intervención de la Procuraduría de la Defensa del Trabajo.

En el capítulo específico de la Ley federal del trabajo que regula el trabajo de los menores, se establecen reglas, limitantes, obligaciones y principios que se deben atender cuando un niña, niño o adolescente es trabajador, siendo de manera particular las siguientes:

El trabajo de los menores queda sujeto a vigilancia y protección especiales de las autoridades del trabajo tanto federales como locales.

Se impone la obligación de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social para que en coordinación con las autoridades del trabajo en las entidades federativas, desarrollen programas que permitan identificar y erradicar el trabajo infantil.

Establece la obligación de los mayores de 15 y menores de 18 de obtener un certificado médico que acredite su aptitud para el trabajo, así como a someterse a los exámenes médicos que periódicamente ordenen las autoridades laborales correspondientes.

Se prohíbe a los patrones el utilizar los servicios de menores que no cuenten con este requisito, obligándolos a llevar y tener a disposición de la autoridad competente, registros y documentación comprobatoria, en donde se indique el nombre y apellidos, la fecha de nacimiento o la edad de los menores de dieciocho años empleados por ellos, clase de trabajo, horario, salario y demás condiciones generales de trabajo; así mismo, dichos registros deberán incluir la información correspondiente de aquellos que reciban orientación, capacitación o formación profesional en sus empresas, estado obligados a proporcionar dicha información a la autoridad cuando se la soliciten.

Se prohíbe la utilización del trabajo de los menores de dieciocho años en establecimientos no industriales después de las diez de la noche, en expendios de bebidas embriagantes de consumo inmediato, cantinas o

tabernas y centros de vicio, en trabajos susceptibles de afectar su moralidad o buenas costumbres,

Se prohíbe también emplear a menores de 18 años en labores peligrosas o insalubres que, por la naturaleza del trabajo, por las condiciones físicas, químicas o biológicas del medio en que se presta, o por la composición de la materia prima que se utiliza, son capaces de actuar sobre la vida, el desarrollo y la salud física y mental de los menores.

Queda prohibido también el trabajo en buques a los menores de dieciséis años y el de los menores de dieciocho en calidad de pañoleros o fogoneeros, es decir se prohíbe que menores de 18 años desempeñen actividades en buques como encargados de la bodega o almacén y trabajos relacionados con alimentar el motor de vapor, manejo o reparación de maquinaria.

Se prohíbe utilizar a menores de dieciocho años en minas y en maniobras de servicio público en zonas bajo jurisdicción federal, es decir, aquellas maniobras que se desarrollen a bordo de buques o en tierra, en los puertos, vías navegables, estaciones de ferrocarril y demás zonas bajo jurisdicción federal, en lanchas y a los trabajos complementarios o conexos.

Queda prohibida la contratación para el trabajo del hogar de adolescentes menores de quince años de edad y para mayores de 16 y menores de 18, se establecen requisitos adicionales para su contratación, como reportes y preferencia de continuar con sus estudios.

En relación a la inspección del trabajo, se le impone la obligación y atribución de vigilar con especial atención el cumplimiento de las normas de trabajo, especialmente de las que establecen los derechos y obligaciones de los menores, debiendo ordenar el cese inmediato de las labores desempeñadas por menores de 15 años, así como el vigilar el cumplimiento de las medidas preventivas de riesgos de trabajo, seguridad e higiene.

Por último, cabe precisar que al igual que todas las reglas antes indicadas en relación al trabajo de menores y en respeto de interés superior de las niñas, niños y adolescentes, el legislador consideró el establecer la sanción consistente en una multa equivalente de 50 a 2500 veces la Unidad de Medida y Actualización al patrón que viole las normas que rigen el trabajo de los menores así como también se establece en la Ley federal

del trabajo que en los casos en que las autoridades del trabajo detecten trabajando a un menor de quince años fuera del círculo familiar, primero ordenará que de inmediato cese en sus labores y al patrón que incurra en esta conducta se le sancionará con prisión de 1 a 4 años y multa de 250 a 5000 unidades de medida y actualización.

## 5. CONCLUSIONES

En razón de todo lo anteriormente expuesto, se puede concluir que la normatividad aplicable a las niñas, niños y adolescentes trabajadores, tiende a respetar el interés superior del menor, no obstante que en la actualidad se siguen presentando casos de violaciones graves a los derechos de menores trabajadores, que no siempre son debidamente atendidos por los las autoridades, patrones, familiares o tutores obligados, que además pueden llegar a configurar delitos, que deben ser de igual forma investigados y sancionados por las autoridades correspondientes.

De lo analizado en el artículo, podemos concluir, entre otras cosas, que el legislador si ha integrado debidamente, el Interés Superior del Menor en la normatividad laboral, atendiendo a los mandatos constitucionales, así como a las obligaciones internacionales contraídas a efecto de mejorar paulatinamente los derechos de los menores trabajadores, no obstante que la revisión, cumplimiento y sanción al incumplimiento de dichas normas deja mucho que desear por parte del Estado, considerándose necesario el reforzar las facultades y procedimientos de las autoridades inspectoras en beneficio de los menores.

## 6. REFERENCIAS

- Carpio Marcos, Edgar, 2004, “La suplencia de la queja deficiente en el amparo. Un análisis comparativo”, [bit.ly/3WY6vob](https://bit.ly/3WY6vob).
- Comisión nacional de los derechos humanos, derecho a la no discriminación, 2018, p 15, [bit.ly/3XIZItN](https://bit.ly/3XIZItN).
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 05 de febrero de 2017, última reforma periódico oficial de la federación 18 de noviembre de 2022, [bit.ly/3is15mv](https://bit.ly/3is15mv).
- Convención americana de los derechos humanos y su proyección en el derecho argentino, 2013, libertad de conciencia y religión, p.719, 06 de enero de 2023, [bit.ly/3WXwEnk](https://bit.ly/3WXwEnk).
- Dávalos, 2019, estabilidad en el trabajo, [bit.ly/3GQG7Ht](https://bit.ly/3GQG7Ht).
- De Buen, Néstor, 2002, Derecho del Trabajo, Porrúa, p83.
- De la Cueva, 1989, El nuevo derecho mexicano del trabajo, México, Porrúa, p.108 y 109.
- Gamonal Contreras Sergio, Estudios constitucionales vol.11 no.1 Santiago, 2013, el principio de protección del trabajador en la constitución chilena, [bit.ly/3Xchv16](https://bit.ly/3Xchv16).
- Kurczin Villalobos, Patricia, Tena Suck, Rafael, 2014, temas selectos del derecho del trabajo, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, p.10.
- Kurczin Villalobos, Patricia, Tena Suck, Rafael, 2014, Temas selectos del derecho del trabajo, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, p.177.
- Moreno Hernández, María Elena, Principios del Derecho Laboral en la Ley y la Constitución, 20 de diciembre de 2021, [bit.ly/3vMlkyk](https://bit.ly/3vMlkyk).
- Ley Federal del Trabajo, de 01 de abril de 1970, última reforma periódico oficial de la federación 18 de mayo de 2022, [bit.ly/3WXDhpJ](https://bit.ly/3WXDhpJ).
- Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes, 04 de diciembre de 2014, última reforma periódico oficial de la federación 28 de abril de 2022, [bit.ly/3GtENIT](https://bit.ly/3GtENIT).
- Méndez Cruz, José Ricardo, 2014, Derecho laboral enfoque práctico, McGraw Hill, p.9.
- Méndez Cruz, José Ricardo, 2014, Derecho laboral, un enfoque práctico, McGraw Hill, p.12.
- Núñez Paz, Sandro Alberto, 2021, los principios de suplencia de queja y pro actione y sus alcances en la nueva ley procesal del trabajo, Laborem 16-229-248, [bit.ly/3k0RR0W](https://bit.ly/3k0RR0W).

Pérez, Benito, 1983, Derecho del trabajo, Astrea, p.87.

Podetti, Humberto Antonio, 1997, Los principios del derecho del trabajo, instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social, México, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UNAM, p.1149.

Sistema nacional de protección de niñas, niños y adolescentes, derecho a la igualdad sustantiva, consulta 07/01/2022, [bit.ly/3WV8QR2](https://bit.ly/3WV8QR2).

sistema nacional de protección de niñas, niños y adolescentes, 18 de abril de 2018, derecho de niñas, niños y adolescentes a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, [bit.ly/3XdvPX8](https://bit.ly/3XdvPX8).

Tesis: 1a. CXVI/2011, semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIV, Septiembre de 2011, página 1034, Registro digital: 161100.

Tesis: I.6o.T.333 L, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXV, junio de 2007, página 1149, Registro digital: 172162.

LA FORMACIÓN PROFESIONAL EN EL TRABAJO  
 COMO FACTOR CLAVE DE RESILIENCIA  
 PARA EL MANTENIMIENTO DEL EMPLEO Y  
 MEJORA DE LA EMPLEABILIDAD DE LAS  
 PERSONAS TRABAJADORAS<sup>398</sup>

---

M. CARMEN AGUILAR MARTIN  
*Profesora contratada doctora*  
*Universidad de Zaragoza*

## 1. INTRODUCCIÓN

Sin duda nos encontramos ante un momento de cambio, de reformas, de cuestionamiento de algunas prácticas del modelo de relaciones laborales, lo que tiene importantes implicaciones para el empleo. En este contexto de cambios, las transiciones en la forma en la que se desempeña el trabajo son más complicadas sin la necesaria formación de la plantilla. Los cambios imponen un auge de las tecnologías, de la inteligencia artificial, del trabajo a distancia o del teletrabajo, de la industria 4.0<sup>399</sup>, de la robótica, ... por lo que disponer de una plantilla formada y capacitada para acompañar en estos cambios es estratégico para las empresas, cualquiera que sea su sector, y también esencial para las personas trabajadoras si desean permanecer en su puesto de trabajo y desempeñarlo con solvencia o al menos, encontrar un puesto de trabajo en el que puedan

---

<sup>398</sup> Trabajo realizado en el marco del Grupo de Investigación consolidado S18\_20R- Derecho del Trabajo Unizar, financiado por el Gobierno de Aragón. Constar también el agradecimiento al proyecto PID2020-114556GB-I00 denominado "Las nuevas dimensiones del tiempo de trabajo y el papel de la negociación colectiva", de la Agencia Estatal de Investigación.

<sup>399</sup> Con respecto a la industria 4.0, se puede ampliar información en CARRIZOSA PRIETO, E.: "Competencias habilidades de la Industria 4.0 y formación profesional para el empleo", Congreso Interuniversitario OIT sobre el futuro del trabajo, 2021.

alcanzar las metas para las que se han preparado, sin quedar relegados a puestos no acordes con sus capacidades y cualificación.

En momentos de cambio, de crisis y en un contexto internacional lleno de incertidumbres, todas las acciones positivas encaminadas a reforzar los derechos son bienvenidas para evitar la destrucción de empleo. Es el momento de apostar por medidas alternativas a las extintivas, basadas en la flexibilidad interna y la formación. Precisamente, uno de los ejes en los que se basa la reforma laboral operada por el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, pues pretende mejorar la formación de las personas trabajadoras<sup>400</sup>.

Garantizar una formación profesional (en adelante FP) en el trabajo de calidad, acorde con los requerimientos, tanto de las empresas como de las personas trabajadoras, es una necesidad y, a la vez, un derecho. En definitiva, es un compromiso necesario para ambas partes puesto que, por un lado, las empresas mejoran su producción y su capacidad de respuesta y de adaptación a las necesidades cambiantes del mercado y de la economía y por otro lado, las personas trabajadoras mejoran su empleabilidad y su capacidad de adaptación para afrontar un cambio de puesto de trabajo con mayores garantías e incluso, si es necesario, un cambio de empresa.

Esta investigación tiene por objeto poner en valor a la formación como elemento estratégico y diferenciador de las empresas y también como refuerzo de la capacidad de resiliencia de las personas trabajadoras, siempre, pero con mayor intensidad en tiempos de cambios.

Para llevar a cabo este trabajo se ha utilizado una metodología jurídica con análisis de normativa, uso de fuentes bibliográficas y estadísticas, con aporte de ideas razonadas y con rigor jurídico.

---

<sup>400</sup> Sobre esta cuestión, vid. ESTEBAN GÓMEZ, A.: ERTE del Siglo XXI. Mecanismos permanentes de flexibilidad interna centrados en la formación, recualificación y transición profesional. Tirant lo Blanch, 2022.

Este trabajo se ha estructurado en varios apartados. Comienza por una delimitación conceptual del derecho a la FP en el trabajo con una breve reseña a su regulación en España<sup>401</sup>. Puesto que la FP no es solo una preocupación nacional sino que es necesaria una coordinación entre países, de manera que las personas y las empresas puedan operar en diferentes países con las suficientes garantías para que se puedan equiparar los conocimientos, habilidades y competencias profesionales, en el tercer apartado de este trabajo se analiza el contexto internacional, europeo y nacional de las políticas de empleo sobre FP. En el cuarto apartado se pone de relieve la formación profesional continua como elemento diferenciador para las empresas y para las personas trabajadoras, con aporte de algunos datos, de fuentes oficiales, que muestran una imagen de la situación y por dónde se puede seguir mejorando en esta materia. A mayor profundidad se reflexiona sobre las competencias digitales, como cuestión que preocupa especialmente a todos los agentes, instituciones y personas implicadas. En el quinto apartado se lleva a cabo un análisis de los convenios colectivos sectoriales nacionales publicados durante todo el ejercicio 2022, para observar cuál es el tratamiento de la formación dentro de dichos convenios colectivos, completado en el Anexo I con toda la información detallada a este respecto. Finaliza este trabajo con unas conclusiones fruto de la reflexión y del análisis de lo expuesto anteriormente. Por último, se añaden referencias bibliográficas y otros documentos utilizados para esta investigación.

## 2. EL DERECHO A LA FORMACIÓN PROFESIONAL EN EL TRABAJO: CONCEPTO Y REGULACIÓN

Según el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico se define como subsistema de formación profesional para el empleo<sup>402</sup> “el conjunto de instrumentos y acciones que tienen por objeto impulsar y extender entre las empresas y los trabajadores ocupados y desempleados una formación

---

<sup>401</sup> Para profundizar éste y otros apartados sobre la formación profesional, vid. REQUENA MONTES, O.: Formación profesional continua y prestación de trabajo: el artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores como mecanismo de conciliación, 2019. Tesis Doctoral disponible en: <https://bit.ly/3Ja5c1o>

<sup>402</sup> <https://bit.ly/3H7Pd1q> (consultado el 4 de enero de 2023)

que responda a sus necesidades y contribuya al desarrollo de una economía basada en el conocimiento. Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, art. 2 (derogado por Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral)”.

De conformidad con el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional<sup>403</sup> (en adelante, Ley 3/2022) se define como:

“Formación a lo largo de la vida: el conjunto de la formación inicial y continua de una persona durante su trayectoria vital”.

“Formación continua: cualquier tipo de formación realizada después de la formación inicial y de la incorporación a la vida activa, dentro o fuera del sistema educativo. Tiene como objetivo permitir a la persona adquirir, ampliar o actualizar sus conocimientos o competencias de cara a una adaptación, promoción profesional o reconversión de su itinerario de desarrollo personal o profesional. Esta denominación no está asociada al tipo de oferta de formación, sino al proceso de aprendizaje en el itinerario formativo de cada persona, después de la formación inicial y de la incorporación a la vida laboral activa”.

Estos dos conceptos, sobre todo el de formación continua se ha recuperado de normas anteriores como los Acuerdos Nacionales sobre Formación Continua (firmados en 1992, 1996 y 2000), o del Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, por el que se regula el subsistema de formación profesional continua<sup>404</sup>, ahora derogado. En las normas que lo han sustituido no se contempla este concepto, ahora recuperado en la Ley Orgánica 3/2022.

Así, de acuerdo con el artículo 95 de la Ley Orgánica 3/2022, la orientación profesional del Sistema de Formación Profesional tendrá como fin “(...) g) La información y la formulación de propuestas a medida a

---

<sup>403</sup> BOE de 01/04/2022, núm. 78.

<sup>404</sup> Disposición derogada por el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, a su vez derogado por Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral.

las empresas y entidades para la acreditación de competencias profesionales y mejora de la formación continua de sus trabajadores, en el lugar de trabajo o fuera de él, como elemento de valor para su competitividad empresarial”

En concreto, la norma que regula la FP dentro del ámbito laboral es la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral<sup>405</sup> (en adelante Ley 30/2015) y su reglamento de desarrollo es el Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral<sup>406</sup> (en adelante, Real Decreto 694/2017). Pues bien, ni en la Ley 30/2015, ni en el RD 694/2017 se recoge el concepto de formación continua explícitamente, si bien se puede deducir de la redacción de las citadas normas, pues entre sus fines, en el artículo 2 de la mencionada Ley se establece “Los fines del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral son: a) Favorecer la formación a lo largo de la vida de los trabajadores desempleados y ocupados para mejorar sus competencias profesionales y sus itinerarios de empleo y formación, así como su desarrollo profesional y personal. (...)”.

Por otro lado, además de la ganancia que obtienen las personas trabajadoras con la formación, está la otra parte de la balanza, esto es, la ganancia que obtienen las empresas si invierten y/o facilitan la formación continua de su plantilla, pues como fin en este mencionado artículo 2 de la Ley 30/2015, en su apartado b) se recoge “contribuir a la mejora de la productividad y competitividad de las empresas” y por supuesto “c) atender a los requerimientos del mercado de trabajo y a las necesidades de las empresas, proporcionando a los trabajadores las competencias, los conocimientos y las prácticas adecuados (...)”. Merece especial atención el apartado f) pues se establece como finalidad, en el año 2015, “acercar y hacer partícipes a los trabajadores de las ventajas de las tecnologías de la información y la comunicación, promoviendo la

---

<sup>405</sup> BOE núm. 217, de 10/09/2015.

<sup>406</sup> BOE núm. 159, de 05/07/2017.

disminución de la brecha digital existente, y garantizando la accesibilidad de las mismas”; brecha digital, cuestión sobre la que se profundiza más adelante.

Dentro del ámbito de las relaciones laborales, como no podía ser de otro modo, en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores<sup>407</sup> (en adelante, Estatuto de los Trabajadores o ET) contempla en su artículo 4.2 como derechos laborales “(...) En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: (...), b) a la promoción y FP en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad”.

En concreto, este derecho amparado por el artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores es desarrollado con posterioridad en esa misma norma por el artículo 23 en el que se materializa ese derecho en la modulación del tiempo de trabajo, de manera que se pueda hacer efectivo ese derecho a la FP en el trabajo y poder compatibilizarlo con el desempeño laboral. De este modo, el artículo 23 sobre promoción y FP en el trabajo contempla en su apartado 1 varios derechos:

- “a) Al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, así como a una preferencia a elegir turno de trabajo y a acceder al trabajo a distancia, (...), cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional.
- b) A la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional.
- c) A la concesión de los permisos oportunos de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo.
- d) A la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. La misma correrá a

---

<sup>407</sup> BOE núm. 255, de 24/10/2015.

cargo de la empresa, sin perjuicio de la posibilidad de obtener a tal efecto los créditos destinados a la formación. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo”.

Además, se encomienda a la negociación colectiva garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación entre sexos en el ejercicio de este derecho<sup>408</sup>, cuestión que debería ampliarse a cualquier tipo de discriminación, no solo “entre trabajadores de uno y otro sexo”.

Por último, este derecho a la promoción y FP amparado en el artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores, se cuantifica de manera que en el apartado 3 establece “los trabajadores con al menos un año de antigüedad en la empresa tienen derecho a un permiso retribuido de veinte horas anuales de formación profesional para el empleo, vinculada a la actividad de la empresa, acumulables por un periodo de hasta cinco años. (...)”, por lo tanto, para poder exigir este derecho es requisito que la persona tenga mínimo un año de antigüedad, en cuyo caso le corresponderán mínimo 20 horas anuales retribuidas, acumulables hasta cinco años (100 horas de formación). Además se añade “(...) El derecho se entenderá cumplido en todo caso cuando el trabajador pueda realizar las acciones formativas dirigidas a la obtención de la formación profesional para el empleo en el marco de un plan de formación desarrollado por iniciativa empresarial o comprometido por la negociación colectiva. Sin perjuicio de lo anterior, no podrá comprenderse en el derecho a que se refiere este apartado la formación que deba obligatoriamente impartir la empresa a su cargo conforme a lo previsto en otras leyes<sup>409</sup>. En defecto de lo previsto en convenio colectivo, la concreción del modo de disfrute del permiso se fijará de mutuo acuerdo entre trabajador y empresario”.

De este apartado se derivan unas cuantas cuestiones que quedan en el aire, entre otras: ¿las veinte horas de formación al año son suficientes?,

---

<sup>408</sup> Vid. Artículo 23.2 Estatuto de los Trabajadores “2. En la negociación colectiva se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre trabajadores de uno y otro sexo”.

<sup>409</sup> Por ejemplo la formación obligatoria en prevención de riesgos laborales prevista en el artículo 19 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales.

¿acumular las horas durante cinco años sin recibir formación es recomendable siendo que constantemente están surgiendo cambios?, ¿los trabajadores sin la antigüedad de un año están siendo discriminados?, etc.

Sin perjuicio de estas y otras cuestiones, como se observa de la redacción del artículo 23 del ET se hacen varios guiños a la negociación colectiva, por lo que uno de los objetivos de este trabajo es analizar, sin ser un análisis exhaustivo, algunos convenios colectivos sectoriales para conocer si se ha pactado “la concreción del modo de disfrute” de este derecho a la FP en trabajo y si se garantiza el derecho a la igualdad y no discriminación entre sexos el ejercicio de este derecho, cuestiones que se abordan en el apartado cinco de este trabajo.

### 3. BREVE CONTEXTO NORMATIVO EUROPEO DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO SOBRE FP Y RECUALIFICACIÓN

En el ámbito del Derecho de la Unión Europea la FP está adquiriendo mayor presencia en las normas y en los objetivos de éstas, con una finalidad loable, mejorar las competencias, habilidades y capacidades de las personas trabajadoras y a su vez, mejorar la competitividad de las empresas.

La Carta Social Europea (revisada) hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996<sup>410</sup>, en su Parte I. establece “Las Partes reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecimiento de las condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios siguientes: 1. Toda persona tendrá la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido. (...).6. Todos los trabajadores y empleadores tienen derecho a la negociación colectiva. (...). 9. Toda persona tiene derecho a medios apropiados de orientación profesional, que le ayuden a elegir una profesión conforme a sus aptitudes personales y a sus intereses. 10. Toda persona tiene derecho a medios adecuados de formación profesional. (...)”.

---

<sup>410</sup> BOE de 11 de junio de 2021, núm. 139. Ratificada por España el 29 de abril de 2021.

En concreto, en la Parte II establece “Las Partes se comprometen a considerarse vinculadas, en la forma dispuesta en la Parte III, por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes. Artículo 1. Derecho al trabajo. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes se comprometen: (...) 4. A proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas”. Se protege especialmente la formación como derecho de los niños y jóvenes, de manera que el “Artículo 7. Derecho de los niños y jóvenes a protección. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a protección de los niños y jóvenes, las Partes se comprometen: (...); 3. A prohibir que los niños en edad escolar obligatoria sean empleados en trabajos que les priven del pleno beneficio de su educación; 4. a limitar la jornada laboral de los trabajadores menores de 18 años para adecuarla a las exigencias de su desarrollo y, en particular, a las necesidades de su formación profesional; (... ); 6. a disponer que las horas que los menores dediquen a su formación profesional durante la jornada normal de trabajo con el consentimiento del empleador se consideren parte de dicha jornada (...)”.

En particular, el Artículo 10 regula el derecho a la FP y establece lo siguiente “Para afianzar el ejercicio efectivo del derecho a la formación profesional, las Partes se comprometen a:

1. asegurar o favorecer, según se requiera, la formación técnica y profesional de todas las personas, incluidos los discapacitados, previa consulta con las organizaciones profesionales de empleadores y trabajadores, y a arbitrar medios que permitan el acceso a la enseñanza técnica superior y a la enseñanza universitaria, con base únicamente en el criterio de la aptitud individual;
2. asegurar o favorecer un sistema de aprendizaje y otros sistemas de formación de los jóvenes de ambos sexos en sus diversos empleos;
3. prestar o favorecer, según se requiera:
  - a. servicios apropiados y fácilmente accesibles para la formación de trabajadores adultos;

- b. servicios especiales para la reconversión profesional de trabajadores adultos requerida por el desarrollo técnico o por un cambio de tendencias en el mercado de trabajo;
4. asegurar o favorecer, según se requiera, medidas particulares de reciclaje y de reinserción de los parados de larga duración;
  5. alentar la plena utilización de los servicios previstos, y ello mediante medidas adecuadas tales como:
    - a. la reducción o la supresión del pago de cualesquiera derechos y gravámenes;
    - b. la concesión de una asistencia financiera en los casos en que proceda;
    - c. inclusión, dentro del horario normal de trabajo, del tiempo dedicado a los cursos suplementarios de formación seguidos por el trabajador, durante su empleo, a petición de su empleador;
    - d. la garantía, por medio de un control adecuado, previa consulta con las organizaciones profesionales de empleadores y trabajadores, de la eficacia del sistema de aprendizaje y de cualquier otro sistema de formación para trabajadores jóvenes y, en general, de la adecuada protección a los trabajadores jóvenes”.

Al igual que en el caso de los niños y jóvenes (artículo 17), también se refuerza este derecho para las personas discapacitadas, así el artículo 15 reconoce el Derecho a las personas discapacitadas a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad y para ello se establece lo siguiente “Para garantizar a las personas discapacitadas, con independencia de su edad y de la naturaleza y el origen de su discapacidad, el ejercicio efectivo del derecho a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad, las Partes se comprometen, en particular: 1. a tomar las medidas adecuadas para procurar a las personas discapacitadas orientación, educación y formación profesional en el marco del régimen general, siempre que sea posible, o, en caso contrario, a través de instituciones especializadas, ya sean públicas o privadas; (...)”.

En esta materia, destaca el “Artículo 20. Derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo, las Partes se comprometen a reconocer ese derecho y a adoptar las medidas apropiadas para asegurar o promover su aplicación en los siguientes ámbitos:

- a. acceso al empleo, protección contra el despido y reinserción profesional;
- b. orientación y formación profesional, reciclaje y readaptación profesional;
- c. condiciones de empleo y de trabajo, incluida la remuneración;
- d. desarrollo profesional, incluida la promoción”.

Por supuesto, además de la Carta Social Europea, en el ámbito de la UE son muchas las normas que regulan la FP<sup>411</sup>. Por resaltar tres grandes campos de acción en el ámbito de la UE serían: el Marco Europeo de Cualificaciones Profesionales, el Sistema Europeo de Créditos para la Educación y la Formación Profesional y el Marco de Referencia Europeo de Garantía de la Calidad y en Educación y Formación Profesionales.

Destaca entre los 20 principios y derechos clave esenciales para los mercados de trabajo y los sistemas de protección social sean justos y

---

<sup>411</sup> Dentro del ámbito de la UE, algunas de las normas que regulan aspectos relacionados con la formación profesional son las siguientes: Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre de 2005 (modificada por la Directiva 2006/100/CE), sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales a nivel comunitario; Decisión 1720/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de noviembre de 2006, por la que se establece un programa de acción en el ámbito del aprendizaje permanente; o la Recomendación 2006/962/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente; la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, sobre la creación del Marco Europeo de Cualificaciones para el aprendizaje permanente; la Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al CES y al Comité de las Regiones de 9 de junio de 2010; (...); La Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia de 2020 (COM 2020.274 final); La Resolución del Consejo relativa a un marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación con miras al Espacio Europeo de Educación y más allá (2021-2030) (2021/C 66/01); Recomendación del Consejo de 16 de junio de 2022 relativa a un enfoque europeo de las microcredenciales para el aprendizaje permanente y la empleabilidad (2022/C 243/02), entre otras.

funcionen correctamente que se recogen en el Pilar Europeo de Derechos Sociales<sup>412</sup>, en el marco de la igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo, el Pilar I “Educación, formación y aprendizaje permanente” declara que “Toda persona tiene derecho a una educación, formación y aprendizaje permanentes inclusivos y de calidad, a fin de mantener y adquirir capacidades que les permitan participar plenamente en la sociedad y gestionar con éxito las transiciones en el mercado laboral”<sup>413</sup>.

#### 4. LA FP CONTINUA VERSUS MEJORA DE LA PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD DE LAS EMPRESAS

##### 4.1. LA FP COMO INPUT QUE MEJORA LA RESILIENCIA Y LA EMPLEABILIDAD DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

La resiliencia según la RAE es la “capacidad de adaptación de un ser vivo frente a un agente perturbador o un estado o situación adversos” y la empleabilidad es el “conjunto de aptitudes y actitudes que permiten a una persona conseguir y conservar un empleo”. En una situación económica y social de incertidumbre, resiliencia y empleabilidad parecen inseparables cualidades que las personas trabajadoras deben tener para conservar un empleo.

La pandemia provocada por la COVID ha generado un shock económico y social. La FP debe encarar el desafío de recalificar a los trabajadores que perdieron aquellos empleos que no volverán, pero también facilitar la transición para los que lleguen impulsados por las medidas de reconversión productiva e impulso a la recuperación<sup>414</sup>.

---

<sup>412</sup> Resolución del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en 2017, Cumbre de Gotemburgo.

<sup>413</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: “Las Políticas de Formación Profesional: su centralidad para el derecho al trabajo decente y la inclusión social”, *Temas Laborales*, núm. 160, 2021, pg. 106.

<sup>414</sup> OIT. Panorama Laboral en tiempos de COVID-19: Formación profesional en la respuesta a la crisis y en las estrategias de recuperación y transformación productiva post COVID-19. Septiembre 2020.

Para contextualizar la formación permanente y continua, el Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE) ofrece datos sobre la “participación en educación-formación. España y UE-28 (de 25 a 64 años)<sup>415</sup>” en los que se observa una evolución positiva en el porcentaje de personas comprendidas en esa edad que llevan a cabo formación permanente<sup>416</sup>, tanto en hombres como en mujeres. En la siguiente tabla se puede observar la evolución de los datos en un periodo de 11 años.

**TABLA 1.** Participación en educación formación permanente y continua (población de 25 a 64 años)

<b>España</b>	2021	2020	2019	2018	2017	2016	2015	2014	2013	2012	2011
<b>Hombres</b>	12,7	9,9	9,5	9,5	9,2	8,6	9,2	9,4	10,5	10,2	10,3
<b>Mujeres</b>	16	12	11,7	11,5	10,6	10,2	10,7	10,8	12,2	12,1	12,1
<b>UE-28</b>											
<b>Hombres</b>			10,2	10,1	10	9,8	9,7	9,9	9,7	8,5	8,3
<b>Mujeres</b>			12,4	12,2	11,9	11,7	11,7	11,8	11,6	9,9	9,8
UE27_2020											
<b>Hombres</b>	10,1	8,3	9,8	9,7	9,6	9,4	9,2	9,3	9	7,6	7,5
<b>Mujeres</b>	11,6	10	11,9	11,6	11,3	11,1	10,9	10,9	10,7	8,8	8,6

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del INE

Tal y como consta en el INE<sup>417</sup>, en España en el año 2021 un 12,7% de hombres y un 16,0% de mujeres con edades comprendidas entre 25 y 64 años han participado en alguna actividad de educación o formación permanente. En la UE-27 estos porcentajes son más bajos (10,1% y 11,6%, respectivamente).

<sup>415</sup> <https://bit.ly/3XSJzqt> (consultado en 8 de enero de 2022)

<sup>416</sup> Según INE “por formación permanente se entiende todo tipo de formación realizada a lo largo de la vida: formación general, profesional, personal, tanto en sistemas formales de educación como a través de otras actividades no formales. Se refiere tanto a las enseñanzas regladas como a los cursos de enseñanzas no regladas”.

Además se define como el cociente entre la población de 25 a 64 años que ha recibido cualquier tipo de educación o formación en las cuatro semanas anteriores a la semana de referencia de la encuesta y la población total del mismo grupo de edad, excluyendo las personas que no contestan a la pregunta de participación en educación y formación. Se calcula en base a medias anuales de datos trimestrales de la Encuesta de Población Activa.

<sup>417</sup> <https://bit.ly/3wqSmnZ>

Existen importantes diferencias entre los países de la Unión Europea en el año 2021 respecto al valor de este indicador. Los países que en el año 2021 destacaron por una mayor participación de los adultos en actividades de formación permanente fueron: Suecia (41,4% de mujeres y 28,3% de hombres), Finlandia (35,8% de mujeres y 25,5% de hombres) y Países Bajos (27,5% de mujeres y 25,7% de hombres). Los países con menor participación fueron: Bulgaria (1,9% de mujeres y 1,7% de hombres) y Grecia (3,4% de mujeres y 3,5% de hombres).

La Unión Europea define la formación permanente como toda actividad de aprendizaje realizada a lo largo de la vida con el objetivo de mejorar los conocimientos, las competencias y las aptitudes con una perspectiva personal, civil, social o relacionada con el empleo. La intención de aprender es crucial para distinguir la formación permanente de otras actividades no dirigidas a la formación, como actividades culturales.

Dentro del nuevo marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación (2021-2030), hacer del aprendizaje permanente una realidad para todos es una prioridad estratégica. Avanzar en la oferta de un aprendizaje permanente de calidad para todos, en particular garantizando la permeabilidad y la flexibilidad entre los diferentes itinerarios de aprendizaje en diversas formas y niveles de educación y formación, así como la validación del aprendizaje no formal e informar sigue siendo necesario<sup>418</sup>.

En un contexto internacional, si se presta atención a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante, ODS) de la Agenda 2030, en concreto el Objetivo 4 y dentro de éste a la meta 4.3 “De aquí a 2030, asegurar el acceso igualitario de todos los hombres y las mujeres a una formación técnica, profesional y superior de calidad, incluida la enseñanza universitaria”.

A mayor profundidad, se define el indicador global 4.3.1: Tasa de participación de los jóvenes y adultos en la enseñanza académica y no académica y en la capacitación en los 12 meses anteriores”. Este indicador

---

<sup>418</sup> Informe sobre el sistema estatal de indicadores de la educación. Ministerio de Educación y Formación Profesional. 2022, pg. 39. (Disponible en: <https://bit.ly/3J7Su3o>)

trata de alinearse con los objetivos citados al respecto en los dos marcos internacionales.

Además, a la meta anterior, se suma la meta 4.4 que contempla que “de aquí a 2030, aumentar considerablemente el número de jóvenes y adultos que tienen las competencias necesarias, en particular técnicas y profesionales, para acceder al empleo, el trabajo decente y el emprendimiento”.

A este respecto, según consta en el Informe “Sistema estatal de indicadores de la educación 2022”, elaborado por el Ministerio de Educación y Formación Profesional de España<sup>419</sup>:

- En 2021, en España el 14,4 % de la población de 25 a 64 años participó en alguna actividad de formación en las cuatro semanas previas, siendo la participación de las mujeres superior a la de los hombres en 3,3 puntos (16,0 % y 12,7 %) respectivamente.
- Si se tiene en cuenta el nivel educativo alcanzado por las personas que participan en la formación, se aprecia que la participación se incrementa según aumenta su nivel educativo; así, la participación de los titulados en E. Superior es del 23,2 % y se reduce al 5,2 % para la población con nivel de primera etapa de E. Secundaria e inferior. Asimismo, la participación se va reduciendo conforme aumenta la edad, siendo del 24,6 % de la población de 25 a 34 años y del 7,0 % para la población de 55 a 64 años. En general las mujeres participan más en actividades de formación que los hombres, especialmente las mujeres con E. Superior (3,9 puntos porcentuales).
- La población de 25 a 64 años que ha seguido algún tipo de formación presenta un crecimiento muy significativo en 2021, alcanzando el 14,4 %, lo que supone una subida de 3,4 puntos

---

<sup>419</sup> Informe sobre el sistema estatal de indicadores de la educación. Ministerio de Educación y Formación Profesional. 2022, pg. 39.

porcentuales, respecto al año 2020, que supera ampliamente las variaciones producidas en años anteriores.

- En 2021, en la Unión Europea, el 10,8 % de la población entre 25 y 64 años ha participado en actividades de formación, no alcanzándose el porcentaje del 15 % propuesto como objetivo para 2020.

#### 4.2. LA FORMACIÓN EN COMPETENCIAS DIGITALES Y LA FP COMO INVERSIÓN QUE MEJORA LA PRODUCTIVIDAD DE LAS EMPRESAS

La formación en competencias digitales resulta un elemento clave para las personas y un elemento estratégico y diferenciador para las empresas que cuentan con una plantilla de personas formadas en esta materia.

Volviendo al Informe mencionado anteriormente, al observar las competencias en tecnología de la información y las comunicaciones uno de los elementos que se analizan es “el porcentaje de población con al menos habilidades digitales básicas y porcentaje de población que en los últimos 12 meses ha utilizado alguna habilidad informática; y porcentaje de población de 10 a 15 años usuaria de Internet en los últimos 3 meses”. Así, en dicho Informe consta que el Plan de Acción de Educación Digital (2021-2027) describe la visión de la Comisión Europea para una educación digital de alta calidad, inclusiva y accesible en Europa, incluyendo como una de sus dos prioridades estratégicas, perfeccionar competencias y capacidades digitales para la transformación digital<sup>420</sup>.

En línea con estas prioridades, el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, y asociado al objetivo de la participación de los adultos en actividades de formación, incluye el sub-objetivo de que, “para 2030, al menos el 80 % de las personas de entre 16 y 74 años debería contar con capacidades digitales básicas, una condición previa para la

---

<sup>420</sup> Ver. Fuente INE. Brecha digital de género. <https://bit.ly/3J8JzPb>

Ver. Fuente. European Institute for Gender Equality  
<https://bit.ly/3DeqAyZ>

inclusión y la participación en el mercado laboral y la sociedad en una Europa que se ha transformado digitalmente”.

También, dentro del objetivo ODS 4 de Naciones Unidas se incluye la meta 4.4<sup>421</sup> que promueve que, de aquí a 2030, aumente considerablemente el número de jóvenes y adultos que tienen las competencias necesarias, en particular técnicas y profesionales, para acceder al empleo, el trabajo decente y el emprendimiento<sup>422</sup>.

En concreto, de los datos ofrecidos se desprende que “en el año 2021, el 64,2% de la población de 16 a 74 años tiene, al menos, competencias digitales básicas. Este porcentaje es algo mayor para los hombres, 65,7 %, que para las mujeres, 62,6 %. Atendiendo al tamaño del municipio, el porcentaje de población con competencias digitales se va incrementando con el tamaño de municipio, pasando del 57,5 % en municipios menores de 10.000 habitantes al 69,3 % en los mayores de 100.000, incluidas las capitales de provincia. Este porcentaje es también más alto para la población española, 64,5 %, que para la extranjera, 61,7%. Pero las mayores diferencias se observan cuando se tiene en cuenta el grupo de edad, variando entre el 26,8 % para la población de 65 a 74 años, al 84,8 % para la población de 16 a 24 años, así como de acuerdo al nivel de formación alcanzado, siendo del 31,7 % para la población con nivel de Educación Secundaria de primera etapa o inferior y del 84,5 % para la población con Educación Superior”.

Por lo tanto, hay varios elementos que condicionan el resultado como son el sexo, el tamaño del municipio, la nacionalidad de la población, la

---

<sup>421</sup> Según Informe sobre el sistema estatal de indicadores de la educación. Ministerio de Educación y Formación Profesional. 2022, pg. 57 “Dentro del objetivo ODS 4, en la meta 4.4, para su seguimiento se viene utilizando el indicador de porcentaje de adultos, de 16 a 74 años, que en los últimos 12 meses han utilizado alguna habilidad informática, recogiendo como tales, descargar y configurar software; transferir ficheros; crear presentaciones que integren texto, imágenes o tablas; programación; usar funciones básicas de una hoja de cálculo, etc. También se calcula por separado para la población más joven, de 16 a 24 años. En España este indicador ha crecido en la última década, pasando del 67,8 % en 2011 al 76,2 % en 2021. Dado que la población más joven parte de valores ya en 2011 muy altos, 95,7 %, prácticamente ha estado estable, situándose en el 96,0 % en 2021, por lo que la subida más significativa se concentra en las edades superiores”.

<sup>422</sup> Op. cit., pg. 57.

edad y el nivel de formación alcanzado, con una gran oscilación de los datos. Existen diferencias significativas teniendo en cuenta la edad (96% de la población más joven), junto con 90% de la población de 25 a 34 años y un 85.97% para el grupo de edad de 35 a 44 años y un 63.4% para la población de 55 a 64 años y muy inferior una 39.1% para la población entre 65 y 74 años. Si se tiene en cuenta el sexo, en 2021 el caso de los hombres era un 78% de edad 16 a 74 años que en los últimos 12 meses ha utilizado alguna habilidad informática, mientras que en el caso de las mujeres es un 74,4%.

En esta línea también dentro del ODS 8. Trabajo Decente y Crecimiento Económico, la meta 8.2 se propone “8.2 Lograr niveles más elevados de productividad económica mediante la diversificación, la modernización tecnológica y la innovación, entre otras cosas centrándose en los sectores con gran valor añadido y un uso intensivo de la mano de obra”.

En España, la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (en adelante, FUNDAE) es la entidad colaboradora y de apoyo técnico del Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante, SEPE), en materia de formación profesional para el empleo. También tiene funciones de apoyo al Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social en el desarrollo estratégico de este sistema de formación<sup>423</sup>.

Según consta en el Informe elaborado por la FUNDAE “Evaluación de las iniciativas de formación programada por las empresas y permisos individuales de formación, ejercicios 2017-2018<sup>424</sup>” en el que se ha

---

<sup>423</sup> FUNDAE pertenece al sector público estatal, aunque su naturaleza es privada, y está adscrita al protectorado del Ministerio de Cultura y Deporte. Está compuesta por la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal (CEOE, CEPYME, UGT, CCOO y CIG). Disponible en: <https://www.fundae.es/>

Sus funciones están recogidas en el artículo 36 del Real Decreto 694/2017, que desarrolla la Ley 30/2015 por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral. Además de colaborar y asistir técnicamente al SEPE en la planificación, programación, gestión, evaluación y seguimiento y control de las iniciativas de formación y de apoyar al Ministerio de Trabajo. FUNDAE también promueve la investigación y el desarrollo de la formación para el empleo, difunde entre los empresarios y trabajadores las iniciativas del sistema y colabora en programas internacionales.

<sup>424</sup> Evaluación de las iniciativas de formación programada por las empresas y permisos individuales de formación, ejercicios 2017-2018, FUNDAE, 2021. Disponible en:

valorado la contribución de la formación a la mejora de la competitividad empresarial “Cuando se pregunta a las empresas por la contribución de la formación a la competitividad, en términos generales otorgan una valoración media de 6,6 (que aumenta a un 7,8 en las empresas de mayor tamaño).

Si la valoración se refiere a aspectos concretos de dicha competitividad, la mayor contribución de la formación se dirige a facilitar la adaptación a determinadas normativas (prevención de riesgos laborales, protección de datos, carnés requeridos, etc.), con una valoración media de un 8,2 sobre 10.

La valoración sobre la relación entre formación y mejora de la productividad de los equipos de trabajo es también muy positiva, alcanzando el 7,6 cuando se valora en términos generales. Cuando esta valoración se ciñe a aspectos concretos, como la mejora del clima laboral o la reducción de la brecha digital, la puntuación baja casi 1 punto, hasta el 6,9 y 6,7 respectivamente.

En el caso de la contribución de la formación a la mejora de procesos o a la innovación, la valoración se mantiene en la media global de 6,6. En concreto, el vínculo formación-innovación obtiene una puntuación más elevada en las empresas en las que la impartición es propia (7,7) y en las que se han realizado más de 10 acciones formativas (7,5). Las ganancias de competitividad a través de la internacionalización de la actividad de la empresa es la vía en la que las empresas consideran que este tipo de formación programada tiene efectos más modestos (3,82).

En estas apreciaciones, se observa la influencia del tamaño de la empresa. Por ejemplo, la incidencia de la formación en los resultados económicos está mejor valorada cuanto mayor es el tamaño de las empresas; se valora con un 7,4 de media en las grandes, mientras que solo se hace con un 5,5 en las microempresas; y en el caso del acceso a nuevos

---

<https://bit.ly/3WD8Ung> (consultado 8 de enero de 2023).

A mayor profundidad, este Informe en otros apartados evalúa si la formación realizada dentro de la iniciativa sirve para que las empresas puedan proporcionar a los empleados las competencias, prácticas y conocimientos necesarios para poder responder satisfactoriamente a las necesidades de las empresas en su adaptación a los requerimientos del mercado de trabajo.

mercados, ocurre lo contrario, disminuye la valoración según crece el tamaño de las empresas (las grandes dan una puntuación del 4,6).”.

Por otro lado, según el mencionado Informe, en cuanto a los efectos de la formación sobre los trabajadores, éstos valoran muy positivamente la contribución a su desarrollo personal y profesional.

## 5. REGULACIÓN CONVENCIONAL DE LA FP EN ESPAÑA DURANTE EL AÑO 2022

En el conjunto de normas que regulan el derecho a la Formación Profesional son varias las menciones que se hacen a la negociación colectiva para concretar la materialización de este derecho. En algunos casos, con menciones especiales a determinados tipos de contrato de trabajo (a tiempo parcial, del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores<sup>425</sup>) o del Contrato fijo-discontinuo (del artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores<sup>426</sup>) que, por sus peculiaridades, requieren de una atención especial por parte de la negociación colectiva.

Por motivos de espacio y también de tiempo, se ha delimitado el objeto de estudio a los convenios colectivos de ámbito estatal, de carácter sectorial y aprobados desde el 1 de enero de 2022 hasta el 31 de diciembre de 2022, en concreto la muestra está compuesta por 32 convenios colectivos. Para llevar a cabo esta tarea de investigación no se ha utilizado ninguna técnica cuantitativa sino que se han observado los contenidos

---

<sup>425</sup> Artículo 12 Estatuto de los Trabajadores establece para los contratos a tiempo parcial “f) Los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de los trabajadores a tiempo parcial a la formación profesional continua, a fin de favorecer su progresión y movilidad profesionales”.

<sup>426</sup> En el Estatuto de los Trabajadores se añade una mención especial a la formación continua de los trabajadores con contrato fijo-discontinuo, pues en el apartado 5 del artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores se establece lo siguiente “los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán establecer una bolsa sectorial de empleo en la que se podrán integrar las personas fijas-discontinuas durante los periodos de inactividad, con el objetivo de favorecer su contratación y su formación continua durante estos, todo ello sin perjuicio de las obligaciones en materia de contratación y llamamiento efectivo de cada una de las empresas en los términos previstos en este artículo. (...)”, además se añade en el apartado 8 que “las personas trabajadoras fijas-discontinuas tendrán la consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral durante los periodos de inactividad”.

de dichos convenios prestando atención, fundamentalmente a dos cuestiones: la primera ha consistido en observar cómo se ha negociado la concreción de ese tiempo de trabajo dedicado a la formación continua<sup>427</sup> que se puede denominar “crédito de horas de formación”, y la segunda cuestión, más subjetiva, pues se ha prestado atención a otras cláusulas que, por su alcance, se han considerado relevantes para la investigación.

Para organizar toda esta información se ha realizado una tabla, disponible en el ANEXO I de este documento en la que se han ordenado por orden de fecha de Resolución, los 32 convenios colectivos sectoriales nacionales cuya Resolución ha sido publicada en el año 2022. Salvo error, estos convenios colectivos son todos los que han sido publicados en el Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) durante el año 2022. Sin perjuicio de poder observar de forma más pormenorizada la información en dicho Anexo, con carácter general se pueden hacer las siguientes observaciones:

En cuanto al tiempo “crédito de horas de formación”:

- En la mayoría de los convenios colectivos se establece la obligatoriedad de asistir a la formación profesional que se imparte durante la jornada de trabajo y el resto se deja de manera opcional.
- Excepcionalmente se amplía o se concretan cómo serán las horas dedicadas a la formación. El convenio colectivo que amplía esta información y establece una regulación concreta es el de “Centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado ni subvencionado”.

En cuanto al contenido de la formación:

- En bastantes convenios colectivos se contempla la formación en materia de igualdad y no discriminación, también se recoge la formación como una de las medidas específicas para

---

<sup>427</sup> Recordemos que el artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores contempla un crédito horario de 20 horas anuales, acumulables por un periodo de 5 años.

prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo y protocolo de actuación.

- En bastantes convenios colectivos se contempla como medida para alcanzar la igualdad, dar preferencia en la formación a aquellas personas que sean del sexo opuesto a las que normalmente ocupan los puestos que se desean alcanzar con dicha formación.
- En pocos convenios colectivos se incluye la formación y sensibilización de las personas trabajadoras sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática.

La formación como materia abordada en el convenio colectivo:

- En la mayoría de los convenios colectivos se reconoce la importancia de la formación profesional como elemento clave para mejorar la productividad de las empresas y las posibilidades de promoción y mejora de la empleabilidad de las personas trabajadoras.
- En la mayoría de los convenios colectivos se adhieren y se comprometen a cumplir las medidas establecidas por el Acuerdo Nacional de Formación Continua.
- La mayoría de los convenios colectivos se comprometen con la formación y la colaboración para la obtención y/o actualización de los certificados de profesionalidad relacionados con su sector de actividad.
- En pocos convenios colectivos se hace especial hincapié en la formación las personas trabajadoras con contratos temporales y/o con contratos a tiempo parcial o colectivos desfavorecidos o con especiales dificultades en el acceso al empleo.
- Incentivos para promover y motivar a las personas trabajadores por mejorar su formación como materia abordada en el convenio colectivo:

- Además de las posibilidades legales de adaptación de jornada, preferencia para la elección de turnos de trabajo o posibilidades de reducción de jornada, excepcionalmente algún convenio colectivo contempla algún plus salarial por la formación o algún tipo de incentivo por llevar a cabo formación complementaria adecuada al puesto de trabajo.

Órganos de gestión de la formación en el convenio colectivo:

- La mayoría de los convenios colectivos recogen la constitución y/o la encomienda de tareas relacionadas con la Formación a la Comisión Paritaria para la Formación. Otros le encomiendan estas tareas a la Comisión Paritaria de Igualdad y en algunos casos, contemplan que se ocupe la Comisión de Interpretación del Convenio Colectivo.

## 6. CONCLUSIONES

La OIT pone de relieve en su Informe *Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo (OIT, 2019)* que “los avances tecnológicos, la inteligencia artificial, la automatización y la robótica, crearán nuevos puestos de trabajo, pero quienes van a perder sus trabajos en esta transición podrían ser los menos preparados para aprovechar las nuevas oportunidades. Las competencias de hoy no se ajustarán a los trabajos de mañana y las nuevas competencias adquiridas pueden quedar desfasadas rápidamente. La ecologización de nuestras economías creará millones de puestos de trabajo a medida que adoptemos prácticas sostenibles y tecnologías limpias; en cambio, otros puestos de trabajo desaparecerán cuando los países vayan reduciendo progresivamente sus industrias basadas en el carbón y en el uso intensivo de los recursos”.

En esta misma línea, la UE pone de manifiesto que uno de los principales retos que afrontan las empresas y los empleadores europeos es la oferta insuficiente de las capacidades pertinentes en el mercado del trabajo de la UE. Al mismo tiempo, los trabajadores se están enfrentando a cambios sin precedentes en la organización del trabajo. Además, los perfiles

de las tareas y las capacidades requeridas están cambiando de forma radical debido a las transiciones digital y ecológica<sup>428</sup>.

Pues bien, lo que en 2019 advirtió la OIT, en 2022-2023 es una realidad cada vez más visible y que pone de relieve la necesaria coordinación y acción comprometida de todas las partes, administraciones, instituciones, agentes sociales y personas trabajadoras. Como se indica en la Decisión UE 2021/1868 del Consejo, de 15 de octubre de 2021, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros “los Estados Miembros y la Unión han de esforzarse por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y capaz de adaptarse, así como mercados de trabajo orientados al futuro y con capacidad de respuesta al cambio económico”. “El perfeccionamiento y el reciclaje continuos son esenciales para que los trabajadores respondan a las necesidades del empleo actual o para la transición a nuevos empleos y sectores en expansión, como los sectores ecológico y digital<sup>429</sup>”.

Tal y como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, son mayores las ventajas para las empresas y para las personas trabajadoras que se implican y apuestan de forma activa por la formación profesional, por el aprendizaje permanente, la recualificación de las plantillas en definitiva por adaptarse a las necesidades cambiantes de ambas partes, que los inconvenientes a veces puestos sobre la mesa como: el exceso de burocracia, la falta de tiempo o la falsa creencia de estar al día en formación. Es indudable el balance positivo hacia la apuesta por formación profesional, por las necesidades del contexto de cambios, por el apoyo normativo y por las ventajas económicas y sociales que ello supone para conseguir un avance, entre otros, de alcanzar los ODS (4. Educación de Calidad y 8. Trabajo Decente y Crecimiento Económico).

Los convenios colectivos tienen en su haber un papel relevante para dar impulso al compromiso por la formación concretando la forma de

---

<sup>428</sup> Considerando 2 de la Recomendación del Consejo de 16 de junio de 2022, relativa a un enfoque europeo de las microcredenciales para el aprendizaje permanente y la empleabilidad (2022/C 243/02). DOUE de 27 de junio de 2022.

<sup>429</sup> Op.Cit.

materializarse este derecho, en el caso de España, amparado en el artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores. A la vista de los convenios colectivos revisados recientes, pues han sido aprobados en 2022, se puede afirmar que la voluntad de apostar por la formación profesional está plasmada en la mayoría de los convenios colectivos pero, en mi opinión, en los convenios colectivos *ad futuro* se debe apostar por mejorar el compromiso en la materialización del derecho a la formación profesional, entre otros: concretando horas, forma del disfrute de las horas de formación, criterios al otorgar las plazas en el caso de ser limitadas, contenido de la formación, compromiso por favorecer los colectivos más necesitados de esa formación, respeto de todos los derechos incluido el derecho a la igualdad, reconocimiento de esa formación, distinción entre formación obligatoria y formación voluntaria, órgano de gestión y control del derecho a la formación y cualquier otro que en el ámbito del contexto se considere necesario.

## 7. REFERENCIAS

- Carrizosa, E. (2021). Competencias habilidades de la Industria 4.0 y formación profesional para el empleo, Congreso Interuniversitario OIT sobre el futuro del trabajo.
- Esteban, A. (2022). ERTE del Siglo XXI. Mecanismos permanentes de flexibilidad interna centrados en la formación, recualificación y transición profesional. Tirant lo Blanch
- Monereo, J.L. y Moreno, M.N. (2021). Las Políticas de Formación Profesional: su centralidad para el derecho al trabajo decente y la inclusión social”, Temas Laborales, núm. 160
- Requena, O. (2019). Formación profesional continua y prestación de trabajo: el artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores como mecanismo de conciliación, 2019. Tesis Doctoral disponible en: <https://bit.ly/3XzeW9L>

## .8 OTROS DOCUMENTOS:

- OIT. Panorama Laboral en tiempos de COVID-19: Formación profesional en la respuesta a la crisis y en las estrategias de recuperación y transformación productiva post COVID-19. F. Vargas. Septiembre 2020. (Disponible en: <https://bit.ly/3Wvxwil> y consultado el 10 de diciembre de 2022)

Informe sobre Evaluación de las iniciativas de formación programada por las empresas y permisos individuales de formación, ejercicios 2017-2018, FUNDAE, 2021. (Disponible en: <https://bit.ly/3WQIWyD> y consultado el 8 de enero de 2023).

Informe sobre el Sistema Estatal de Indicadores de la Educación. Ministerio de Educación y Formación Profesional. 2022 (Disponible en: <https://bit.ly/3R1rVIL> y consultado el 7 de enero de 2023).

**ANEXO I.** *Contenido en materia de formación incluido en Convenios Colectivos sectoriales, de ámbito nacional, cuya resolución ha sido publicada durante el año 2022, presentados por orden descendente según la fecha de la Resolución:*

Sector/ Fecha de la Resolución	Art./s que regula el derecho a la formación y art. con referencia al tiempo dedicado a la formación	Algún rasgo/característica reseñable de su regulación
ESTABLECIMIENTOS FINANCIEROS DE CRÉDITO Resolución de 15 de diciembre 2022.	Art 35.	Art. 35 Derechos digitales "4. Derecho a la educación digital. Las Empresas facilitarán la formación de su personal en las competencias y habilidades digitales necesarias para afrontar la transformación digital y facilitar así su reconversión digital y la adaptación a las nuevas tareas que así lo requieran, así como para evitar y erradicar las brechas digitales y garantizar su empleabilidad. Por su parte, las personas trabajadoras deberán participar en este tipo de acciones formativas para su desarrollo y actualización permanente"
OFICINAS DE FARMACIA Resolución de 15 de diciembre 2022	Capítulo VIII, artículos 40 a 43	Art. 40.3. "La formación se impartirá, según los casos, tanto dentro como fuera de la jornada laboral o bien de una forma mixta. En este último caso, el tiempo destinado a formación se distribuirá de manera que la mitad se lleve a cabo dentro de la jornada laboral y la otra mitad fuera de la misma. La asistencia del personal será obligatoria cuando la formación se imparta dentro del horario de trabajo. (...)" Comisión Paritaria de Formación y Promoción Profesional. Art. 41. Estudios, cursos de FP y Certificados de Profesionalidad. Remite al art. 23 ET
MARCAS DE RESTAURACIÓN MODERNA. Resolución de 27 de noviembre 2022.	Ninguna	
SECTOR DE INDUSTRIAS DE AGUAS DE BEBIDA ENVASADAS. Resolución de 27 de junio 2022	Art. 18. Idem. ET	

<p>INDUSTRIAS DE TURRONES Y MAZAPANES Resolución de 13 de diciembre 2022</p>	<p>Capítulo VIII. Formación Art. 40 a 43.</p>	<p>Art. 40 Planes de formación 3. La formación se impartirá, según los casos, tanto dentro como fuera de la jornada laboral o bien de una forma mixta. En este último caso, el tiempo destinado a formación se distribuirá de manera que la mitad se lleve a cabo dentro de la jornada laboral y la otra mitad fuera de la misma. La asistencia del personal será obligatoria cuando la formación se imparta dentro del horario de trabajo. Artículo 41. Estudios, cursos de formación profesional y certificados de profesionalidad 1. Los estudios y cursos de formación profesional se regularán por lo establecido en el art. 23 ET, salvo en lo dispuesto en los párrafos siguientes. 2. Tendrán preferencia para la asistencia a los cursos que se impartan aquellas personas trabajadoras que hayan participado en menos ocasiones, así como quienes estén desempeñando un puesto de trabajo relacionado con la materia objeto del curso de que se trate. En caso de ser varios los interesados, las discrepancias se resolverán de mutuo acuerdo con el titular de la Farmacia, pudiéndose acudir en consulta a la Comisión Paritaria de Formación y Promoción Profesional.</p>
<p>VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA periodo 2023-2026 Resolución de 30 de noviembre 2022</p>	<p>Art. 21. Formación Idem art. 23 ET "art. 56 e) Por el tiempo establecido para disfrutar de los derechos educativos generales y de la formación profesional, en los supuestos y en la forma regulados por el ET"</p>	<p>Si la actividad formativa es fuera de la jornada laboral se abonarán las horas a precio de horas extras. También se abonará el desplazamiento. Se faculta a la Comisión Mixta o Paritaria sobre Formación Profesional Continua del Sector de Seguridad Privada, para desarrollar cuantas iniciativas sean necesarias y conducentes a la aplicación, de la normativa legal vigente en el ámbito temporal del Convenio. Se entiende por afán de superación profesional la actuación de aquellos trabajadores que en lugar de cumplir su misión de modo formulario, dediquen su esfuerzo a mejorar su formación técnica y práctica para ser más útiles a su trabajo. Los anteriores motivos dignos de premio, quedarán recompensados, correlativamente, con los siguientes premios: a) Premios en metálico por el importe mínimo de una mensualidad. b) Aumento de las vacaciones retribuidas. c) Felicitaciones por escrito, que se harán públicas.</p>
<p>RESTAURACIÓN COLECTIVA. Resolución de 10 de noviembre 2022.</p>	<p>Capítulo VIII. Formación continua Artículos 49 a 53</p>	<p>Art. 50. Tiempo de formación Las trabajadoras y trabajadores vendrán obligados a desarrollar todas las acciones de formación profesional continua (...)y se realicen durante su jornada de trabajo. El tiempo mínimo de formación retribuida para cada trabajador/a será de veinte horas dentro del cómputo anual de la jornada establecida en el presente convenio. Estas horas podrán ser acumuladas durante un periodo de hasta dos años en aquellos casos en los que, por necesidades organizativas o funcionales, no fueran utilizadas anualmente. Art. 52.. Comisión paritaria sectorial colectividades Se constituirá una Comisión paritaria sectorial de Restauración Colectiva. En las tablas salariales este convenio colectivo contempla un plus de formación que oscila entre los 20 euros y los más de 150 euros, según el convenio provincial de aplicación. Además se contempla una previsión específica para la obtención de carnet de manipulador/a de alimentos.</p>

<p>ACCIÓN E INTERVENCIÓN SOCIAL (ASISTENCIA SOCIAL). Periodo 2022-2024. Resolución de 18 de octubre 2022.</p>	<p>Art. 43</p>	<p>En cuanto al tiempo remite al art. 23 ET., añade “La formación, cuando se determine como obligatoria, se impartirá preferentemente en horario laboral. En caso de que no pudiese ser en horario laboral, se entenderá que el tiempo destinado a formación, computa como trabajo efectivamente realizado”.</p> <p>La formación es un factor básico para incrementar la motivación y la integración de los trabajadores/as, crear un mecanismo válido para articular la promoción y como proceso de mejora en la calidad de los servicios. Consecuentemente, la formación habrá de pasar a un primer plano en la preocupación de la empresa, por lo que esta se compromete a vincular la formación a los distintos procesos de carrera del personal y a la promoción</p>
<p>EMPRESAS ORGANIZADORAS DEL JUEGO DEL BINGO. Resolución de 29 de septiembre 2022.</p>	<p>Art. 26 a 28</p>	<p>Esta formación mejora también la adaptabilidad del personal a los cambios, que se producen en el sector, motivados tanto por procesos de innovación tecnológica como por nuevas formas de organización de trabajo, contribuyendo con la formación profesional continua a propiciar el desarrollo y la innovación de la actividad.</p> <p>Dentro de la política formativa “d) Entendimiento recíproco de la doble dimensión de la formación profesional como derecho y como deber”.</p>
<p>SECTOR DE SERVICIOS DE ASISTENCIA EN TIERRA EN AEROPUERTOS. Resolución de 19 de septiembre 2022.</p>	<p>Art 51 y art. 54 a 56</p>	<p>Artículo 56. Formación continua Las organizaciones firmantes del presente convenio consideran la Formación Continua como un elemento estratégico que permite compatibilizar la mayor competitividad de las empresas con la formación individual y el desarrollo profesional.</p>
<p>COMERCIO DE DISTRIBUIDORES DE ESPECIALIDADES Y PRODUCTOS FARMACÉUTICOS. Resolución de 12 de septiembre 2022.</p>	<p>Art. 11 y 42</p>	<p>Art. 42 “Las personas trabajadoras con al menos un año de antigüedad en la empresa tendrán derecho a un permiso retribuido de veinte horas anuales de formación profesional para el empleo, vinculado a la actividad de la distribución mayorista de especialidades y productos farmacéuticos, acumulables por un periodo de hasta cinco años”.</p> <p>Dentro del derecho a la desconexión digital (art. 24.3) contempla “Definir las acciones de formación y sensibilización de las personas trabajadoras sobre un uso razonable del uso de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática.</p>
<p>BOLSAS Y MERCADOS ESPAÑOLES Resolución de 12 de septiembre 2022</p>	<p>42 Plan de Formación Profesional Continua</p>	<p>42 Plan de Formación Profesional Continua El departamento de Recursos Humanos de BME promoverá e impulsará los adecuados cursos de formación y reciclaje para lograr la adaptación de la plantilla a las necesidades de los distintos puestos de trabajo.</p> <p>Con este fin, cada una de las compañías afectadas por el presente Convenio constituirá un fondo con una cantidad de 100 euros anuales, como mínimo, por cada persona trabajadora fija, que se destinarán bien a cursos de formación del personal o bien a la subvención de estudios académicos reglados, dirigidos a mejorar sus conocimientos profesionales y a la puesta al día respecto de las nuevas técnicas que mejoren el desempeño de sus funciones.</p> <p>Si los mencionados cursos hubieran de realizarse fuera de la jornada habitual de trabajo, dichas horas no se computarán en ningún caso como horas de trabajo efectivo, salvo la formación de carácter obligatorio cuya impartición esté restringida a un horario no flexible.</p> <p>La continuidad de los cursos se subordinará al adecuado seguimiento y aprovechamiento del curso por parte la persona trabajadora.</p> <p>Se establece la creación de un Grupo de Trabajo para el seguimiento de un Plan de Formación Profesional Continua, formado por la parte Empresarial y la parte Social.</p>

TAURINO Resolución de 2 de septiembre 2022.	Ninguna	
SECTOR DE CONSERVAS, SEMICONSERVAS Y SALAZONES DE PESCADO Y MARISCO para los años 2021-2024. Resolución de 28 de julio 2022.	Disposición adicional quinta	
RECUPERACIÓN Y RECICLADO DE RESIDUOS Y MATERIAS PRIMAS SECUNDARIAS Resolución de 12 de julio 2022	Art. 18.1. k) Remite al ET	
INDUSTRIA FOTOGRÁFICA Resolución de 23 de julio 2022.	Art. 19.1 Formación continua y Art.19.2 Formación profesional para el empleo Igual que ET Artículo 10.1. Licencias	Las personas trabajadoras, avisándolo con la posible antelación y justificándolo adecuadamente, podrá faltar o ausentarse de trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo mínimo que a continuación se expone: e) Por el tiempo establecido para disfrutar de los derechos educativos generales y de la formación profesional, en los supuestos y en la forma regulados por la Legislación vigente. Dentro del plan de igualdad recogido en el convenio colectivo, se establece: *f) Información específica al género subrepresentado de los cursos de formación para puestos que tradicionalmente hayan estado ocupados por el otro género*.
JARDINERÍA Periodo 2021-2024 Resolución de 27 de junio 2022.		Artículo 48°. Formación continua Ambas partes se comprometen a constituir la Comisión Mixta Paritaria de Formación Continua que desarrolle el Acuerdo Nacional sobre Formación Profesional Continua en el Sector de Jardinería.
ELABORADORES DE PRODUCTOS COCINADOS PARA SU VENTA A DOMICILIO Resolución de 19 de julio 2022	Art. 25, apartado 3.1. Remite al ET Art. 43	Art. 43.8. Permisos retribuidos. Para la formación de empleados y empleadas adscritos al grupo profesional I, niveles salariales I y II del Área de Tienda –antiguas categorías de encargados y subencargados–, las empresas dedicarán cinco horas mensuales retribuidas dentro de la jornada laboral durante los primeros diez meses del contrato o del ascenso a tales posiciones, las cuales podrán ser acumuladas por la empresa en los períodos que estime convenientes en atención a necesidades organizativas o productivas de la misma. Disfrutarán del mismo permiso las personas trabajadoras adscritas al grupo profesional II, nivel salarial II del Área de Tienda –personal base y de reparto– a las durante los dos primeros meses de contrato.
PELUQUERÍAS, INSTITUTOS DE BELLEZA Y GIMNASIOS. Resolución de 22 de abril 2022.	Art. 40. Formación profesional continua Idem art. 23 ET.	Art. 40. 4. La formación se impartirá, según los casos, dentro o fuera de la jornada laboral. Si dicha formación tuviese algún coste, éste correrá a cargo de la empresa siendo nulo cualquier acuerdo que obligue al trabajador a su reembolso aunque éste abandone la empresa. Esta prohibición no tiene limitación temporal. La asistencia del personal será obligatoria cuando se imparta dentro de la jornada laboral, siempre que sea dentro de su ámbito provincial, facilitando la empresa el cumplimiento de dicha obligación

<p>INDUSTRIA METALGRÁFICA Y DE FABRICACIÓN DE ENVASES METÁLICOS. Resolución de 6 de julio 2022.</p>	<p>Art. 12</p>	<p>Por razones objetivas de la producción, debidamente acreditadas, aumento de pedidos, variación de las fechas de entrega o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza, las empresas podrán disponer de una bolsa horaria de hasta ciento veinte (120.-) horas del cómputo anual establecido, con sujeción a los siguientes requisitos: - (...) De las ciento veinte horas señaladas al menos 16 serán dedicadas a formación en la empresa. Art. 58 No discriminación en las Relaciones laborales "(...) 4. Formación profesional: En las acciones formativas de las empresas a su personal se garantizará el acceso con respeto absoluto al principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. A tal efecto se podrán establecer cupos, reservas u otras ventajas a favor de las personas trabajadoras del sexo menos representado, en el ámbito al que vayan dirigidas aquellas acciones de formación profesional. (...)” Art. 61. Objetivos de los Planes de Igualdad. "e) Garantizar el acceso en igualdad de hombres y mujeres a la formación de empresa tanto interna como externa, con el fin de garantizar la permanencia en el empleo de las mujeres, desarrollando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requisitos de la demanda de empleo. f) Información específica a las mujeres de los cursos de formación para puestos que tradicionalmente hayan estado ocupados por hombres.”</p>
<p>CONTRATAS FERROVIARIAS Resolución de 14 de junio 2022.</p>	<p>Art. 76 y 77</p>	<p>Artículo 76. 3 Formación profesional para el empleo Las empresas, directamente, o en régimen de concierto con centros oficiales o reconocidos, organizarán cursos de adecuación profesional para la adaptación de los trabajadores a las modificaciones técnicas operadas o previstas en los puestos de trabajo. En estos supuestos el tiempo de asistencia a los cursos se considerará como de trabajo efectivo. (...). Idem art. 23 ET Artículo 76.4 Formación profesional para el empleo Si el trabajador solicitara la asistencia a seminarios, mesas redondas o congresos, referentes a su especialidad y trabajo específico, corresponderá a la dirección de la empresa la decisión sobre la asistencia, en función de la materia tratada y de su interés para los trabajos y objetivos de la actividad empresarial. Estos días, que no podrán ser más de diez al año, no devengarán gastos de viaje y dietas, aunque sí se le abonará el salario correspondiente.</p>
<p>INDUSTRIAS CÁRNICAS Resolución de 14 de junio 2022.</p>		<p>Disposición adicional tercera. Comisión Paritaria de Formación Las partes constituyen una Comisión Paritaria de formación que estará compuesta por 4 miembros designados por los Sindicatos y 4 miembros designados por las Organizaciones empresariales, que en ambos casos hayan sido partes en la negociación del presente Convenio Colectivo. Dicha Comisión tendrá las competencias, facultades y derechos que se reconocen en el Acuerdo nacional de Formación Continua durante todo el tiempo de vigencia y para su ámbito territorial y funcional. (...)</p>
<p>INDUSTRIAS LÁCTEAS Y SUS DERIVADOS Resolución de 7 de junio 2022.</p>		<p>Artículo 58. Garantías de la Formación La empresa de común acuerdo con la representación legal de las personas trabajadoras establecerá los programas y actividades que se estimen necesarias, para la formación continua de sus personas trabajadoras. Todo ello de acuerdo con las normas legales y reglamentarias sobre la materia.</p>

<p>INDUSTRIAS EXTRACTIVAS, INDUSTRIAS DEL VIDRIO, INDUSTRIAS CERÁMICAS Y PARA LAS DEL COMERCIO EXCLUSIVISTA DE LOS MISMOS MATERIALES</p> <p>Resolución de 14 de junio 2022</p>	<p>Art. 61 y art. 116 a 120</p>	<p>Art. 61. Derecho a la desconexión digital "Definir las acciones de formación y sensibilización de las personas trabajadoras sobre un uso razonable del uso de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática".</p> <p>Artículo 117. Iniciativas de formación acordadas con la representación de los trabajadores</p> <p>Cuando las acciones formativas, sean o no con cargo a los créditos anuales de formación, respondan a un acuerdo previo con la representación legal de los trabajadores, dicho acuerdo podrá contemplar la asistencia obligatoria de los trabajadores a los correspondientes cursos fuera de su jornada habitual de trabajo con un máximo de 8, 16 y 32 horas anuales respectivamente en 2018, 2019 y 2020, sobre la jornada máxima prevista en el artículo 26 del presente Convenio Colectivo o, en su defecto, la máxima aplicable en cada empresa de ser ésta inferior, sin que en ningún caso este mecanismo pueda conllevar la ampliación de la jornada efectiva de trabajo.</p> <p>Estas horas, que podrán programarse tanto en días laborables como no laborables para el trabajador según calendario laboral de la empresa, tendrán la consideración de jornada ordinaria de trabajo y serán retribuidas como tales o compensadas con tiempo de descanso equivalente. (...)</p> <p>Artículo 118. Formación para el personal con contrato de duración determinada y con contrato a tiempo parcial</p> <p>1. Mediante acuerdo con las Secciones Sindicales de los sindicatos firmantes del presente Convenio Colectivo, se podrá establecer planes de carrera profesional para facilitar:</p> <p>a) El acceso efectivo de las personas con contratos de duración determinada o temporales, incluidas las personas puestas a disposición, a las acciones incluidas en el sistema de formación profesional para el empleo, a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales.</p> <p>b) El acceso efectivo de las personas trabajadoras a tiempo parcial a la formación profesional continua, a fin de favorecer su progresión y movilidad profesionales.</p> <p>2. Las personas trabajadoras fijas-discontinuas tendrán la consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral durante los periodos de inactividad.</p>
<p>INDUSTRIAS DEL FRÍO INDUSTRIAL</p> <p>Resolución de 23 de mayo 2022.</p>	<p>Art. 45 Art. 28 licencias. Idem art. 23 ET)</p>	<p>Art. 11 Contrato a tiempo parcial</p> <p>"(...) f) La plantilla a tiempo parcial tendrán acceso efectivo a la formación profesional continua, a fin de favorecer su progresión y movilidad profesionales, en proporción a su trabajo ya las condiciones objetivas que así lo determinen.(...)"</p>
<p>AUTOESCUELAS</p> <p>Resolución de 17 de marzo 2022</p>	<p>Art. 23. Formación</p>	<p>Art. 31. Comisión Paritaria</p> <p>Se constituirá la Comisión Paritaria para la interpretación, mediación y arbitraje del cumplimiento de este convenio, también asumirá las competencias atribuidas en estas materias a las Comisiones Paritarias Sectoriales, establecidas en el Subsistema de Formación Profesional para el Empleo regulado en el Real Decreto 694/2017, de 3 de julio</p> <p>Artículo 35. Facilidades de promoción y reciclaje</p> <p>En materia de formación en educación vial y de la conducción, o de cualesquiera otros que las empresas tengan a bien programar, los gastos que se deriven de esta formación, deberán ir a cargo de la empresa o grupos de empresas, interesadas en que sus trabajadores reciban dicha formación.</p>

<p>SECTOR DE DESINFECTACIÓN, DESINSECTACIÓN Y DESRATIZACIÓN. Resolución de 22 de abril 2022.</p>	<p>Art. 42. Formación Idem art. 23 ET</p>	<p>Art. 42 formación Se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo el destinado a la formación dirigida a la adaptación a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo, así como el destinado a planes y acciones formativos vinculados a la actividad de la empresa y realizados por iniciativa empresarial o autorizados por ésta. 2.11 Formación. Se mantendrá el derecho a la formación en términos equivalentes a las de las personas que prestan servicios en el centro de trabajo, debiendo atender el desarrollo de estas acciones, en lo posible, a las características de su prestación de servicios a distancia. Se garantizará la formación necesaria para el adecuado desarrollo de su actividad, tanto al momento de formalizar el acuerdo de teletrabajo como cuando se produzcan cambios en los medios o tecnologías utilizadas. Además, debe potenciarse una formación específica en esta materia, tanto para las personas teletrabajadoras, como para sus responsables directos, a cuyo efecto la Empresa dispondrá los medios oportunos para facilitar dicha formación. Se deberá realizar una formación con carácter previo, adecuada y específica sobre las características de esta modalidad de organización. Igualmente, se trabajará en un escenario formativo para los mandos que puedan mejorar sus capacidades de liderazgo digital.</p>
<p>INDUSTRIA AZUCARERA. Resolución de 9 de marzo 2022.</p>	<p>Ninguno</p>	<p>Acuerdo 57. Comisión de formación Se constituirá una comisión mixta de carácter paritario a la que se le asignará el estudio futuro de las necesidades futuras de formación del personal del sector. Las empresas destinarán el 0,5 por 100 de su masa salarial bruta a la formación profesional si bien la facultad para planificar, desarrollar y controlar los planes de formación corresponderá a la dirección de las empresas.</p>
<p>SERVICIOS EXTERNOS AUXILIARES Y ATENCIÓN AL CLIENTE EN EMPRESAS DE SERVICIOS FERROVIARIOS. Resolución de 24 de febrero 2022.</p>	<p>Art. 66. Formación continua.</p>	<p>Art. 66. Formación continua. "se acoge al Acuerdo Nacional de Formación Continua"</p>
<p>CADENAS DE TIENDAS DE CONVENIENCIA. Resolución de 14 de febrero 2022.</p>	<p>Art. 46. Formación en el trabajo</p>	
<p>RADIODIFUSIÓN COMERCIAL SONORA. Resolución de 18 de enero 2022.</p>	<p>Ninguno</p>	

<p>CENTROS DE ENSEÑANZA PRIVADA DE RÉGIMEN GENERAL O ENSEÑANZA REGULADA SIN NINGÚN NIVEL CONCERTADO NI SUBVENCIONADO. Resolución de 28 de marzo 2022.</p>	<p>Art. 28. Art. 23. Art. 49. Art. 66.</p>	<p>Art. 28. Personal docente También el personal docente dedicará otras cincuenta horas al año para formación, reciclaje y actualización de conocimientos a desarrollar en el centro o en cualquiera de los centros en los que se impartan planes de formación concertados por las partes firmantes del Convenio Colectivo. La realización de dicha jornada formativa se realizará de acuerdo con la empresa.</p> <p>Artículo 33. Cómputo anual y distribución irregular por el centro En aquellos centros educativos en los que no se realicen cursos de verano, la jornada lectiva anual del personal docente, excepto en el nivel de educación infantil, será de 1.069 horas, la jornada complementaria anual será de 257 horas y la jornada anual para la formación de 50 horas.</p> <p>Artículo 48. Formación Cuando el profesorado asista a cursos de perfeccionamiento y actualización organizados por el Centro, los gastos de matrícula, desplazamiento y residencia correrán a cargo del Centro. La formación continua se efectuará según lo previsto en el Acuerdo Nacional de Formación para el Empleo para el sector de la enseñanza privada o el acuerdo que lo sustituya y se encuentre vigente en cada momento. Se facilitará por parte de la empresa el acceso a cursos para el personal contratado que desee el aprendizaje de la lengua de la Comunidad Autónoma donde radique el Centro.</p> <p>Artículo 49. Permisos retribuidos para la formación El personal afectado por este Convenio tendrá derecho: (...) b) A la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional o a la concesión del permiso oportuno de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo.</p> <p>Artículo 66. Complemento de desarrollo y perfeccionamiento profesional (CPP) Con el objetivo de estimular la iniciativa de las personas trabajadoras en la mejora de su formación y calidad en la prestación de los servicios, así como servir de estímulo a su propio desarrollo profesional y económico, el trabajador devengará un complemento por la formación y los conocimientos adquiridos en cada periodo de 5 años, siempre que dicha formación sea organizada por la empresa o expresamente autorizada por la misma. (...)</p>
---	--	---

Fuente: elaboración propia a partir de cada una de las resoluciones publicadas en el BOE.

CONCILIACIÓN FAMILIAR, MOTIVACIÓN  
Y PRODUCTIVIDAD EMPRESARIAL:  
UN ANÁLISIS DEL SESGO DE GÉNERO  
DESDE LA PERSPECTIVA DE LA RSC  
EN LAS EMPRESAS TURÍSTICAS

---

ROSARIO ANDREU-GUERRERO  
*Universidad de Alicante*

RAQUEL HUETE-NIEVES  
*Universidad de Alicante*

M. CARMEN SIGÜENZA-POVEDA  
*Universidad de Alicante*

## 1. INTRODUCCIÓN

El aumento de la incorporación de la mujer al mercado laboral, acompañado del desigual reparto de las obligaciones familiares y domésticas entre hombres y mujeres propio de la reproducción de los roles de género tradicionales, provoca que la conciliación laboral y familiar sea un tema de suma importancia, no sólo para los trabajadores sino también para las empresas y la sociedad en general debido a la repercusión que una falta de dicha conciliación puede suponer. La conciliación de la vida laboral y personal consiste en la posibilidad de que las personas trabajadoras hagan compatibles, por un lado, la faceta laboral y por el otro, la personal en el sentido más amplio posible, incluyendo tanto las necesidades familiares como las personales e individuales, la gestión del ocio, etc. (Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, [IMIO], 2017).

La falta de conciliación provoca la caída de la natalidad por debajo de los niveles de reemplazo generacional amenazando el crecimiento

económico y la viabilidad futura de los sistemas de pensiones<sup>430</sup>. También provoca un aumento de la desigualdad entre hombres y mujeres ya que las tareas domésticas siguen recayendo en mayor medida en las mujeres (Instituto Nacional de Estadística [INE], 2021) provocando, por tanto, que sean éstas las que deban sacrificar su carrera profesional o aceptar puestos más precarios con una menor remuneración. Desde el punto de vista de la empresa, provoca una menor productividad por parte de los trabajadores, lo que repercute en la economía y en la sociedad (Treviño, 2007). El conflicto trabajo-familia genera un estrés a los trabajadores que puede repercutir negativamente en su desempeño laboral y, en consecuencia, en los resultados de la organización (Biedma y Media, 2014). Este estrés es mayor en las mujeres. Estudios previos que han analizado las diferencias de género en la exposición y la reacción ante el estrés, sugieren que podría estar condicionado por los patrones de socialización tradicionales que prescriben diferentes atributos a lo femenino (como la dependencia, la filiación, la expresividad emocional) y a lo masculino (autonomía, confianza, asertividad) (Cifre et al., 2013).

Los resultados obtenidos del Índice de Igualdad de Género del Instituto Europeo de Igualdad de Género (EIGE) confirman que son las mujeres las que se ocupan de forma desproporcionada de las actividades domésticas. Por tanto, detectan la necesidad de adoptar medidas para lograr un mayor equilibrio entre la vida laboral y personal de las mujeres y hombres, fomentando el papel del hombre en la vida familiar. Entre los beneficios económicos y sociales que la igualdad de género provocaría, el EIGE (2017a) señala un aumento de la mano de obra cualificada ya que las mujeres presentan un mayor nivel de formación, un aumento de la oferta de trabajo femenino, un aumento en la tasa de fertilidad que llevaría a un aumento en la oferta de trabajo cuando los nuevos nacimientos llegaran al mercado laboral o un aumento del PIB per cápita a largo plazo. Además, el empoderamiento económico de las mujeres

---

<sup>430</sup> Los resultados del estudio de Gómez y Martí (2004) reflejaron que no necesariamente la mayor presencia de la mujer fuera del hogar ha de implicar siempre una caída de la natalidad. En países donde existe un mayor gasto social en familias y un mayor uso de la contratación flexible o a tiempo parcial, no sucede esto.

aumentaría el crecimiento sostenible y tendría beneficios económicos para la sociedad en su conjunto (EIGE, 2017b).

El turismo ha sido una importante fuerza de incorporación de la mujer al mundo laboral en todos los países, aunque la versión positiva que de manera mayoritaria se ha dado a esta realidad, hoy en día se pone en cuestión (Duffy et al., 2015). Las mayores tasas de precariedad laboral y las diferencias en los salarios, además de en las condiciones de trabajo, siempre en contra de las mujeres han sido denunciadas en los últimos años (Carvalho et al., 2019; Santero-Sánchez, et al., 2015).

En el sector turístico español, y más concretamente en el de la hostelería, más de la mitad de los puestos de trabajo asalariados están ocupados por mujeres (Comisiones Obreras [CC.OO.], 2021), siendo la mayoría puestos de baja responsabilidad (Campos-Soria et al., 2009; 2011). Esto se debe, entre otros motivos, al denominado suelo pegajoso. Es decir, tareas asociadas al ámbito privado que, según la cultura patriarcal, están relacionadas con la mujer, haciendo difícil la conciliación e impidiendo el acceso a las mujeres a puestos de dirección y liderazgo (Agut y Martín, 2007; Brotons et al., 2014; Sarrió et al., 2002). La necesidad de conciliación, por tanto, es más fuerte para las mujeres empleadas en el sector turístico ya que suelen tener mayores responsabilidades domésticas que los hombres (Costa et al., 2017). Tras la situación vivida por la pandemia del COVID-19, el porcentaje de mujeres que han pedido a sus empresas la posibilidad de adaptar sus jornadas por motivos de conciliación casi duplica al de hombres (IMIO, 2021).

En este sentido, la conciliación es uno de los retos más importantes y complejos de abarcar en el sector turístico por las características del empleo que este presenta: apertura de los negocios los 365 días al año y con largas jornadas de trabajo, empleos temporales e inestables, escasa remuneración, estacionalidad, precariedad laboral asociada a puestos feminizados, etc. (Íñiguez et al., 2014; Moreno Alarcón y Cañada, 2018).

Es necesario que las empresas turísticas desarrollen y adopten políticas de conciliación familiar dentro de sus prácticas de Responsabilidad Social Corporativa (RSC).

Las empresas turísticas se han centrado fundamentalmente en la dimensión medioambiental de la RSC por su impacto en la sostenibilidad del medioambiente, el ahorro de costes y la posibilidad de acceso a nuevos segmentos de mercado, olvidando la dimensión social lo que sugiere, como señalan Rodríguez-Antón et al. (2013), la necesidad de un mayor estudio en este ámbito. En línea con lo anterior, este trabajo se centra en la dimensión social de la RSC de las empresas turísticas. Como apuntan López et al. (2013), la dimensión social de la RSC requiere que las empresas realicen una adecuada gestión de sus recursos humanos.

## 2. OBJETIVOS

Los objetivos de este trabajo son poner de relieve la importancia de las políticas de conciliación, dentro de las prácticas de recursos humanos, para la empresa y sus distintos *stakeholders* o grupos de interés y conocer la situación en materia de conciliación en las empresas del sector de la hostelería. A partir de lo anterior, se pretende reflexionar sobre las medidas que las empresas del sector deberían poner en marcha para lograr una mayor conciliación.

Para ello, a continuación, se realiza una revisión teórica de las políticas de conciliación familiar dentro de la RSC desde la perspectiva de los stakeholders, destacando las principales ventajas que una adecuada gestión de las mismas puede tener para las empresas turísticas, para los trabajadores y la sociedad en general. Posteriormente, se realiza un análisis de la situación que presentan las empresas de este sector a partir de la opinión de trabajadores y diferentes expertos en la materia, que se recoge en el apartado 3 de metodología. los resultados y la discusión de los mismos, donde recogemos las propuestas de mejora en temas de conciliación, se muestran en los apartados 4 y 5. Finalizamos el capítulo con el apartado 6 dedicado a las conclusiones del trabajo.

### 2.1. EL ESTUDIO DE LA CONCILIACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA RSC DE LA EMPRESA Y SUS STAKEHOLDERS

Siguiendo a Caro et al. (2007, p. 2624), podemos definir la RSC como “un comportamiento ético por parte de la empresa en todas sus acciones

y una gran preocupación por el cuidado del medioambiente, la calidad de vida de sus empleados y el desarrollo económico y social del entorno en el que desarrolla su actividad”. En esta definición aparecen recogidos los tres ámbitos que conforman la RSC: el económico, el social y el medioambiental, siendo necesario actuar en los tres ámbitos para lograr la sostenibilidad del turismo.

En el sector turístico estos aspectos son de suma importancia ya que el entorno forma parte del producto turístico (González y León, 2001) existiendo una relación bidireccional entre el producto turístico ofrecido y su entorno natural, económico, social y cultural (García y Armas, 2007). Aunque no cabe duda de que el turismo supone grandes beneficios económicos para las sociedades, también ha contribuido a la degradación ambiental y ha tenido impactos sociales y culturales negativos (Choi y Sirakaya, 2006).

Trabajos previos han analizado la relación entre diferentes prácticas de RSC y los resultados económicos y financieros de la empresa. El impacto de la actividad económica en el entorno natural y social en el cual las empresas operan no resultaba de interés a menos que éste repercutiera directamente en la cuenta de pérdidas y ganancias (Ludevid, 2000). Sin embargo, cada vez más empresas son conscientes de que las prácticas de RSC pueden tener impacto positivo, no sólo en los resultados económicos sino también en su competitividad. Como señalan Marín y Rubio (2008), las empresas pueden utilizar las políticas de RSC para diferenciarse. Anteriormente, la RSC era considerada como un coste para la empresa mientras que hoy día se considera un recurso estratégico que genera beneficios en materia de legitimidad, reputación y competitividad (Ortelt y Medina, 2014).

La RSC ha sido estudiada desde diferentes enfoques, siendo el de los stakeholders uno de lo más empleados (McWilliams et al., 2006). Desde la perspectiva de los stakeholders o grupos de interés, la RSC es considerada como una forma de legitimizar las actuaciones de la empresa frente a los colectivos que poseen algún tipo de interés en la empresa (Freeman, 1984; 2007). Esta legitimidad va más allá del cumplimiento de los compromisos con los propietarios o accionistas para recoger un conjunto mucho más amplio de grupos de interés (Garay y Font, 2013).

Los grupos de interés pueden ser externos e internos a la empresa. Dentro de los externos se incluiría a los clientes y proveedores de la empresa, las entidades financieras, los sindicatos, la comunidad local o el gobierno, entre otros. Mientras que dentro de los grupos de interés internos se encontrarían los propietarios o accionistas de la empresa, el equipo directivo y la plantilla de trabajadores. Por su parte, Gomis et al. (2009) diferencian entre grupos de interés primarios y secundarios siendo los primeros los que afectan o pueden ser afectados directamente con la actuación de la empresa. En relación a los grupos de interés primarios, los trabajadores constituyen el principal objetivo de la responsabilidad social y el grupo más importante. Una empresa responsable debe serlo, en primer lugar, con sus trabajadores. Hoy día, incluso se considera a la familia del trabajador como un nuevo grupo de interés (Chinchilla, 2018) y se habla de Responsabilidad Familiar Corporativa<sup>431</sup> (Las Heras et al., 2019) y de Empresas Familiarmente Responsables (EFR)<sup>432</sup> (Albert et al., 2010; Martínez, 2006).

Los trabajadores son el recurso estratégico más importante de las empresas. Como señalan Ortelt y Medina (2014), las empresas que actúan de manera responsable cuentan con un capital humano más motivado. Se considera que las empresas sólo conseguirán tener éxito si consiguen que los trabajadores se integren en su proyecto y compartan los mismos intereses (González et al., 2014). La importancia del capital humano es más acusada si cabe en el sector turístico dado el papel crucial que desempeñan las personas en la calidad de la prestación de los servicios turísticos. Por tanto, es necesario que los trabajadores se encuentren motivados y comprometidos con la organización. Uno de los factores que influye en la satisfacción laboral y el compromiso es el tipo de contrato (duración, flexibilidad, número de horas, seguridad, horario...). Así, en el sector hotelero los contratos a tiempo parcial están asociados con una

---

<sup>431</sup> El Centro Internacional Trabajo y Familia del IESE (ICWF en sus siglas en inglés) desarrolla desde el año 1999 el IFREI (IESE Family Responsible Employer Index).

<sup>432</sup> En España la Fundación Másfamilia es la propietaria del esquema privado de certificación de EFR (movimiento internacional que, formando parte de la RSE, se ocupa de avanzar y dar respuestas en materia de responsabilidad y respeto a la conciliación de la vida familiar y laboral).

mayor satisfacción laboral porque este tipo de contrato permite una mejor conciliación de la vida laboral y familiar debido a que es un sector con una alta presencia femenina y una amplia diversidad horaria (González et al., 2014).

La conciliación laboral y familiar tiene un efecto positivo en la satisfacción, la motivación y el desempeño de los trabajadores y negativo en el estrés que genera en el trabajador, el absentismo y el deseo de abandono de la empresa (Biedma y Medina, 2014). Trabajos como los de Behan y Drobnic (2010) o Kinnunen et al. (2005) también demuestran que en aquellas organizaciones que se adoptan prácticas de conciliación familiar, los trabajadores muestran una mayor satisfacción laboral. De igual modo, Las Heras et al. (2019) obtuvieron como resultado de su estudio que en las empresas que apuestan en mayor medida por políticas de conciliación, los trabajadores eran más eficientes, más productivos y estaban más motivados y comprometidos con su trabajo y con la empresa. La conciliación, por tanto, debe formar parte de la estrategia de la empresa.

Pero además de tener un efecto positivo en la plantilla, la incorporación de la conciliación en la cultura empresarial tiene importantes beneficios para las organizaciones. Entre ellos podemos señalar que permite retener el talento cualificado, disminuyendo así los costes de reclutamiento y formación, puede aumentar la capacidad productiva, atraer a nuevos clientes que valoren una empresa comprometida con la conciliación y la igualdad y puede mejorar la imagen de la empresa, aunque este no debe ser el principal motivo para adoptar medidas que fomenten la igualdad de oportunidades (Gibert et al., 2007). Además, mejora las relaciones con otras empresas y con las Administraciones públicas (Fundación Mujeres, 2010).

Aunque la conciliación ha empezado a ser considerada por las empresas en España, sobre todo desde finales de los años 90, aún se sigue considerando un fenómeno externo a la misma y más como un coste que como un recurso para configurar las prácticas de gestión del personal (Gibert et al., 2007). Desde la óptica del empresario se asocia a situaciones coyunturales y se entiende como responsabilidad básicamente de las

mujeres existiendo, por tanto, un sesgo de género en la aplicación de las medidas de conciliación (Albert et al., 2010).

Gómez y Martí (2004) apuntan que hoy día se ha producido un cambio en las relaciones entre empresa y empleado que obliga a las empresas que quieren atraer y retener a los mejores profesionales a adaptarse a lo que demandan los trabajadores. Los cambios en las estructuras familiares obligan a las empresas a adoptar nuevas políticas para conseguir la conciliación entre la vida familiar y laboral. Como señalan Las Heras et al. (2019: 71), actualmente “los trabajadores anteponen su vida personal frente a todas sus decisiones, siendo un condicionante a la hora de buscar trabajo y desarrollar su carrera dentro de la empresa”. Por eso, Mediagarrido et al. (2017) defienden incluso que las políticas de conciliación no deben dirigirse en exclusiva a los trabajadores con cargas familiares, sino que debe hacerse extensible a todos los trabajadores.

En definitiva, no existe por parte de las empresas una cultura empresarial que asuma la necesidad de incorporar estas prácticas dentro de las estrategias de gestión de los recursos humanos. Es necesario, como señala Benito Osorio (2010), una actitud más proactiva de las organizaciones en materia de conciliación y el desarrollo de una nueva cultura organizativa.

En el siguiente apartado se describe el estudio realizado para conocer la situación en materia de conciliación familiar en las empresas del sector turístico y, a partir de este análisis, señalar propuestas o áreas de mejora.

### 3. METODOLOGÍA

Para conocer y poder reflexionar sobre las prácticas en materia de conciliación en las empresas turísticas se ha empleado una metodología cualitativa basada en entrevistas en profundidad semiestructuradas realizadas a 17 profesionales y expertos del sector turístico.

Las entrevistas semiestructuradas presentan un alto grado de flexibilidad ya que parten de preguntas planeadas pero que pueden adaptarse a los entrevistados con enormes posibilidades para motivar al interlocutor, aclarar términos, identificar ambigüedades y reducir formalismos (Díaz-

Bravo et al., 2013). Se pretende con ellas obtener la máxima información dando libertad al entrevistado para conocer a fondo su opinión sobre los temas planteados e incluso para proponer nuevos temas.

La muestra de participantes se conformó a partir de una selección empresas, organismos y expertos académicos especializados en turismo y en temas de género de diferentes puntos de España. Para ello se contactó con asociaciones profesionales del sector turístico (como la asociación empresarial hotelera de Benidorm –HOSBEC- y la Asociación Provincial de Hoteles de Alicante-APHA) y con diferentes instituciones como las Universidades Rey Juan Carlos y Complutense de Madrid, la Miguel Hernández de Elche y la Universidad de Alicante.

Se entrevistó tanto a hombres como mujeres que ocupaban diferentes puestos dentro de las empresas (Gerente de Agencia de Viajes, Dirección de hotel, Dirección de Recursos Humanos en hotel, Dirección de Calidad y Recepción en hotel) y de las universidades (Coordinadora del programa de Doctorado en estudios feministas y de género e Investigadoras en temas de género, feminismo y turismo).

El guión de las entrevistas estaba formado por seis bloques, además de un apartado inicial en el que se recogían los datos personales de la persona entrevistada. El primer bloque estaba relacionado con la “Brecha de cuidados”, es decir con la conciliación familiar. El segundo bloque con el nivel de empleo y salario para analizar la “Brecha salarial”. El tercer bloque abordaba la trayectoria del entrevistado, tanto profesional (formación y experiencia laboral, tipo de contrato, horario...) como personal (situación actual, familia, tiempo de ocio...). El cuarto bloque recogía aspectos de la igualdad laboral (selección y promoción de personal, absentismo, rotación...). El quinto bloque se centraba en temas de liderazgo (mujeres en puestos de dirección, diferencias entre hombres y mujeres...). Y, por último, el sexto bloque era un bloque más genérico sobre la experiencia del entrevistado en el sector y su opinión sobre la evolución del mismo.

A continuación, se extraen algunos de los temas más destacables de las entrevistas en materia de conciliación por ser el tema objeto del presente trabajo.

#### 4. RESULTADOS

Una de las conclusiones que se obtienen del análisis de las entrevistas es que las mujeres abandonan muchos puestos de trabajo en el sector turístico, sobre todo en el hostelero, cuando tienen hijos o personas a su cargo. El abandono es mayor en puestos de responsabilidad debido a los horarios y los turnos de trabajo. Quizá esto se deba a que todavía existen estereotipos y prejuicios por parte de la sociedad en cuanto a que los cuidados y el trabajo doméstico siguen siendo la prioridad y responsabilidad de la mujer y se siguen perpetuando los roles de género. En muchos casos son las propias mujeres las que se autoimponen estas cargas cuando deberían compartirlas con su pareja.

Esta barrera, denominada suelo pegajoso (Huete et al., 2016; Tandrayen-Ragoobur, 2014), impide también el acceso de las mujeres a puestos de responsabilidad en la empresa. Para poder ocupar puestos de responsabilidad teniendo cargas familiares las mujeres trabajadoras en la industria turística tienen que contar con algún tipo de ayuda, no sucediendo lo mismo en caso de los hombres. Y en este sentido las empresas turísticas no ofrecen ningún tipo de facilidad para conciliar la vida familiar y laboral. La conciliación en las empresas turísticas no es fácil al no contar con puestos con jornada continua o que tengan mayor flexibilidad horaria. Es un trabajo que exige dedicar 24 horas al día los 365 días al año. Con lo cual, para las mujeres es más difícil si tienen que ocuparse mayoritariamente de las tareas domésticas. En los últimos años existen más contratos a tiempo parcial, pero se están usando para disfrazar jornadas completas, haciendo el trabajador horas extras no declaradas y pagadas en negro, contribuyendo así a la precariedad laboral.

Además, existe discriminación por tema de género a la hora de contar con mujeres para ocupar puestos de responsabilidad y liderazgo, lo que se conoce como techo de cristal (Johns, 2013; Novo-Corti, et al., 2018; Segerman-Peck, 1991). Donde es más común encontrar mujeres directoras es en los departamentos de calidad, pisos y eventos. Son departamentos estereotipados, que se asocian a las mujeres. Esto está relacionado con la división sexual del trabajo turístico, donde los puestos de trabajos se asocian a tareas masculinas o femeninas (Huete et al., 2016).

Existe unanimidad entre los entrevistados en que hoy día la mujer dentro de la industria turística está muy preparada para ejercer tareas de gestión y dirección. Por lo tanto, el hecho de que la mujer no acceda a puestos de mayor nivel de responsabilidad en las organizaciones turísticas no es debido a la formación y cualificación de estas. Es debido a que la igualdad real no existe. Existe desigualdad en el desarrollo profesional de las carreras de las mujeres, excluyendo y discriminando a las mujeres por el simple hecho de serlo. Como apuntan Chernyak-Hai et al. (2018), aunque mucho ha cambiado a lo largo de los años, las mujeres aún disfrutan de un menor avance profesional y prestigio laboral en comparación con los hombres y se las considera menos adecuadas para asumir roles de liderazgo.

En el sector turístico encontramos una segregación ocupacional vertical y horizontal (Segovia et al., 2016). La segregación ocupacional horizontal hace referencia a ocupaciones marcadas por los estereotipos sexuales, de modo que existen puestos pueden ser considerados como “de hombres” o “de mujeres”. Además, dentro de cada puesto es más probable que los hombres sean los que ocupen cargos directivos y de mayor remuneración (segregación ocupacional vertical) (Fernández-Palacín et al., 2010). Todo esto provoca un empleo femenino de peor calidad y con una brecha salarial que puede conducir a un mayor abandono del mercado laboral turístico por parte de las mujeres con su consiguiente pérdida de talento. Por parte de las empresas turísticas y de los trabajadores parece no existir predisposición a luchar por cambiar los modelos laborales que discriminan a la mujer por atribuirle la responsabilidad familiar y doméstica.

De las entrevistas se concluye que conciliar es un asunto de la mujer y quizás las medidas de conciliación van más orientadas a que esta pueda cumplir con sus obligaciones laborales teniendo una orientación claramente productivista. Más que obedecer a un modelo de empresa *Family friendly*, obedecen a un modelo de “mujeres con familia amigas de la empresa”. Las empresas *Family friendly* son empresas que responden, de forma proactiva con medidas genéricas y concretas de conciliación, a las nuevas demandas sociales derivadas de los cambios demográficos y en el ámbito familiar. El otro gran modelo de empresa es el *work life*

*balance* que es más amplio e integra diversos aspectos de la vida familiar, laboral y personal en su modelo de organización respondiendo de manera más personalizada a las necesidades de los trabajadores buscando la mayor implicación y productividad (Gibert et al., 2007). No obstante, el sesgo de género en las políticas de conciliación parece que tiende a reducirse gradualmente. Las empresas más adelantadas en temas de conciliación (EFR) son las que presentan menor sesgo de género (Albert et al., 2010).

## 5. DISCUSIÓN

De los resultados de las entrevistas podemos extraer que la falta de conciliación hace que haya menos mujeres en puestos directivos en las empresas turísticas porque todavía existen desigualdades en cuanto a la carga del trabajo doméstico, recayendo en su mayoría en la mujer. Esto está provocando que las empresas estén desaprovechando las habilidades directivas de las mujeres. Aunque el sector turístico es un sector mayoritariamente femenino, la mayoría de directivos son hombres. Como señalan Ferguson y Moreno Alarcón (2015), el sector turístico es una de las industrias con un menor porcentaje de mujeres en los equipos de dirección, lo que contrasta con la gran cantidad de mujeres contratadas en las empresas del sector. Costa et al. (2017) obtuvieron en su estudio que, a pesar de que las mujeres tienen características positivas y son mejores que los hombres en términos de responsabilidad y atención al detalle, una de las características que se reclaman a los “trabajadores ideales” de este sector es la flexibilidad entendida como la disponibilidad para trabajar en cualquier momento, la posibilidad de trabajar fuera de horario y de viajar durante varios días fuera de casa por negocios. Se presupone que la mujer tiene menor disponibilidad por sus responsabilidades sociales reproductivas. La flexibilidad está por tanto estereotipada al presuponer que las mujeres anteponen su familia al trabajo.

Con políticas de conciliación más mujeres podrían acceder a puestos de liderazgo y responsabilidad lo que podría beneficiar en última instancia a las organizaciones. Numerosos estudios han demostrado que hombres y mujeres divergen en sus estilos de liderazgo (Melero, 2011). Además,

trabajos como el de Catalyst (2004), Dwyera et al. (2003) o Krishnan y Park (2005) obtuvieron una relación positiva entre la presencia de mujeres en el cuadro directivo de las empresas y la rentabilidad empresarial. Las mujeres presentan cualidades asociadas al liderazgo que difieren de las de los hombres y que pueden aportar un gran valor a las empresas (Charlo Molina y Núñez Torrado, 2012).

Por tanto, la empresa tiene que replantearse la concepción tradicional del trabajo y de la organización ante la nueva realidad social. Los factores que influyen en la adopción de políticas de conciliación por parte de las empresas son los siguientes (Chinchilla y Poelmans, 2001): el tamaño de la empresa, el porcentaje de empleados, la complejidad del mercado laboral y el grado de preocupación por reclutar y retener a su plantilla.

Krishnan (2009), en un trabajo sobre la alta rotación de las mujeres en puestos directivos, señala que es necesario que las organizaciones creen un clima que sea más proclive a los estilos de gestión de las mujeres. Este clima es necesario en industrias tradicionales que hasta ahora no han contado con una cultura de inclusión. La planificación de la carrera de las mujeres debe ser parte de una estrategia empresarial global. Las mujeres necesitan una adecuada mentoría y oportunidades para ascender a los escalones superiores de la organización.

Pero también la sociedad ha de cambiar esquemas, especialmente referente al rol del hombre en la familia. Es necesario un cambio tanto legislativo como socio-cultural que se observe en todos los agentes implicados (Ruiz de la Cuesta y Bajo, 2006). Para que la conciliación sirva como estrategia para la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, las medidas que implementan las empresas no pueden ir dirigidas exclusivamente a las mujeres, sino que se han de hacer extensibles a mujeres y hombres (Ballesteros Doncel, 2010). El término corresponsabilidad hace alusión, precisamente, a que los hombres reduzcan su absentismo en el ámbito doméstico, se responsabilicen de las tareas domésticas, del cuidado y atención de hijas e hijos, ascendientes u otras personas dependientes y, por tanto, se acojan a las medidas de conciliación que ofrecen las empresas en la misma medida que las mujeres.

En definitiva, es necesario que las políticas de conciliación formen parte de la cultura de la empresa para que se haga un mayor uso de ellas, al igual que es necesario que la sociedad cambie la percepción de los roles masculinos y femeninos (Egea Moya, 2013).

Las prácticas empresariales que pueden facilitar la conciliación laboral y familiar podemos agruparlas en aquellas relacionadas con la flexibilidad en el puesto de trabajo y las relacionadas con el apoyo familiar por parte de las empresas (Fundación Mujeres, 2010; Las Heras et al., 2019). Dentro del primer bloque se incluirían las prácticas que promueven la flexibilidad del tiempo y del espacio.

Dentro de las prácticas que facilitan la flexibilidad del espacio podemos mencionar:

- El teletrabajo
- Las reuniones por videoconferencia
- El trabajo desde un centro más cercano al domicilio
- Pago o copago de vivienda más cerca a la empresa
- Planes de formación online

En cuanto a las que facilitan la flexibilidad horaria:

- Horario flexible
- Posibilidad de acortar la comida y salir antes
- Reuniones y formación en horario laboral
- Elección del turno de trabajo
- Jornada intensiva
- Horario personalizado por cómputo de horas
- Bolsa de horas
- Calendario de vacaciones flexible

Dentro del segundo bloque de medidas se incluyen las relacionadas con los beneficios sociales y permisos legales.

- Apoyo al cuidado de la familia facilitando el acceso a la información sobre las prestaciones.
- Ampliación de permisos por maternidad o paternidad, lactancia más allá de lo establecido en la ley.

- Servicio de guardería en el centro de trabajo o información sobre guarderías, escuelas, centros de día o residencias de ancianos.
- Subsidios para cuidado de niños o para la asistencia de personas dependientes.
- Programas de bienestar (control del estrés, ejercicio, etc.).
- Asesoramiento profesional y/o personal.
- Seguros de vida, accidentes, cobertura de servicios sanitarios, planes de pensiones.
- Apoyo en situaciones puntuales (permiso con sueldo para cuidar de un familiar enfermo, anciano o con dependencia, permiso de maternidad y paternidad más allá del mínimo legal, permiso para abandonar el lugar de trabajo debido a una emergencia familiar); etc.

Algunas de estas prácticas están siendo aplicadas de manera mucho más frecuente tras el confinamiento sufrido por la pandemia. De igual modo, otras han surgido a raíz de esta situación como la demandada desconexión digital o los servicios de apoyo emocional (IMIO, 2021).

Para promover la incorporación de estas prácticas en las empresas, en España la normativa se define a partir de dos leyes: la Ley 39/1999 de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, aunque sobre esta última ley García-Izquierdo et al. (2015) comprobaron que los resultados de su aplicación no están siendo todo lo efectivos que se esperaba. Además, a través de diferentes organismos se presta apoyo a las organizaciones en esta materia, mediante la publicación de materiales de ayuda como la Guía de buenas prácticas “Equilibrio de la vida profesional, familiar y personal”, la Implantación de Planes de igualdad en organizaciones laborales, el reconocimiento con el distintivo “Igualdad en la Empresa” que otorga el Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad (Red DIE<sup>433</sup>) a través del IMIO o iniciativas como Más Mujeres Mejores Empresas.

---

<sup>433</sup> El distintivo “Igualdad en la Empresa” (DIE) es una marca de excelencia que otorga el Ministerio de Igualdad a empresas y otras entidades que destaquen en el desarrollo de políticas

## 6. CONCLUSIONES

Las políticas de conciliación forman parte del engranaje fundamental de la igualdad de oportunidades en la empresa (IMIO, 2017). Por tanto, establecer nuevos marcos legales sobre la igualdad en el lugar de trabajo es determinante para acabar con las discriminaciones basadas en el género que aún hoy día existen en muchos sectores, incluido el sector turístico.

Como señalan Íñiguez et al. (2014), un sector tan relevante como el sector turístico no puede sustentarse en la desigualdad de género por la cual la mujer queda relegada a puestos de categorías medias y bajas, sino que debe apostar por premisas de responsabilidad social si pretende seguir siendo un sector competitivo. Para ello, entre otras medidas es necesario que las empresas integren las políticas de conciliación familiar y personal, tanto para hombres como para mujeres, dentro de sus políticas de recursos humanos.

Aunque hoy día el 30% de las empresas españolas ya están realizando trámites para ser una EFR (Chinchilla, 2018), ninguna de estas empresas pertenece al sector turístico. Tampoco existen apenas empresas turísticas reconocidas con el distintivo DIE. Por tanto, aún queda mucho camino por recorrer para las empresas turísticas en materia de conciliación. La mayoría de los esfuerzos en materia de RSC de las empresas turísticas van orientados a la parte medioambiental. Sin embargo, más énfasis deben poner las empresas en la dimensión social, sobre todo tras la situación vivida por el COVID-19 donde el sistema de valores y las formas de trabajo se han visto alterados.

En este trabajo se ha tratado de poner de manifiesto la situación en materia de conciliación de las empresas del sector turístico, poniendo al mismo tiempo de relieve las ventajas y oportunidades que las políticas de conciliación presentan para los trabajadores de este sector, para las empresas y, por ende, para la sociedad en general. Dicha reflexión se ha realizado desde la perspectiva de la RSC, más concretamente desde la

---

de igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, en áreas como el acceso al empleo y las condiciones de trabajo, incluidas las medidas de conciliación y corresponsabilidad.

perspectiva de los *stakeholders* considerando que hoy día el trabajador y su familia constituyen los grupos de interés internos más importantes para las empresas.

La principal aportación de este trabajo es, por tanto, servir para que las empresas turísticas reflexionen sobre esta problemática y la incorporen en sus decisiones estratégicas y en sus prácticas de recursos humanos de forma que vaya calando en la cultura empresarial. Desde el punto de vista académico, este trabajo puede demostrar la necesidad de incorporar el análisis de las políticas de conciliación en el estudio de la empresa, en la medida en que pueden influir en la motivación de sus trabajadores, su productividad y, por tanto, en la rentabilidad organizativa.

En cuanto a las limitaciones, la principal es que se trata de un estudio cualitativo, basado en un número pequeño de entrevistas por lo que los resultados pueden no ser totalmente generalizables. En un futuro sería interesante abordar el análisis de la conciliación laboral-familiar en el sector turístico utilizando alguna técnica cuantitativa que permita recoger datos objetivos de un mayor número de empresas y establecer su relación con distintas variables organizativas, como por ejemplo la satisfacción laboral, la motivación, la productividad o la rentabilidad empresarial. También sería interesante indagar en la presencia de mujeres en los cuadros directivos de las empresas turísticas.

Como señalan Figueroa-Domecq et al. (2015) son necesarias más investigaciones en turismo desde la perspectiva de género ya que todavía tienen un carácter marginal y desarticulado dentro de este campo de investigación.

## 7. REFERENCIAS

- Agut, S. y Martín, P. (2007). Factores que dificultan el acceso de las mujeres a puestos de responsabilidad: una revisión teórica. *Apuntes de Psicología*, 25 (2), 201-214.
- Albert, R., Escot, L., Fernández, J.A. y Palomo, M.T. (2010). ¿Tienen las políticas de conciliación un sesgo femenino? El caso de las empresas familiarmente responsables. *CLM Economía. Revista económica de Castilla la Mancha*, 17, 141-168.

- Ballesteros Doncel, E. (2010). Condiciones de posibilidad de los Planes de Igualdad como política de promoción de la equidad en el ámbito laboral. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 28 (1), 133-150.
- Behan, B. y Drobic, S. (2010). Satisfaction with work-family balance among German office workers. *Journal of Managerial Psychology*, 25 (6), 669-689.
- Benito Osorio, D. (2010). La conciliación de la vida familiar y laboral: un reto acuciante en la gestión empresarial. *Estudios Gerenciales*, 26 (115), 65-78.
- Biedma Ferrer, J.M. y Media Garrido, J.A. (2014). Impacto de la conciliación laboral y familiar en el desempeño organizativo. *Intangible Capital*, 10 (3), 448-466.
- Brotons, M., Sigüenza, M. C., y Huete, R. (2014). Barreras invisibles a la promoción de las mujeres en la hostelería. *TMS Management Studies International Conference*, November 2014. Algarve.
- Campos-Soria, J.A., Marchante-Mera, A. y Ropero-García, M.A. (2011). Patterns of occupational segregation by gender in the hospitality industry. *International Journal of Hospitality Management*, 30 (1), 91-102.
- Campos-Soria, J.A., Ortega-Arzuaga, B. y Ropero-García, M.A. (2009). Gender segregation and wage difference in the hospitality industry. *Tourism Economics*, 15 (4), 847-866.
- Caro González, F.J., Castellanos Verdugo, M. y Martín Rojo, I. (2007). Propuesta de una escala de medición para la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) en la actividad turística, en Ayala Calvo, J.C. (Coord.). *Conocimiento, innovación y emprendedores: Camino al futuro* (pp. 2622-2632). Universidad de la Rioja.
- Carvalho, I., Costa, C., Lykke, N. y Torres, A. (2019). Beyond the glass ceiling: Gendering tourism management. *Annals of Tourism Research*, 75, 79-91.
- Catalyst (2004). *The bottom line: connecting corporate performance and gender diversity*. Jossey-Bass Publishers.
- CC.OO. (2021). Análisis de la actividad del turismo en España. <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/ANALISIS-actividad-turismo-2021.pdf>
- Charlo Molina, M.J. y Núñez Torrado, M. (2012). La mujer directiva en la gran empresa española: perfil, competencias y estilos de dirección. *Estudios Gerenciales*, 28 (124), 87-105.
- Chernyak-Hai, L., Kim, S. K., y Tziner, A. (2018). Gender profiles of workplace individual and organizational deviance. *Journal of Work and Organizational Psychology*, 34 (1), 46-55.

- Chinchilla, N. (2018). Empresas Familiarmente Responsables. I Congreso Internacional de Mujer y Empresa, 20 y 21 de noviembre, Barcelona.
- Chinchilla, N. y Poelmans, S. (2001). Políticas familiarmente responsables. Conciliar trabajo y familia. AEDIPE, Revista de la Asociación Española de Dirección de Personal, 17, 27-39.
- Choi, H.C. y Sirakaya, E. (2006). Sustainability indicators for managing community tourism. *Tourism Management*, 27 (6), 1274-1289.
- Cifre, E., Vera, M., Rodríguez-Sánchez, A.M. y Pastor, M.C. (2013). Job-person fit and well-being from a gender perspective. *Journal of Work and Organizational Psychology*, 29 (3), 161-168.
- Costa, C., Bakas, F.E., Breda, Z., Durao, M., Carvalho, I. y Caçador, S. (2017). Gender, flexibility and the ideal tourism worker. *Annals of Tourism Research*, 64, 64-75.
- Díaz-Bravo, L., Torruco-García, U., Martínez-Hernández, M. y Valera-Ruiz, M. (2013). La entrevista, recurso flexible y dinámico. *Investigación en Educación Médica*, 2 (7), 162-167.
- Duffy, L. N., Kline, C. S., Mowatt, R. A. y Chancellor, H. C. (2015). Women in tourism: Shifting gender ideology in the DR. *Annals of Tourism Research*, 52, 72-86.
- Dwyera, S., Orlando, C.R. y Chadwick, K. (2003). Gender diversity in management and firm performance: The influence of growth orientation and organizational culture. *Journal of Business Research*, 56, 1009-1019.
- Egea Moya, N. (2013). La conciliación laboral y personal en empresas del sector turístico: un estudio realizado en hoteles. Trabajo Fin de Máster. Universidad Politécnica de Cartagena. Repositorio institucional <http://hdl.handle.net/10317/3610>
- EIGE (2017a). Gender Equality Index 2017: Measuring gender equality in the European Union 2005-2015. <https://eige.europa.eu/publications/gender-equality-index-2017-measuring-gender-equality-european-union-2005-2015-report>.
- EIGE (2017b). Economic Benefits of Gender Equality in the European Union: Report on the empirical application of the model. <https://eige.europa.eu/publications/economic-benefits-gender-equality-european-union-report-empirical-application-model>.
- Ferguson, L. y Moreno Alarcón, D. (2015). Gender and sustainable tourism: Reflections on theory and practice. *Journal of Sustainable Tourism*, 23 (3), 401-416.

- Fernández Alles, M.T. y Moral Moral, M. (2013). La sostenibilidad como factor de equidad e igualdad de oportunidades en el Turismo. *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, 5 (1), 85-112.
- Fernández-Palacín, F., López-Fernández, M., Maeztu-Herrera, I. y Martín-Prius, A. (2010). El techo de cristal en las Pequeñas y Medianas Empresas. *Revista de Estudios Empresariales*, 1, 231-247.
- Figuroa-Domecq, C., Pritchard, A., Segovia-Pérez, M., Morgan, N. y Villacé-Moliner, T., (2015). Tourism gender research: A critical accounting. *Annals of Tourism Research*, 52, 87-103.
- Freeman, R.E. (1984). *Strategic Management: A Stakeholder Approach*. Pitman.
- Freeman, R.E. (2007). *Managing for Stakeholders*.  
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1186402>.
- Fundación Mujeres (2010). Conciliación de la vida laboral, familiar y personal.  
[http://www.ib.ccoo.es/comunes/recursos/12/doc22183\\_Conciliacion\\_de\\_1\\_a\\_vida\\_laboral\\_familiar\\_y\\_personal\\_.pdf](http://www.ib.ccoo.es/comunes/recursos/12/doc22183_Conciliacion_de_1_a_vida_laboral_familiar_y_personal_.pdf).
- Garay, L. y Font, X. (2013). Motivaciones, prácticas y resultados del comportamiento responsable en las pequeñas y medianas empresas turísticas. *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, 5 (1), 51-84.
- García-Izquierdo, A. L., Ramos-Villagrasa, P. J. y Castano, A.M. (2015). e-Recruitment, gender discrimination, and organizational results of listed companies on the Spanish Stock Exchange. *Journal of Work and Organizational Psychology*, 31 (3), 155-164.
- García Rodríguez, F.J. y Armas Cruz, Y.M. (2007). Relation between social-environmental responsibility and performance in hotels firms. *Hospitality Management*, 26, 824-839.
- Gibert, F., Lope, A. y de Alós, R. (2007). Las organizaciones empresariales y las empresas ante la conciliación de la vida laboral y familiar-personal. *Papers*. *Revista de Sociología*, 83, 57-82.
- Gómez, S. y Martí, C. (2004). La incorporación de la mujer al mercado laboral: Implicaciones personales, familiares y profesionales y medidas estructurales de conciliación trabajo-familia. Documento de Investigación IESE Business School-Universidad de Navarra.  
<https://media.iese.edu/research/pdfs/DI-0557.pdf>
- Gomis Rodríguez, A., Álvarez Sousa, A., Rego Veiga, G., Leira López, J., Caramés Valo, R. y Andrade Suárez, M.J. (2009). La Responsabilidad Social Corporativa como oportunidad para las empresas turísticas. *ROTUR*. *Revista de Ocio y Turismo*, 2, 11-43.
- González, M. y León, C.J. (2001). The adoption of environmental innovations in hotel industry of Gran Canaria. *Tourism Economics*, 7(2), 177-190.

- González Santa Cruz, F., López-Guzmán, T. y Sánchez Cañizares, S.M. (2014). Satisfacción laboral y compromiso organizativo en los recursos humanos de la hostelería de Córdoba (España): Influencia de la tipología contractual y la jornada de trabajo. *Intangible Capital*, 10(1), 189-211.
- Huete, R., Brotons, M. y Sigüenza, M.C. (2016). La desigualdad entre mujeres y hombres en el sector hostelero español. *Estudios y Perspectivas en Turismo*, 25, 73-87.
- IMIO (2017). Buenas prácticas de conciliación y corresponsabilidad en las empresas con distintivo “Igualdad en la empresa” (Red DIE). Análisis sectorial y por tamaño de empresa. [http://www.igualdadenaempresa.es/recursos/monograficos/docs/BBPP\\_Conciliacion\\_Corresponsabilidad\\_Red\\_DIE.pdf](http://www.igualdadenaempresa.es/recursos/monograficos/docs/BBPP_Conciliacion_Corresponsabilidad_Red_DIE.pdf).
- IMIO (2021). Conciliación y Corresponsabilidad en las empresas de la Red DIE e impacto de la COVID-19. [https://www.igualdadenaempresa.es/recursos/estudiosMonografia/docs/Corresponsabilidad\\_Conciliacion\\_RedDIE.pdf](https://www.igualdadenaempresa.es/recursos/estudiosMonografia/docs/Corresponsabilidad_Conciliacion_RedDIE.pdf)
- INE (2021). Mujeres y hombres en España. [https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es\\_ES&c=INEPublicacion\\_C&cid=1259924822888&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalleGratis&param2=1259925472420&param4=Mostrar](https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INEPublicacion_C&cid=1259924822888&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalleGratis&param2=1259925472420&param4=Mostrar)
- Íñiguez Berrozpe, T., Plumed Lasarte, M. y Latorre Martínez, M.P. (2014). Representatividad de la mujer en el sector turístico. Análisis de la desigualdad de género en entidades públicas y privadas dedicadas al turismo en España. *Acciones e Investigaciones Sociales*, 34, 155-181.
- Jonhs, M.L. (2013). Breaking the Glass Ceiling: Structural, Cultural, and Organizational Barriers Preventing Women from Achieving Senior and Executive Positions. *Perspectives in Health Information Management*, 10, 1-11.
- Kinnunen, U., Mauno, S., Geurts, S. y Dikkers, J. (2005). Work-family culture in organizations: Theoretical and empirical approaches. En Poelmans, S.A.Y. (Ed.). *Work and family. An International Research Perspective* (pp. 87-120). Lawrence Erlbaum Associates.
- Krishnan, H.A. (2009). What causes turnover among women on top management teams? *Journal of Business Research*, 62, 1171-1186.
- Krishnan, H.A. y Park, D. (2005). A few good women—on top management teams. *Journal of Business Research*, 58, 1712-1720.
- Las Heras, M., Palet, G. y Riera, G. (2019). Sostenibilidad empresarial y felicidad personal: ¿Complementariedad o contraposición?, IESE, ST-504. <https://media.iese.edu/research/pdfs/ST-0504.pdf>.

- López Gamero, M.D. Molina Azorín, J., Pertusa Ortega, E., Tarí Guilló, J.J. y Pereira Moliner, J. (2013). Certificación medioambiental, competitividad y resultado empresarial: un estudio híbrido en el sector hotelero. *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, 5(1), 113-140.
- Ludevid, M. (2000). *La gestión ambiental de la empresa*. Ariel.
- Marín Rives, L. y Rubio Bañón, A. (2008). ¿Moda o factor competitivo? Un estudio empírico de Responsabilidad Social Corporativa en PYME. *Información Comercial Española (ICE) Revista de Economía*, 842, 177-183.
- Martínez, R. (2006). El Modelo EFR. Un nuevo paradigma para la gestión de las empresas familiarmente responsables (I). *Capital humano revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, 19(202), 52-61.
- McWilliams, S. A., Siegel, D.S. y Wright, P.M. (2006). Corporate Social Responsibility: Strategic Implications. *Journal of Management Studies*, 43(1), 1-18.
- Media-Garrido, J.A., Biedma-Ferrer, J.M. y Ramos-Rodríguez, A.R. (2017). Relationship between work-family balance, employee well-being and job performance. *Academia Revista Latinoamericana de Administración*, 30(1), 40-58.
- Melero, E. (2011). Are workplaces with many women in management run differently? *Journal of Business Research*, 64, 385-393.
- Moreno Alarcón, D. y Cañada Mullor, E. (2018). Dimensiones de género del trabajo turístico. *Alba Sud Editorial*.
- Moreno Alarcón, D. y Cole, S. (2019). No sustainability for tourism without gender equality. *Journal of Sustainable Tourism*, 27(7), 903-919.
- Novo-Corti, I., Calvo, N. y Varela-Candamio, L. (2018). Is my professional future biased for gender perceptions? A study for the Spanish case with public policy proposals on education. *Cuadernos de Gestión*, 18 (2), 59-94.
- ONU (2018). Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2018. <https://unstats.un.org/sdgs/files/report/2018/TheSustainableDevelopmentGoalsReport2018-ES.pdf>. Consultado en agosto de 2019.
- Ortelt, S. y Medina Salgado, S. (2014). La importancia de las políticas socialmente responsables de las empresas turísticas españolas. Una revisión de iniciativas e índices. *Revista de Investigación en Turismo y Desarrollo Local*, 7(16), 1-25.
- Rodríguez-Antón, J.M., Alonso-Almeida, M.M. y Celemín Pedroche, M.S. (2013). Responsabilidad Social Corporativa en las cadenas hoteleras españolas. Un estudio de casos. *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, 5(1), 15-50.

- Ruiz de la Cuesta Fernández, S. y Bajo García, I. (2006). Conciliación de la vida familiar y laboral. *Feminismos/s*, 8, 131-142.
- Santero-Sanchez, R., Segovia-Pérez, M., Castro-Nuñez, B., Figueroa-Domecq, C., y Talón-Ballesteros, P. (2015). Gender differences in the hospitality industry: A Job quality index. *Tourism Management*, 51, 234-246.
- Sarrió, M., Barberá, E., Ramos, A., Candela, C. (2002). El techo de cristal en la promoción profesional de las mujeres. *Revista de psicología social*, 17(2), 167-182.
- Segerman-Peck, L.M. (1991). *Networking and mentoring: A woman's guide*. Judy Piatkus.
- Segovia, M., Figueroa-Domecq, C, Muñoz-Mazón, A. y Fuentes-Moraleda, L. (2016). Mujeres directivas en la industria turística: factores determinantes de su carrera profesional. XII Congreso Español de Sociología, 30, 1 y 2 de julio de 2016, Gijón (Asturias).
- Tandrayen-Ragoobur, V. (2014). Glass ceiling and sticky floors: Barriers to career Advancement for Mautitarian Women. *Journal of Global Economy*, 10(2), 110-158.
- Tejedo Romero, F. y Ferraz Esteves Araujo, J.F. (2018). Transparency, Social Responsibility and Corporate Governance: Human Capital of companies. *Cuadernos de Gestión*, 18 (2), 133-162.
- Treviño, M. R. (2007). Factores e indicadores de vulnerabilidad en la conciliación de empleo y familia. *Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal*. Ministerio de trabajo e inmigración. Centro de Estudios Demográficos. FIPROS, 873-896.

## LOS COMPLIANCE PROGRAMS EN LOS CLUBES DE FÚTBOL

---

LUCAS G. MENÉNDEZ CONCA<sup>434</sup>

*Universidad de Zaragoza*

### 1. INTRODUCCIÓN

El deporte, en el que debería imperar siempre el juego limpio, el comportamiento leal y sincero y el estricto cumplimiento de la legalidad, se enfrenta al peligro de que sirva de medio para la obtención de beneficios deportivos y/o económicos injustos a través de la realización de distintas conductas ilícitas, algunas de las cuales pueden constituir infracciones penales. Aunque este peligro amenaza a todas las prácticas deportivas, en nuestro caso nos centraremos exclusivamente en el fútbol, puesto que es el deporte más popular del mundo y, como dice Palma Herrera (2017, p. 283), constituye un terreno abonado para la práctica de múltiples actividades delictivas debido al volumen de dinero que mueve a nivel mundial, al potencial económico de algunos grandes clubes cuyos presupuestos superan cada temporada el centenar de millones de euros, a la falta de transparencia que tradicionalmente han tenido las finanzas de estas entidades, al escaso control sobre la figura de los agentes o intermediarios futbolísticos, o a la frecuente irrupción de sujetos desconocidos que tratan de hacerse con el control de los clubes de fútbol<sup>435</sup>.

---

<sup>434</sup> Investigador predoctoral del Grupo de Estudios Penales de la Universidad de Zaragoza. Miembro investigador del Instituto Universitario de Investigación en Empleo, Sociedad Digital y Sostenibilidad (IDEIS) de la Universidad de Zaragoza. Este trabajo se inserta dentro de las líneas de investigación del Grupo de Estudios Penales de la Universidad de Zaragoza, grupo de investigación de referencia reconocido por la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA de 26 de marzo de 2020), cuyo Investigador Principal es el Prof. Dr. D. Miguel Ángel Boldova Pasamar, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza.

<sup>435</sup> Véanse también, en este sentido, verbigracia, García Herrera (2017, pp. 2-3) y Torres Fernández (2017, pp. 113-114).

Por ello, resulta necesario que las entidades deportivas adopten una serie de medidas para promover que sus dirigentes y trabajadores desempeñen sus funciones de forma ética y con estricto cumplimiento de la legalidad. Se debe procurar el respeto de la normativa deportiva y de todos los sectores del ordenamiento jurídico. Especialmente importante, dada la gravedad de estas conductas y de sus consecuencias, es la prevención de los riesgos penales a los que se enfrentan los clubes de fútbol. La comisión de un delito en perjuicio del club, como, por ejemplo, un delito de administración desleal o de falsedad contable, puede afectarle seriamente. Además, si la infracción penal se ha realizado en beneficio de la entidad, como podría suceder si se amaña un partido o se defrauda a la Hacienda Pública, aquella podrá responder penalmente conforme a lo dispuesto en los arts. 31 bis y ss. CP, enfrentándose no solo a la imposición de severas penas<sup>436</sup>, sino también a un grave daño reputacional.

## 2. LA RESPONSABILIDAD PENAL EN QUE PUEDEN INCURRIR LOS CLUBES DE FÚTBOL

La LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo en el Código Penal un sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus dirigentes o empleados, el cual fue modificado cinco años más tarde en virtud de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que incluyó como principal novedad la posibilidad de que estas entidades puedan quedar exentas de responsabilidad penal si han adoptado y ejecutado eficazmente un *compliance program*. Así, conforme al primer

---

<sup>436</sup> Las penas aplicables a las personas jurídicas se recogen en el art. 33.7 CP: “a) Multa por cuotas o proporcional. b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años. e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años. g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años...”.

apartado del art. 31 bis CP, en los supuestos previstos en el Código Penal (sistema de *numerus clausus*), las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en su nombre u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma, así como de las infracciones penales cometidas, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las antedichas personas físicas, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

No obstante, las personas jurídicas pueden quedar exentas de responsabilidad penal si su órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (*compliance programs*)<sup>437</sup>. Estos

---

<sup>437</sup> Si el delito ha sido cometido por un empleado de la persona jurídica, para que esta pueda quedar exenta de responsabilidad penal basta con la adopción y ejecución eficaz de los referidos modelos de organización y gestión (art. 31 bis.4 CP). En cambio, si la infracción penal ha sido realizada por un representante legal de la persona jurídica o por alguien que actuando individualmente o como integrante de uno de sus órganos, está autorizado para tomar decisiones en nombre de la entidad u ostenta facultades de organización y control dentro de la misma, “la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención; y 4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª. En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena” (art. 31 bis.2 CP). Cuando el delito haya sido cometido por un empleado, resultará igualmente aplicable la

modelos de organización y gestión deberán cumplir los requisitos señalados en el apartado quinto del art. 31 bis CP<sup>438</sup>.

Si bien el art. 31 bis CP no recoge un concepto de *persona jurídica* ni un elenco de las mismas<sup>439</sup>, sí que se prevé, a la inversa, un ámbito subjetivo de inaplicación en el art. 31 quinquies CP (Boldova Pasamar, 2016, p. 354), cuyo primer apartado señala que “las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas”. Lógicamente, los clubes de fútbol no forman parte de este elenco de personas jurídico-públicas que no pueden responder penalmente, y ello a pesar de que en ocasiones reciban subvenciones públicas (Gimeno Beviá, 2017, p. 67). Estas entidades deportivas son

---

atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo. Además, cabe destacar que, conforme al apartado tercero de este precepto, “en las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.<sup>a</sup> del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada”.

<sup>438</sup> Art. 31 bis.5 CP: “Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.<sup>a</sup> del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos: 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios”.

<sup>439</sup> El art. 35 del Código Civil indica que son *personas jurídicas* las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley, empezando su personalidad desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas, así como las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.

personas jurídicas de naturaleza privada<sup>440</sup> susceptibles de ser sancionadas penalmente por los delitos cometidos por sus dirigentes o empleados si se cumplen las condiciones previstas en los arts. 31 bis y ss. CP.

### 3. LOS PRINCIPALES RIESGOS PENALES A LOS QUE SE ENFRENTAN ESTAS ENTIDADES DEPORTIVAS

Las infracciones penales que con mayor probabilidad se podrían cometer en un club de fútbol son en su mayoría de naturaleza económica. Podemos distinguir en este breve análisis entre los “riesgos transversales”, que son aquellos riesgos penales que afectan a las personas jurídicas independientemente del sector económico en el que desarrollan sus actividades, y los riesgos penales que son específicos del ámbito deportivo y, en concreto, del futbolístico.

El primer y principal riesgo transversal que afecta a los clubes de fútbol proviene de las defraudaciones tributarias, puesto que estos clubes, al igual que el resto de las personas jurídicas, se encuentran sujetos a una serie de obligaciones fiscales a las que deben hacer frente y cuyo incumplimiento puede provocar que sean sancionados en vía administrativa o en vía penal, en función de la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados, conforme a lo dispuesto en los arts. 305 y ss. CP. Como afirma Solar Rodríguez (2017), se ha podido constatar durante los últimos años que “multitud de clubes vienen manteniendo cuantiosísimas deudas tributarias con la Hacienda Pública a causa de la mala gestión económica llevada a cabo por sus dirigentes y al escaso compromiso demostrado en materia de cumplimiento fiscal, así como también por la pasividad del Estado frente

---

<sup>440</sup> El art. 14 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte indica que “los Clubes deportivos, en función de las circunstancias que señalan los artículos siguientes, se clasifican en: a) Clubes deportivos elementales. b) Clubes deportivos básicos. c) Sociedades Anónimas Deportivas”. Su art. 19.1 señala que “los Clubes, o sus equipos profesionales, que participen en competiciones deportivas oficiales de carácter profesional y ámbito estatal, podrán adoptar la forma de Sociedad Anónima Deportiva a que se refiere la presente Ley. Dichas Sociedades Anónimas Deportivas quedarán sujetas al régimen general de las Sociedades Anónimas, con las particularidades que se contienen en esta Ley y en sus normas de desarrollo”.

a este conjunto de comportamientos” (pp. 68-69). Aunque el Informe Económico del Fútbol Profesional de 2015 elaborado por la Liga de Fútbol Profesional corrobora que la deuda que tienen los clubes de fútbol con la Agencia Tributaria ha ido reduciéndose paulatinamente<sup>441</sup>, continúa advirtiéndome este autor que es posible observar que estos clubes continúan manteniendo altas cifras de endeudamiento con la AEAT<sup>442</sup> y que dicho adeudamiento constituye un problema tradicional y cuasi estructural del fútbol que genera no solo una gran controversia social, sino también importantes riesgos penales para estas entidades<sup>443</sup>.

En nuestro país ya se han dictado varias condenas contra clubes de fútbol por la comisión de delitos contra la Hacienda Pública. En el llamado ‘Caso Neymar’ el F.C. Barcelona fue condenado, en una sentencia de conformidad, por la comisión de dos delitos contra la Hacienda Pública por defraudar a la AEAT en sus declaraciones tributarias por el fichaje del futbolista brasileño, debiendo abonar, en concepto de multa, la cantidad de 5,5 millones de euros<sup>444</sup>. También han resultado condenados por la comisión de estos delitos el Rayo Vallecano de Madrid<sup>445</sup>, el Real Zaragoza<sup>446</sup> y el C.A. Osasuna<sup>447</sup>. Por consiguiente, la experiencia ha demostrado que, aunque los clubes de fútbol tienen unos ingresos económicos considerables, sus cada vez mayores gastos, especialmente en materia de fichajes y salarios de jugadores, unida a una deficiente gestión económica y organizativa, les dificultan hacer frente a sus obligaciones tributarias. El riesgo de incurrir en una infracción administrativa o penal, en función de su cuantía, por no cumplir sus obligaciones tributarias no solo afecta a los clubes de fútbol de primera y segunda división,

---

<sup>441</sup> Este informe está disponible en: <https://bit.ly/3MEqFPN> (consultado el 5 de octubre de 2022).

<sup>442</sup> Véase más información en “Los grandes morosos de Hacienda del deporte en España” (Forbes), disponible en: <https://bit.ly/3VrmWt7> (consultado el 8 de octubre de 2022).

<sup>443</sup> Pueden verse, en el mismo sentido, Herra Rodríguez (2017, p. 156) y Fernández Torres (2020, pp. 84-85).

<sup>444</sup> SAP de Barcelona 694/2016, de 14 de diciembre (Rec. 94/2016).

<sup>445</sup> SAP de Madrid 545/2018, de 16 de julio (Rec. 694/2016), y STS 496/2020, de 8 de octubre (Rec. 4141/2018).

<sup>446</sup> SAP de Zaragoza 83/2020, de 2 de marzo (Rec. 29/2019).

<sup>447</sup> SAP de Navarra 223/2020, de 15 de septiembre (Rec. 215/2018).

sino que también se presenta en los clubes que compiten en el resto de categorías<sup>448</sup>.

Asimismo, otro riesgo transversal de carácter económico al que se enfrentan los clubes de fútbol es el generado por los delitos de blanqueo de capitales (arts. 298 y ss. CP), puesto que, como puso de manifiesto el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) en un informe realizado en el año 2009<sup>449</sup>, al igual que con cualquier otra actividad comercial, los delincuentes pueden hacer uso del deporte para legitimizar las ganancias provenientes del delito o para perpetrar actividades ilegales en busca de renta financiera. Este riesgo se acrecienta en el mercado del fútbol profesional con respecto al de otros deportes, dadas las grandes sumas de dinero que se invierten en él derivado, principalmente, de los traspasos nacionales e internacionales de jugadores mediante pagos por transferencias que se producen en todo el mundo. Como se advierte en el informe, los flujos de dinero transfronterizos que se encuentran en juego pueden escapar en gran medida al control de las organizaciones nacionales y supranacionales de fútbol, lo que abre oportunidades para el movimiento y lavado de dinero. Además, las apuestas sobre encuentros deportivos y, en particular, de fútbol proporcionan otro modo de permitir el movimiento de grandes sumas de dinero fuera del control de los organismos reguladores. Aunque hasta ahora ningún club de fútbol español ha sido condenado por haberse visto implicado en una trama de blanqueo de capitales, la doctrina coincide en señalar que se trata de un riesgo penal relevante para estas entidades y que, por ende, tendrán que adoptarse medidas idóneas para reducir razonablemente la probabilidad de su aparición<sup>450</sup>.

---

<sup>448</sup> Puede verse más información en "Los modestos del fútbol español, en la lista de morosos de Hacienda" (Iusport), disponible en: <https://bit.ly/3VyvK04> (consultado el 8 de octubre de 2022).

<sup>449</sup> Este informe se encuentra disponible en: <https://bit.ly/3yLQcRk> (consultado el 8 de octubre de 2022).

<sup>450</sup> En este sentido, pueden verse, entre otros, Gimeno Beviá (2016, pp. 233 y ss.), Solar Rodríguez (2017, pp. 70-72), Rodríguez Monserrat (2018, pp. 14-15) y Fernández Torres (2020, pp. 77-79).

También cabría mencionar la posibilidad de que un club de fútbol sea condenado por la comisión de un delito de insolvencia punible (arts. 259 y ss. CP), puesto que durante estos años casi treinta clubes que compiten en las dos primeras divisiones del fútbol español han estado en algún momento en concurso de acreedores<sup>451</sup>. Asimismo, se debe sopesar el riesgo de que estas entidades deportivas puedan incurrir, por ejemplo, en delitos de acoso laboral o sexual (arts. 173 y 184 CP), los cuales desgraciadamente se pueden producir en cualquier entidad; delitos de descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197 y ss. CP), en los que se podría incurrir si se utilizan ilícitamente los datos de sus socios o terceros que posea el club; delitos contra la Seguridad Social (arts. 307 y ss. CP), en el que podría incurrir un club de fútbol en función de la cuantía defraudada a la Seguridad Social<sup>452</sup>; delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319 CP), si el club se ve involucrado, por ejemplo, en una recalificación ilegal de terrenos<sup>453</sup>, etc.; siempre y cuando, como se ha dicho, concurren los requisitos que prevén los arts. 31 bis y ss. CP para poder atribuir responsabilidad penal a un club de fútbol por el delito cometido por alguno de sus dirigentes o empleados.

Por otra parte, existen otros riesgos penales que son característicos del sector futbolístico. El primero y principal de ellos es el referido a las conductas de corrupción privada deportiva que tienen por objeto el amaño o adulteración de los resultados de la competición, las cuales se tipifican como delito en el apartado cuarto del art. 286 bis CP, pudiendo responder penalmente una persona jurídica por su comisión conforme al art. 288 CP. Como dice Solar Rodríguez (2017), “independientemente de la liga nacional y de la categoría en la que nos encontremos, en ocasiones surgen sospechas de amaños de partidos con el fin de alterar los

---

<sup>451</sup> Véase, al respecto, “Listado con los clubes de fútbol que han entrado en concurso de acreedores” (Deportes Cuatro), disponible en: <https://bit.ly/3EKPYhf> (consultado el 10 de octubre de 2022).

<sup>452</sup> Puede verse, al respecto, “La Guardia Civil inspecciona diez clubes de fútbol de 2ºB por un posible fraude” (La Información), disponible en: <https://bit.ly/3eBlinS> (consultado el 10 de octubre de 2022).

<sup>453</sup> Véase, en detalle, el informe publicado en 2015 por Transparencia Internacional España, titulado “Especulación urbanística en clubes de fútbol en España”, disponible en: <https://bit.ly/3yFyXB5> (consultado el 10 de octubre de 2022).

resultados de las competiciones, sobre todo cuando la temporada está llegando a su fin y los clubes disputan el ascenso o descenso de categoría o la clasificación para participar en competiciones internacionales, y ello dado que gran parte de los ingresos de los clubes dependen de estos acontecimientos -piénsese, por ejemplo, en los ingresos obtenidos en concepto de derechos televisivos-” (p. 66)<sup>454</sup>. Este riesgo ha aumentado debido a la proliferación de las apuestas en las competiciones deportivas, las cuales se realizan a través de Internet desde cualquier parte del mundo, moviendo millones de euros cada temporada<sup>455</sup>, y que permiten apostar no solo qué equipo conseguirá la victoria en un determinado encuentro deportivo, sino toda clase de resultados como, en el supuesto del fútbol, cuántos goles marcará el equipo vencedor, en qué rango de minutos se marcarán, quién será el máximo anotador, cuántos corners se producirán, cuántas tarjetas amarillas o rojas sacará el colegiado, etc.<sup>456</sup>.

Los amaños de partidos de fútbol son una lacra que afecta a este deporte en todo el mundo. En España la lista de partidos de fútbol que han sido o están siendo investigados por sospechas de amaños es larga e implica a un gran número de personas (directivos, futbolistas, exfutbolistas, árbitros y terceros)<sup>457</sup>. Estas sospechas de amaños de partidos han afectado a distintas categorías del fútbol español, tanto en el fútbol masculino como en el femenino<sup>458</sup>. En la mayoría de los casos sospechosos detectados, el amaño está vinculado a la obtención ilícita de beneficios económicos a través de las apuestas. No obstante, también puede adulterarse el resultado de un encuentro disputado entre dos clubes con el objeto de

---

<sup>454</sup> En el mismo sentido se pronuncian, por ejemplo, Berdugo Gómez de la Torre y Cerina (2012, p. 4), Torres Fernández (2017, p. 106) y Fernández Torres (2020, p. 84).

<sup>455</sup> Véase más información en “Las apuestas deportivas mueven el 40% de los 17.000 millones de euros que se juegan en internet en España al año” (elDiario), disponible en: <https://bit.ly/3EI6LkX> (consultado el 12 de octubre de 2022).

<sup>456</sup> Puede verse, al respecto, “Así se amañan partidos de Tercera para engañar a las casas de apuestas chinas” (El Español), disponible en: <https://bit.ly/3exyB8U> (consultado el 12 de octubre de 2022).

<sup>457</sup> Véase, en detalle, “Amaño de partidos: La larga lista de casos sospechosos en el fútbol español” (ABC), disponible en: <https://bit.ly/3EG9NGy> (consultado el 12 de octubre de 2022).

<sup>458</sup> Puede verse más información en “Detenidas 21 personas por amaño de partidos en Tercera división masculina y en Primera femenina” (ABC), disponible en: <https://bit.ly/3MAnLeU> (consultado el 12 de octubre de 2022).

que uno de ellos o un tercer equipo logre una ventaja en la competición (como, por ejemplo, ascender de categoría, mantener la actual, u optar a disputar un campeonato europeo), sin que medie la realización de apuestas en dicha operación, alcanzando así una mejor posición deportiva y también económica<sup>459</sup>. Es lo que ocurrió en el ‘Caso Osasuna’, en el que se descubrió que algunos directivos del C.A. Osasuna habían pactado con dos jugadores del Real Betis Balompié el pago de una cantidad total de 650.000 euros por influir en los resultados de la competición, recibiendo 400.000 euros si ganaban al Real Valladolid en la jornada 37 de la temporada 2013-14 y 250.000 euros por dejarse perder en la jornada 38 contra el C.A. Osasuna, todo ello con intención de lograr que este club evitara el descenso a Segunda División, lo que finalmente se produjo a pesar del amaño de estos encuentros<sup>460</sup>.

Además, es necesario destacar que, como afirma Castellanos Claramunt (2018), “realmente el problema de las apuestas no reside en los grandes eventos deportivos, sino en aquellas categorías en las que la compensación económica por el desarrollo profesional no desincentiva del todo este tipo de prácticas, de ahí los recientes casos de amaños de partidos en las categorías más humildes de nuestro fútbol” (p. 120). En efecto, el peligro de que se realicen comportamientos tendentes a adulterar el resultado de un partido de fútbol (no solo el resultado global, sino también algún aspecto del encuentro sobre el que se pueda apostar) no se produce únicamente en las dos primeras divisiones del fútbol español<sup>461</sup>, en las que compiten clubes con mayor presupuesto, sino también en el resto de las categorías del fútbol masculino y femenino. La razón de que aumente la probabilidad de que acaezca la corrupción deportiva en las competiciones más modestas podría radicar en que las personas implicadas

---

<sup>459</sup> No podemos olvidar que habitualmente la consecución de objetivos deportivos va acompañada de unos considerables ingresos económicos. Así, por ejemplo, un club de fútbol que ascienda a la Primera División obtendrá grandes ingresos procedentes de la venta de abonos y entradas para acceder a su estadio, de la publicidad, de los derechos televisivos, etc. Al respecto, puede verse, verbigracia, “¿Cuánto dinero llegará a Huesca con el ascenso?” (Heraldo de Aragón), disponible en: <https://bit.ly/3VypVzE> (consultado el 12 de octubre de 2022).

<sup>460</sup> SAP de Navarra 111/2020, de 23 de abril (Rec. 395/2017).

<sup>461</sup> Denominadas actualmente *LaLiga Santander* y *LaLiga SmartBank* por motivos de patrocinio.

estimen que las irregularidades en estos encuentros tienen un menor peligro de ser descubiertas porque tienen menos cobertura mediática y un número de espectadores más reducido<sup>462</sup>.

Aunque, por fortuna, el fútbol español cuenta con escasos precedentes en cuestiones de dopaje (Solar Rodríguez, 2017, p. 64), también existe el riesgo de incurrir en un delito de dopaje, recogido en el art. 362 quinques CP<sup>463</sup>, si el personal médico del club proporciona o facilita a algún jugador de la plantilla sustancias farmacológicas prohibidas o métodos no reglamentarios destinados a aumentar sus capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones, que por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro su vida o su salud<sup>464</sup>. El hecho de que el fútbol no sea el deporte en el que se han detectado más casos de dopaje y de que en nuestro fútbol nacional sea muy excepcional encontrar algún ejemplo de estas conductas<sup>465</sup>, no obsta para que distintos autores identifiquen el peligro del dopaje como uno de aquellos que pueden afectar seriamente a los clubes de fútbol<sup>466</sup>. Asimismo, se puede mencionar, por ejemplo, la posibilidad de que se cometa en el seno de la entidad deportiva un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP) debido a que los clubes de fútbol tienen ojeadores en otros países y recurren, con frecuencia, a la contratación de jugadores extranjeros, incluso cuando estos

---

<sup>462</sup> Pueden verse también, en este sentido, Pérez Triviño (2018, p. 12) y Aparicio Caparrós (2021, p. 4). Los medios de comunicación informan con cada vez más frecuencia sobre partidos disputados en estas categorías de fútbol que están siendo investigados por posibles amaños. Puede verse, por ejemplo, “LaLiga denuncia cuatro posibles amaños en Segunda B y Tercera” (As), disponible en: <https://bit.ly/3VJ3ND9> (consultado el 15 de octubre de 2022).

<sup>463</sup> Si se cumplen las condiciones previstas en los arts. 31 bis y ss. CP, el club de fútbol, como persona jurídica, podría llegar a responder penalmente por la comisión de un delito de dopaje con arreglo a lo dispuesto en el art. 366 CP.

<sup>464</sup> Si no se cumple este último requisito, este comportamiento constituirá una infracción administrativa, la cual se sancionará conforme a lo dispuesto en los arts. 19 y ss. de la Ley Orgánica 11/2021, de 28 de diciembre, de lucha contra el dopaje en el deporte.

<sup>465</sup> Véase, al respecto, “El dopaje en el fútbol español” (El Mundo), disponible en: <https://bit.ly/3CYfkHc> (consultado el 16 de octubre de 2022).

<sup>466</sup> En este sentido, pueden verse, entre otros, Solar Rodríguez (2017, pp. 63-65), Herra Rodríguez (2017, p. 154), Rodríguez Monserrat (2018, p. 14) y Castellanos Claramunt (2018, pp. 116-118).

son aún menores de edad<sup>467</sup>. Teniendo en cuenta la existencia de equipos de categorías infantiles en muchos clubes deportivos, también se deben implementar las medidas que resulten necesarias para prevenir, detectar y poner en conocimiento de las autoridades los comportamientos que constituyan delitos sexuales contra menores (arts. 183 y 183 bis CP)<sup>468</sup>, los cuales, por desgracia, no son inusuales en el mundo del deporte<sup>469</sup>.

Si bien nos hemos centrado en aquellos comportamientos delictivos que podrían acarrear sanciones penales para un club de fútbol porque se realizarían en su beneficio (directo o indirecto)<sup>470</sup>, lógicamente también se deberán adoptar medidas idóneas para prevenir que los dirigentes, trabajadores o terceros cometan delitos en perjuicio del club, como puede suceder, por ejemplo, con los delitos de estafa (arts. 248 y ss. CP), administración desleal (art. 252 CP), apropiación indebida (art. 253 CP), falsedad contable (art. 290 CP), falsedad en documento público o privado (arts. 392 y ss. CP), etc.

#### 4. CONCLUSIONES: LA NECESARIA IMPLEMENTACIÓN DE *COMPLIANCE PROGRAMS*

Durante los últimos años se han ido descubriendo un cada vez mayor número de delitos cometidos en el seno de distintos clubes de fútbol, lo cual ha causado un gran revuelo mediático y ha motivado que, al igual que ha sucedido en el sector empresarial, se haya comenzado a fomentar la implementación de medidas tendentes a evitar o reducir significativamente el riesgo de que los dirigentes o empleados de estas entidades deportivas incurran en infracciones penales en el ejercicio de sus funciones, tanto si se realizan en beneficio como en perjuicio de las mismas. Por supuesto, la adopción y ejecución de un *compliance program* no

---

<sup>467</sup> Ponen de manifiesto la importancia de este riesgo penal para los clubes de fútbol, por ejemplo, Moreno Carrasco (2016, p. 55), Solar Rodríguez (2017, pp. 67-68) y Fernández Torres (2020, p. 84).

<sup>468</sup> Al respecto, véase, especialmente, Magro Servet (2019, p. 7).

<sup>469</sup> Puede verse más información en “La gran lacra del abuso infantil en el deporte” (El País), disponible en: <https://bit.ly/3yLRko2> (consultado el 16 de octubre de 2022).

<sup>470</sup> Para que se pueda declarar la responsabilidad penal de la entidad tendrían que cumplirse, por supuesto, el resto de los requisitos que exige el art. 31 bis.1 CP.

tiene como objeto únicamente prevenir el riesgo de que se cometan delitos en los clubes de fútbol, sino que tiene como fin promover que todos los miembros de la entidad lleven a cabo sus labores cumpliendo estrictamente la legalidad y de forma íntegra y ética. Como señala Nieto Martín (2015), el cumplimiento normativo implica “actuar conforme a la legalidad, entendiendo legalidad en un sentido amplio, que abarcaría el cumplimiento de obligaciones procedentes de la ley (civil, penal, administrativa, laboral, del mercado de valores, etc.), pero también las directrices internas de la empresa -en este caso, del club de fútbol- y en especial su código ético” (p. 25). No obstante, para acotar el objeto de este estudio, hemos centrado nuestra atención en la prevención de la delincuencia en estas entidades deportivas.

Como se ha indicado, a partir de la reforma del Código Penal efectuada en el año 2010, las personas jurídicas pueden responder penalmente por ciertos delitos cometidos por sus dirigentes o empleados, siempre y cuando se cumplan las condiciones previstas en el art. 31 bis.1 CP. Aunque, en principio, no se reconocía la posibilidad de que las personas jurídicas pudieran quedar exentas de responsabilidad penal por haber implementado adecuadamente medidas para prevenir la realización de estas infracciones penales, desde el año 2015 la adopción y ejecución eficaz de un *compliance program* puede evitar que estas entidades resulten condenadas en un procedimiento penal. En el año 2015 también se modificaron los Estatutos Sociales de la Liga Nacional de Fútbol Profesional<sup>471</sup> para incluir en el apartado 19 de su art. 55 un requisito obligatorio para que los clubes de fútbol se pudieran inscribir en las competiciones oficiales de Primera y Segunda División a partir de la temporada 2016/2017 consistente precisamente en “adoptar y ejecutar con eficacia modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir la comisión de delitos o reducir significativamente el riesgo de su comisión, en los términos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal”. Por tanto, actualmente los clubes que desean participar en las referidas competiciones oficiales de fútbol deben haber implementado y ejecutado eficazmente un *compliance*

---

<sup>471</sup> Texto disponible en: <https://bit.ly/3S3N0Hx> (consultado el 17 de octubre de 2022).

*program* que cumpla los requisitos previstos en el art. 31 bis CP, en concreto en su apartado quinto, lo cual sin duda ayudará a prevenir la comisión de delitos o, al menos, a reducir significativamente el riesgo de su comisión en estas entidades deportivas.

Aunque, por supuesto, debe valorarse positivamente la referida modificación de los Estatutos Sociales de la Liga Nacional de Fútbol Profesional, debemos advertir que esta exigencia de adoptar y ejecutar eficazmente *compliance programs* no afecta a los clubes que compiten en el resto de las ligas del fútbol español. En efecto, los clubes de fútbol que compiten en la Primera División RFEF (antigua Segunda División B) y en las otras categorías no requieren contar con esta clase de medidas de prevención de delitos<sup>472</sup>, debido a que ello solo es exigible a las entidades que pretendan inscribirse en las competiciones oficiales de Primera y Segunda División. Sin embargo, sobre todo en el caso de los clubes de fútbol que compiten en la Primera División RFEF, se trata de entidades que cuentan con presupuestos nada desdeñables<sup>473</sup> y en los que existe el riesgo de que se cometan distintas infracciones penales. En este sentido, Fernández Torres (2020) advierte que “se están produciendo desde el año 2015, un aumento progresivo y continuo de anomalías deportivas e ilícitos penales en el deporte modesto en general, en concreto en el fútbol”, lo cual puede deberse a que en estas entidades deportivas se denota una falta de inspección, control interno y de seguimiento en la ejecución de sus actividades (pp. 60 y 74). Por ello, como propone este autor, los programas de cumplimiento normativo deberían instaurarse tanto en el deporte profesional como en el modesto, en el cual el riesgo de criminalidad puede ser incluso mayor debido a que “las competiciones amateur

---

<sup>472</sup> En los Estatutos de la Real Federación Española de Fútbol no se recoge un precepto que contenga las mismas o similares exigencias a las previstas en el art. 55.19 de los Estatutos Sociales de la Liga Nacional de Fútbol Profesional.

<sup>473</sup> El presupuesto medio anual de los clubes de fútbol que compiten en la Primera División RFEF ronda el millón de euros, oscilando entre los 600.000 euros de los equipos más humildes y los cuatro millones de euros que pueden tener los clubes con mayor financiación. Puede verse más información en “Capital, socios y espórsors: tridente defensivo de los clubes de Segunda B ante una caída del 30% de su negocio” (Palco23), disponible en: <https://bit.ly/3VtqDhM> (consultado el 17 de octubre de 2022).

pasan más desapercibidas, carecen de infiltrados, y no son el objetivo directo, ni central de las investigaciones” (p. 76)<sup>474</sup>.

## 5. REFERENCIAS

- Aparicio Caparrós, F. (2021). Regulación y perspectivas en España del delito de fraude deportivo. Especial referencia al caso Osasuna. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* (71), 1-42.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. y Cerina, G. (2012). Algunos problemas del nuevo delito corrupción en el deporte. *Revista General de Derecho Penal* (18), 1-19.
- Boldova Pasamar, M.A. (2016). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. En C.M. Romeo Casabona, E. Sola Reche y M.A. Boldova Pasamar (Coords.), *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*, 2.<sup>a</sup> ed. (pp. 349-370). Comares.
- Calabuig Goena, J. (2020). El delito de corrupción en el deporte: breves consideraciones a la luz de la sentencia del Caso Osasuna. *La Ley: Compliance Penal* (2), 1-17.
- Castellanos Claramunt, J. (2018). Corrupción y buen gobierno en el deporte. Breve análisis del caso Soule. *Dilemata* (27), 115-130.
- Fernández Torres, J.M. (2020). Análisis, implantación e incidencia del compliance en el Derecho del Deporte. *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, 16, 59-94.
- García Herrera, A. (2017). Prevenir la corrupción en la gestión de federaciones y clubes de fútbol: la eficacia de las prácticas de buen gobierno y del compliance penal. *Revista Internacional de Transparencia e Integridad* (4), 1-13.
- Gimeno Beviá, J. (2016). Problemas actuales de la corrupción en el fútbol: aspectos penales y procesales. *Revista Aranzadi Doctrinal* (5), 225-243.

---

<sup>474</sup> En similares términos, Palma Herrera (2017) afirma que la adopción y ejecución eficaz de *compliance programs*, conforme a lo dispuesto en el art. 31 bis CP, “debería convertirse en algo consustancial a todo club de fútbol en cuanto ente dotado de personalidad jurídica. Incluso en aquellos casos en los que militan en competiciones menores, donde a veces puede resultar hasta más fácil la comisión de determinados comportamientos delictivos por la ausencia de controles” (p. 320). Véanse también, en este sentido, entre otros, Malem Seña (2014, pp. 106-107), Castellanos Claramunt (2018, p. 120) y Calabuig Goena (2020, p. 10). Puede verse, asimismo, “*Compliance: también en el fútbol no profesional*” (Iusport), disponible en: <https://bit.ly/3CBkHdW> (consultado el 17 de octubre de 2022).

- Gimeno Beviá, J. (2017). Los clubs de fútbol ante el partido de su responsabilidad penal. Análisis de los casos “Osasuna” y “Neymar”. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* (55), 65-81.
- Herra Rodríguez, S. (2017). La criminalidad económica, factores de riesgo y compliance en el ámbito deportivo profesional. *Revista Española de la Transparencia* (5), 148-164.
- Magro Servet, V. (2019). La necesidad del buen compliance en el derecho del deporte. *Diario La Ley* (9402), 1-12.
- Malem Seña, J.F. (2014). La corrupción en el deporte. Fair Play. *Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, 2 (2), 105-121.
- Moreno Carrasco, F. (2016). Panorama de la corrupción en el mundo del deporte. Realidad global y elementos a considerar. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* (53), 25-65.
- Nieto Martín, A. (2015). El cumplimiento normativo. En A. Nieto Martín (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (pp. 25-48). Tirant lo Blanch.
- Palma Herrera, J.M. (2017). Responsabilidad penal de los clubes de fútbol. En L. Morillas Cueva (Dir.), *Respuestas jurídicas al fraude en el deporte* (pp. 283-320). Dykinson.
- Pérez Triviño, J.L. (2018). ¿Por qué es tan difícil perseguir los amaños de partidos vinculados a las apuestas? *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* (61), 1-19.
- Rodríguez Monserrat, M. (2018). La responsabilidad de los clubes de fútbol: ¿es necesario un enfoque penal? *Revista General de Derecho Penal* (30), 1-31.
- Solar Rodríguez, J. (2017). Programas de cumplimiento penal en clubes de fútbol. Fair Play. *Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, 9, 60-83.
- Torres Fernández, M.E. (2017). El delito de fraude en la competición deportiva del art. 286 bis 4 del Código Penal. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento* (57), 103-132.

SECCIÓN VII

AVANCES EN LA POLÍTICA  
Y EN LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

---

## DEMOCRACIA DIRECTA Y LA REVOCATORIA DEL MANDATO - PROBLEMÁTICA EN SU APLICACIÓN

---

ESTEBAN RON CASTRO  
*UISEK*

RICARDO ANDRADE UREÑA  
*Universidad de Salamanca*

### 1. INTRODUCCIÓN

Los debates de los últimos años en los que se tienen una atención en cuanto a los niveles, estándares o principios democratizadores, ponen en cuestionamiento todos los mecanismos de democracia directa que se han proliferado en las constituciones latinoamericanas como una reacción ante la crisis de partidos y movimientos políticos, así como de la cooptada administración pública en la que los ciudadanos no tienen mayor participación debido a las configuraciones cerradas en cuanto a la nominación de posibles autoridades en estrictas interacciones entre poderes del estado.

A pesar de esto, debemos considerar siempre que la historia que ha fundado nuestros esquemas políticos tienen sus orígenes en las antiguas democracias donde la representación era uno de los ideales de la democracias y en la conformación de los estados modernos surge con mayor fuerza, por las dificultades en las asambleas generales, pero además porque la legitimidad basada en el principio soberano toma fuerza. A pesar de esto, y por el proceso de formación rápido los estados se formaron con centralizaciones fuertes en cuanto al poder ejecutivo pero con una participación baja en otras instancias, como es el caso del modelo francés y europeo. En otros casos de acuerdo con la configuración propia de cada estado la descentralización fue fuerte y la participación directa se fomentó en esta, como en el caso suizo. (Welp & Ordoñez, 2017)

A pesar de esta primera configuración no lineal de las discusiones a lo largo del trabajo iremos viendo como se ha desarrollado la figura de la revocatoria del mandato para tratar de sostenerla o no dentro de la configuración de un mecanismo de democracia directa aceptado en los estándares internacionales.

## 2. LA EVOLUCIÓN EJEMPLIFICADA

Para el caso específico de la revocatoria de mandato según Spivak, citado por Welp y Ordoñez, quien logra generar un resumen y citar las discusiones de la convención de Filadelfia que goza de actualidad en cuanto a la opinión generada se puede decir que se produjo un malestar vigente cuando se rechazaba a dicha figura, como el de “Alexander Hamilton quien estableció que la utilización de esta podía estar determinada a los humores de los ciudadanos” (Welp & Ordoñez, 2017).

Siguiendo a los autores quienes manifiestan que la evolución no es lineal en esta parte de la historia, señalan que en ciertas ciudades ya se invocó a la figura como lo sucedido con Oregón en 1902 que se alejaba de esta ruptura con la constitución de Filadelfia y la consagraba de una manera hegemónica.

Este fenómeno cambia y se confiere a Estados Unidos como uno de los principales precursores de la Revocatoria del Mandato que hacen que su importancia institucional sea absoluta y con esto se han dado modificaciones a la misma hasta volverla funcional pero condicional a la realidad de los Estados, en la que se cambia el manifiesto de Hamilton, desde el humor ciudadano hasta la falta de respuesta de los gobernantes de acuerdo con lo ofrecido en campaña, su plan de trabajo y hasta la concepción de planificación del partido al que representan.

En Perú, según la propia autora Yanina Welp previamente citada se hace referencia a como uno de los casos regionales más potentes ya que se ha producido más de “5000 referendos revocatorios en menos de dos décadas” (Welp & Ordoñez, 2017), las razones son muchas en cuanto al número de autoridades y a la facilidad que puede tener este tipo de mecanismos para ser activado; estamos hablando en este caso de una escasa producción normativa para controlarla.

Extrañamente esto es contrario a lo que Estados Unidos establece a pesar de su configuración federada, en muchos estados, el inicio del proceso es casi nulamente regulado por lo que resulta más fácil invocarlo, aunque se puede hablar de razones de contención política.

En Suiza como ejemplo de desconcentración territorial “se reguló la revocatoria del mandato a nivel de la Confederación pero, para que los cantones aceptaran ceder poder al nuevo estado central, fue ineludible introducir el referéndum obligatorio” (Welp & Ordoñez, 2017|), es decir que el proceso no se quedaba en los órganos de representación sino que pasaba a nivel votacional para su ratificación.

El caso que se ha estudiado previamente, como el de Ecuador, hemos visto que iniciativas se quedan en la híper regulación y controles de ejecución que existen en el país a nivel de la administración electoral como por ejemplo, la calificación del mecanismo, el descargo, el control de firmas de apoyo y finalmente el proceso, todo esto con normativa desarrollada hasta nivel protocolario, lo que hace que el número de procesos ejecutados sea mínimo versus el inicio; y ahora hasta un nivel de inutilización del mismo por la desconfianza generada en la institución y en la institucionalidad.

Estos cuatro ejemplos nos ponen en perspectiva del fuerte cuestionamiento mundial que hay hacia este tipo de instituciones vigentes y a la apuesta a la reinstitucionalización de sistemas políticos, sumado a estos, las crisis políticas que no son ajenas unas a otras, por tener puntos de inflexión comunes como: desestabilización de las fuerzas ejecutivas, incapacidad de reacción ante problemas estructurales básicos como la política de salud post pandemia y el siempre latente financiamiento internacional hacen que se ponga en tela de duda las bases teóricas de la democracia y más aún a la representación, por la escasa calidad en los órganos en una escala global.

Siguiendo la línea de otras investigaciones personales, podemos señalar que a menos regulación, más producción de mecanismos y a más desconcentración menos producción de mecanismo por la dispersión de los conocimientos que se pueden dar en relación a la reproducción del fenómeno; sin embargo esta mayor producción de mecanismos está dada

más que nada por la reacción de revitalización de los espacios de intervención ciudadana ante la oleada, al menos regional de la sociedad civil organizada y la participación ciudadana.

A pesar de la consagración de la misma como una reacción a los procesos de expansión, en la era moderna de la participación ciudadana, cuando a esta se la consagra como una reacción de acceso universal a través del facilitamiento en la activación, esta no deja de ser controversial para muchos autores ya que no la consideran como mecanismos políticos al tener como una finalidad de ataque a la persona y no una política pública o ley, es decir se introducen otro tipo de variables de inestabilidad política y se usa la distensión subjetiva. Por ejemplo, cuando una organización política pierde las elecciones, el ataque puede ser de carácter personal sin ni siquiera mediar una justificación. Mientras que ante un incumplimiento manifiesto de una disposición o justificación en cuanto a la política pública o incumplimiento de plan de trabajo el evento se puede volver algo más objetivo; de ahí que el condicionamiento que pueda realizarse por parte del sistema jurídico resulta trascendental sin caer en hiper regulaciones; tanto se ha dado lo anterior señalado que existen autores que no lo consideran como “un mecanismo de democracia directa ante escenarios de debilidad institucional” (Martínez Cárdenas, 2013).

Con este contexto podemos ver que lamentablemente la institución se ha diversificado de tal manera que no logra tener una estabilidad adecuada, por lo que podemos resolver un problema no de carácter regional sino desde la adaptabilidad de cada uno de los países en los que se ha aplicado según el problema que ha tratado de solucionar en la administración estatal ejercida por representantes de libre elección popular.

### 3. JUSTIFICACIONES DE LA FIGURA DE REVOCATORIA DEL MANDATO

Danie Zovatto ha remarcado que la institución tiene un auge a la región latinoamericana desde los años 1990 por el expansionismo que se daba a la democracia directa con una finalidad específica: “la corrección de la legitimidad política o responder a demandas sociales por mayor

participación ciudadana (Zovatto Garetto, 2015)”, conforme ya se señaló cuando se trataba de autoridades no seleccionadas por mecanismos de votación popular.

La consecuencia del movimiento de reformas constitucionales que se inicia en Colombia a partir del año 1991 y que pasa por Venezuela, Ecuador y Bolivia consagran a esta figura con una característica muy especial, esto es que las constituciones tuvieron su origen en asambleas constituyentes con ciertas características especiales de ampliación de derechos, para el caso aplicable los de participación política y participación ciudadana.

El propio autor otorga una justificación a los mecanismos de democracia directa que se aleja de la primera composición o percepción de la aplicación de los mismos, esto es la inclemencia de poder político disconforme; sino que le da un enfoque de “reordenamiento sociopolítico, capacitación al ciudadano para participar en asuntos públicos, ejercer controles eficaces sobre los funcionarios electos y complementar adecuadamente la participación directa” (Zovatto Garetto, 2015)

Dentro de este contexto y estudios previos sobre los mecanismos de democracia directa han señalado que estos pueden ser imprevisibles, ya que no responde a ningún tipo de lógica dentro del quehacer político de un país; y además incontrolables (Altman, 2005) debido a los sujetos activos o proponentes de los mismos.

#### 4. PROBLEMAS CENTRALES.- EL EJEMPLO DE ECUADOR

En este sentido, situaremos los problemas que pueden existir cuando estos existen o se aplican tienen varias formaciones de acuerdo con el objeto sobre el que el problema que pueden generar dentro de los componentes básicos de un estado. Siguiendo al mismo autor podemos señalar que la aplicación de estos y en especial el de revocatoria de mandato provoca:

#### 4.1. DEBILITAMIENTO DEL PODER DE LOS REPRESENTANTES ELEGIDOS DEMOCRÁTICAMENTE

El solo inicio de un proceso de revocatoria del mandato, pone en tela de duda el actuar del gobernante, ya que según los esquemas que se manejan en la región, estos pueden iniciarse en cuanto a incumplimientos de normativa, plan de trabajo o gobierno e incumplimiento de tareas de obligadas dentro de la administración; es por esto que a pesar de la no calificación del mecanismo, el simple hecho de iniciarlo ya genera una duda razonable en la ejecución de sus labores, además que la trascendencia mediática propia de un estado hace que se vea un espectro de opinión pública.

Además, este tipo de mecanismos lo que hacen o al menos se propende el principio de contradicción a través de los cuales, la autoridad se ve obligada al descargo, como el caso de Ecuador, ya que una vez que este se ha presentado, la autoridad tienen un tiempo prudencial para contestar dicho pedido, por lo que en dicho trámite ya pasa a gestión de la administración el correcto descargo, lo que por el propio hecho de ejecución ya demuestra un desgaste de la administración central.

Finalmente los procesos de revocatoria del mandato, deben realizarse a través de un acto electoral, esto es después de la calificación del mismos, y aun cuando la autoridad no sea revocada, se produce un segundo nivel de desgaste ya que inclusive se prevén en legislaciones como la colombiana y más aún en el caso de Ecuador un proceso de campaña electoral a través de las opciones de revocatoria o no. Después sucede un proceso electoral específico y finalmente resultados.

Se puede contar además que los procesos de revocatoria de mandato al ser actos de la administración electoral, es decir de carácter administrativo pueden ser objeto de recursos propios en dicha sede o jurisdiccionales en el ámbito electoral, si la legislación así lo prevé o inclusive de garantías constitucionales.

Si nos ponemos al caso ecuatoriano un proceso de revocatoria de mandato produce un desgaste en los siguientes ámbitos:

Opinión por inicio.

- Administración por el descargo a presentarse.
- Nombre por la campaña electoral en caso de que esta prospere.
- Integridad de gestión por el proceso electoral.
- Resultados favorables a la autoridad – recobrar la capacidad de gestión.

A pesar de que el resultado sea desfavorable a la iniciativa, después de un escrutinio público como al que es sometida una autoridad, el proceso para recuperar el poder de acción puede volverse mucho más complejo e iniciar una espiral de actos que pueden atentar a la autoridad como otras revocatorias, aunque en la mayoría de países estas se pueden iniciar una sola vez dentro de un periodo, remociones, control políticos y hasta control administrativo.

#### 4.2. EL ELECTOR NO TOMA DECISIONES INFORMADAS SOBRE PROBLEMAS COMPLEJOS

Un proceso de revocatoria de mandato, no es enfocado como un simple proceso de aprobación y desaprobación de una opción electoral de continuidad del mandato de una persona en particular, sino que estos infieren otro tipo de cuestiones detrás de la misma.

El proceso electoral de revocatoria hacia atrás responde al menos a 3 momentos:

- Iniciativa y justificaciones del inicio del proceso.
- Calificación y descargos justificados para el inicio.
- Campaña electoral por las opciones.

Lo que el elector ve es el último componente, es decir la campaña y la razón macro de una posible revocatoria de una autoridad, previamente aunque las actuaciones sean públicas, no se hace un discernimiento de los actores que puede ser políticos, sociales y hasta externos a esto dos parámetros, lo que efectivamente distorsiona un voto sesudo y consciente.

#### 4.2.1. El participante – proponente actúa sin discusión cuando existe finalidad política de por medio

Este es uno de los casos más complejo y que es advertido por autores como Welp de conformidad a lo citado en este trabajo y es cuando existe un poca institucionales en la política partidaria que hace que los participantes propongan el proceso de revocatoria, como una reacción en contra de una persona por el hecho de ser adversarios de cualquier índole y que en la búsqueda de tomar su papel o autoridad, no haya discusión trascendental, sino solo el ánimo de cambiar la estructura de representación de una persona en específico.

En este este sentido no hay un proceso secuencia de la búsqueda de una incumplimiento, sino que hay solo una búsqueda de incumplimiento sin que estos sean considerados en un entorno de legalidad o posibles cumplimiento a futuro dentro de, por ejemplo, un plan de gobierno.

Lo que sucede aquí es que por naturaleza, el proponente de la revocatoria de mandato deja de ser un actor político para convertirse en un actor personal por la dedicación que puede albergar una figura como enemigo.

Tampoco existe discusión cuando uno de los actores y más que nada el proponente no ha admitido que la discusión es válida para que sea el elector el que tome la decisión final, sino que este se centra en sus propios intereses.

A este factor puede sumarse la campaña electoral, misma que puede variar la votación con la utilización de mecanismos de distorsión de realidades, esquemas de presión y hasta una posible ilegalidad de compra de votos.

- Las consecuencias y efectos jurídicos o político son un juego de suma cero, a través del cual, la mayoría lo gana todo y la minoría lo pierde todo.

En este proceso de discusión, ya que la finalidad es la consulta de la constancia en el mandato de una persona por varios efectos o por varias situaciones negativas o positivas, lo mismo que lo convierte en una situación compleja desde las perspectivas, podemos ver que bajo ningún concepto hay un resultado intermedio o proporcional.

Los resultados que se pueden dar es la continuidad o no de una autoridad, lo que en muchas ocasiones no se traduce en un proceso de juzgamiento de carácter o evaluación, ya que existen otras opciones de control que si producen resultados intermedios como cuando los órganos controladores de un estado logran una observación.

Con estos problemas que presenta la revocatoria del mandato podemos señalar que, el mismo es un proceso no completo en cuanto a que en lugar de ubicar una discusión de carácter política sobre la base de la complejidad, este se desnaturaliza y se completa únicamente con una discusión de continuidad en la que su origen se basa en un reclamo social de gestión.

Hasta aquí hemos tratado la problemática de aplicación desde una perspectiva social y política sin embargo esta institución tiene un régimen legal de operativización que dificulta su propuesta y rompe con la aprobación social del mismo, condicionando desde la perspectiva del proponente a su accionar a cumplimiento de requisitos muchas veces hasta protocolarios para ejecutarlo.

## 5. LA PROBLEMÁTICA DE LA APLICACIÓN

Al ser una institución de rango constitucional, hay que considerar que muchas de las ocasiones existe una delegación de esta a través de la fórmula de delegaciones a poderes o funciones estatales, las que deben realizar un control en la ejecución de las mismas a través de requisitos de índole legal y hasta reglamentario, lo que afirma la primera discusión en la que se establece la desnaturalización de la misma como mecanismo de democracia directa.

El simple reconocimiento de la misma y bajo el paradigma constitucional programático hace que sin duda existe la necesidad de una ley para su operatividad. El autor García señala ejemplos que a pesar de alejarse de la familia jurídica romano germánica son válidos como los estados de Wisconsin y Alaska que precisaron leyes para la implementación de revocatoria (García Campos), a pesar de los la tendencia jurisdiccional para la aplicación directa de una constitución, conservando así la

naturaleza anglosajona que se adapta en cuanto a la bifurcación de aplicación: directa (constitucional) o derivada (a través de leyes específicas).

La radicación de esta institución en una ley significará la creación de requisitos, que se desapegan de la aplicabilidad directa de la constitución, ya que solo el hecho de hacer un downgrade legal significa el desarrollo institucional en cuanto a los sujetos, el derecho (activo y pasivo) pero además del encargado a escala estatal, el mismo que por naturaleza y por facultad reglamentaria modulará aún más a la revocatoria del mandato.

El ejercicio pleno de esta derecho radica en cuanto a los electores y a los mandatarios, y es aquí donde este desarrollo toma forma. Los electores en cuanto a la activación deberán establecer el pedido por las causales que la constitución determina, pero la ley operativiza, significando un desarrollo normativo y hasta jurisprudencial, si tomamos en cuenta que existe justicia especialidad en materia electoral y jurisdicción propia. Al momento de operativizar la revocatoria con estas características, los requisitos se vuelven una condición a seguir.

Por otro lado el mandatario debe cumplir con estos procedimientos para el ejercicio de su derecho a la defensa a través del cual con un ejemplo de descargo deberá establecer que no ha incumplido con las normas que efectivamente está llamado a cumplir, es más con el conjunto de normas que rigen su accionar como dignatario del poder.

La revocatoria del mandato por lo general tiene que activarse cuando existe un incumplimiento de normas obligatorias para las autoridades, lo que en sistemas jurídicos complejos significa una descomposición absoluta de la figura, ya que la dispersión normativa es amplia y el sistema jurídico se vuelve un universo casi intangible, ya que no hay normas específicas para autoridades determinadas, esto por la simple aplicación del principio de legalidad.

Otro punto a considerar de apertura constitucional es el alcance de las autoridades a la que la revocatoria llega, de acuerdo a su origen, esto es a autoridades de naturaleza electoraria y a autoridades por designación. La lógica dicta que sería aplicable solo a las autoridades elegidas por

voto popular, aunque existen designaciones que no corresponden a esto sino a consejos gubernamentales.

## 6. EL CASO ECUATORIANO MÁS ALLÁ

Ecuador consagra a la revocatoria del mandato como un mecanismo de democracia directa con el cambio de paradigma constitucional de 2008, en el que se pretende efectivizar y ampliar la institución a escala nacional y subnacional por diferentes causales, las mismas que se encuentran establecidas en la propia Constitución y escasamente son desarrolladas en la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas – Código de la Democracia de la siguiente manera.

La Constitución establece que dentro de los derechos de participación políticas, los ecuatorianos pueden revocar el mandato de cualquier autoridad de elección, a través de un proceso de pedido justificado con una temporalidad específica dentro de sus dos años de gestión; si consideramos que los mandatarios en el país tienen una duración de 4 años, esta solo puede ser activada, una vez que se haya cumplido el primer años y antes del último años de mandato.

Además este pedido debe ser acompañado de un factor de legitimidad democrática, esto es que se requiere un auspicio ciudadano no inferior al 10% de los electores de las porción territorial ala que representa la autoridad.

En este sentido, programáticamente se debería poder aplicar de manera directa el pedido y solo se podría operativizar el proceso de auspicio ciudadano o legitimidad democrática.

A pesar de esto la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, establece como desarrolladora del mismo, otros elementos como que la legitimidad democrática debe ser revisada por el organismos de administración electoral a través de un proceso a su vez reglamentado; todo esto con tiempos específicos de reacción como plazos administrativos fatales para su ejecución.

Siguiendo el fenómenos de la dispersión normativa, podemos señalar que aquí opera una nueva ley que sale de espectro electoral y trata de

volver a la dimensión de la participación ciudadana a esta figura; tanto así que la Ley de Participación Ciudadana del país es la única que determina los motivos o causales para iniciar un proceso de revocatoria. Esto es, por incumplimiento de su plan de trabajo, de las disposiciones legales relativas a la participación ciudadana y las demás funciones y obligaciones establecidas en la Constitución de la República y la ley correspondiente a cada una de las dignidades de elección popular.

Con esta configuración legal, vamos a requerir de un órgano que califique dichos incumplimientos, sin embargo se añade al proceso, la defensa de la autoridad, la misma que deberá contestar las alegaciones antes de pasar a la calificación del pedido.

Una vez evacuado este proceso, es el propio Consejo Nacional Electoral el que a través de un acto discrecional de formación de voluntad con la respectiva motivación deberá calificar el incumplimiento para poder convocar a las elecciones, haciendo este tema aún más discrecional, ya que la composición del mismo, como fue citado tiene una elevada carga política.

Como vemos en este caso, la institución de democracia directa se vuelve inefectiva, cae en supuesto y hasta discrecionalidad en su activación y ejecución, lo que hace que la misma radique la postura en ser un instrumento legal de control político y electoral.

## 7. CONCLUSIONES

- La revocatoria del mandato al ser una institución multifuncional y que se mueve en los espectros: jurídicos, políticos y sociales del estado, sufre de interpretaciones de acuerdo con la finalidad con la que se la promueve, y esto puede cambiar diametralmente una con otra cuando se le da una interpretación finalista, lo que provoca una desnaturalización y desentendimiento.
- La deficiencia de los mecanismos de democracia directa en cuanto a los actores que las promueven, puede encasillarse en usos reaccionarios que dependen de percepciones de la calidad

de los gobernantes pero desde su propia perspectiva lo que hace que su interpretación se vuelva subjetiva.

- Son procesos de discusión complejos ya que si bien el resultado es de únicas posibilidades entre continuidad o no, esta tienen un proceso de configuración previa donde los actores ya discuten su importancia, relevancia y hasta aplicación de manera previa en por la operatividad de estos ante la administración pública.
- Al culminar con un procesos de carácter electoral en el que existen campañas, estas se vuelven un proceso que puede distorsionar el motivo por el que se inicia por las propias campañas ya que estas se vuelven inclusive falsas afectando el resultado de la revocatoria.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- Altman, D. (2005). Democracia directa en el continente americano, autolegitimación gubernamental o censura ciudadana? *Política y Gobierno*, XII(2), 203 - 232.
- Martínez Cárdenas, E. (junio de 2013). Revocatoria del mandato, ataque a la democracia representativa? *Reflexión política*, 15(29), 84-96.
- Welp, Y., & Ordoñez, V. (2017). La democracia directa a debate: procesos y mecanismos de participación ciudadana. *Recerca, Revista de Pensament i Anàlisi*(21), 9-14. doi:<http://dx.doi.org/10.6035/Recerca.2017.21.1>
- Zovatto Garetto, D. (2015). Las instituciones de la democracia directa. *Derecho Electoral*.
- García Campos, A. (01 de septiembre de 2022). García, A. (2000). La revocación del mandato:. Obtenido de [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

## EL PROBLEMA DEL TRANSFUGUISMO EN EL MARCO REPRESENTATIVO ESPAÑOL

---

CLAUDIA DE LA ROSA PÉREZ  
*Universidad de Sevilla*

### 1. INTRODUCCIÓN

El transfuguismo ha constituido, desde el comienzo de la democracia española, un elemento distorsionador en el contexto de la representación política. Desde la adopción, en 1998, del *Acuerdo sobre un Código de conducta política en relación con el transfuguismo político en las Corporaciones Locales* se han sucedido una serie de modificaciones legislativas que han intentado proyectar, con mayor o menor acierto, un freno al nomadismo político.

Sin embargo, la coyuntura ha ido variando en las últimas dos décadas: en un primer momento, este compromiso de las principales fuerzas políticas de nuestro país estuvo diseñado para ser aplicado en un ámbito local en el que la burbuja inmobiliaria había propiciado múltiples movimientos políticos vinculados a la ordenación del territorio. No obstante, con el transcurso del tiempo, estas situaciones que prácticamente eran inexistentes en el resto de las instituciones autonómicas, o estatales, empezaron a ser mediáticas en un contexto multipartidista.

Así las cosas, los partidos políticos aprobaron varias adendas, la última el pasado 2020, que provocaron la extensión multinivel y el consecuente intento por ampliar las medidas antitransfuguismo a un mayor número de instituciones. Estas aspiraciones han ido viendo su plasmación en figuras como la del concejal no adscrito o en el reforzamiento de las mayorías para la adopción de determinados acuerdos cuando alguno de los representantes hubiera abandonado su grupo de origen.

Pero estas nuevas medidas han encontrado, en su aplicación, el freno del TC que ha ido modulándolas o bien, directamente, declarándolas inconstitucionales. En consecuencia, el análisis del transfuguismo político parte, de entrada, de una disparidad entre el plano jurídico y el político.

Por ello, el presente trabajo comienza con la ubicación del transfuguismo para, seguidamente, proceder al análisis de las medidas legislativas adoptadas en los últimos años.

## 2. EL FENÓMENO DEL TRANSFUGUISMO POLÍTICO: PROBLEMAS DE DELIMITACIÓN

Bajo la terminología de transfuguismo, emergen actos que abarcan desde el abandono voluntario del representante hasta faltar la disciplina de voto impuesta por su partido. En efecto, la casuística de las conductas tráfugas es muy variada y de la reciente reforma del Pacto Antitráfuguismo no se pueden extraer claras conclusiones. De él se infiere, en primer lugar, una amplia extensión territorial del fenómeno en los tres niveles: Estado, Comunidades Autónomas y Municipios y, en segundo lugar, se puede destacar la autonomía del partido en la determinación y calificación de los llamados tráfugas en caso de duda. Con una escueta definición<sup>475</sup>, reseñada a pie de página, no quedan muy delimitados esos actos pues se hace referencia a “la traición”, a la “ruptura de la disciplina”, etc., pero no indica en ningún caso qué se entiende concretamente por cada uno de ellos.

Al respecto, no faltan voces críticas que alertan del error de pretender calificar como tráfugistas todas las conductas que se le asimilen pues son muy variadas y presentan fines que pueden llegar a ser muy

---

<sup>475</sup> Según indica el Pacto Antitráfuguismo (Adenda de 2020): [...] Se entiende por tráfugas a los y las representantes locales, autonómicos y estatales que, traicionando al sujeto político (partidos políticos, coaliciones o agrupaciones de electores) que los y las presentó a las correspondientes elecciones hayan abandonado el mismo, hayan sido expulsados o se aparten del criterio fijado por sus órganos competentes. Se considera tráfuga, asimismo, la persona electa por una candidatura promovida por una coalición, si abandona, se separa de la disciplina o es expulsada del partido político [...] Cuando surgiesen dudas sobre qué personas han incurrido en transfuguismo será el sujeto político que los ha presentado y/o el partido que los y las propuso [...] quien aclarará por escrito quienes han abandonado la formación, han sido expulsados o se han apartado de su disciplina.

diversos. Una primera matización podría realizarse en relación con el momento en el que se ejecutan los cambios, no siendo lo mismo si un cargo electo recalca en otro partido una vez agotado el mandato que una modificación producida durante el mandato. En el primero de los supuestos, en principio, no conllevaría grandes problemas pues puede revalidar el mandato nuevamente ante el electorado mientras que en la segunda situación se podrían suceder serios problemas de legitimación (Vanaclocha Bellver, 1999, p.204). Por otro, también se puede hacer una clasificación en torno a los fines o motivaciones perseguidas por los transfugistas. Así, García Roca realiza una distinción entre el “transfugismo retribuido”, el “nómada” y el “insolidario”, según nos encontremos ante intereses económico, puramente personales o una mera traición ideológica al electorado (García Roca, 2009, p.29).

Finalmente, además de las causas que atañen al representante en sí mismo considerado, también son relevantes otros factores como el cambio en la línea ideológica de los partidos que es habitual con el paso del tiempo y que ha sido un argumento muy esgrimido por aquellos que han incurrido en cambios de partido; la desaparición de los partidos que fuerza a los militantes al cambio de organización (Vera Santos, 1997, p.145)<sup>476</sup> o la discrepancia con la ejecutiva del partido al que pertenece. En estos casos se podría interpretar un debilitamiento en la relación representativa con los electores provocada por el partido político por lo que, trayendo a colación las palabras de Presno Linera “no siempre la deslealtad con el partido supone una deslealtad con los electores, ya que esta última puede en ocasiones ser imputada al partido, con lo que sería ilícito hablar entonces de transfugismo” (Presno Linera, 2000, p. 152).

Con todo lo anterior, cabe formular varias cuestiones, ¿significaría el transfugismo político un abuso por parte del representante de la confianza que le fue otorgada por sus electores? o, por el contrario, ¿es un problema que se genera de forma exclusiva, en el vínculo del representante con su partido u organización política? Las respuestas no pueden

---

<sup>476</sup> Este autor pone como ejemplo la extinguida Unión de Centro Democrático. El problema de este tipo de casos, indica Vera Santos, no es el cambio en sí, pues sería lógico que el diputado se uniera a otro partido que fuera cercano ideológicamente, sino en esclarecer si la disolución de un partido es causa o efecto del transfugismo.

ser obvias cuando los márgenes del problema no están delimitados. Así las cosas, en esta cuestión no es recomendable reseñar a uno, representante singularmente considerado o partido político, como el malo o irresponsable y otro como el bueno y sensato. La casuística es muy amplia y requeriría del análisis concreto de cada uno de los supuestos para poder aventurarse a calificar una determinada conducta y, aun así, podrían seguir predominando las sombras.

### 3. MEDIDAS ADOPTADAS CONTRA EL TRANSFUGUISMO POLÍTICO

La problemática del transfuguismo comenzó a sustanciarse en los tribunales desde los primeros años de andadura de la democracia<sup>477</sup>. Como ejemplos paradigmáticos de pronunciamientos doctrinales nos encontramos las sentencias 5 y 10 de 1983 del Tribunal Constitucional<sup>478</sup>. En ambas se optó por mantener una postura garantista con los derechos fundamentales del cargo público representativo y así ha sido manifestada como una suerte de parámetro de constitucionalidad en el control de las leyes postconstitucionales (Morales Arroyo, 2019, p.141). Sin embargo, en contraposición con esta línea tuitiva, la actuación del legislador ha ido orientada a establecer un freno al transfuguismo con la introducción en el ordenamiento jurídico de una serie de medidas que otorgan mayor fuerza al partido político (Catalá i Bas, 2014, p.48) y que encuentran su origen en el Pacto Antitransfuguismo.

#### 3.1. PACTO ANTITRANSFUGUISMO

En 1998 se aprobó el llamado “Acuerdo sobre un código de conducta en relación con el transfuguismo en las Corporaciones Locales”. La finalidad de este pacto, como su propia redacción indica fue “buscar

---

<sup>477</sup> Por razones de tiempo y espacio las presentes páginas van a estar centradas en el análisis de las medidas antitransfuguismo adoptadas. Si bien la jurisprudencia da sentido y estructura a la cuestión jurídica planteada, ya ha sido ampliamente comentada por la doctrina y no cabría en un trabajo como éste dar cabida a un análisis decente de la misma por lo que será meramente referenciada cuando sea necesario.

<sup>478</sup> STC 5/1983, de 4 de febrero de 1983; recurso núm. 374/1981 y STC 10/1983, de 21 de febrero, recurso núm. 144/1982.

soluciones mediante compromisos de comportamiento político, con los que superar las situaciones de inestabilidad de gobierno provocadas por conductas particulares de transfuguismo, a las que el Derecho no puede ni debe dar respuesta”. Y para alcanzar tal objetivo, los partidos se comprometieron, entre otros, a propiciar “las reformas reglamentarias en las Corporaciones Locales, donde ostenten representación, con la finalidad de aislar a los concejales tráfugas” o “a estudiar una reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General que limite los efectos del transfuguismo”.

Como se infiere de lo anterior, este pacto se adoptó para ser aplicado a nivel local. Con posterioridad, en los años 2000 y 2006, se aprobaron dos enmiendas al mismo<sup>479</sup>. Ambas fueron una prolongación de la anterior tanto en su aplicación territorial como en su contenido: la del año 2000 fue una ratificación de la anterior y la de 2006 introdujo algunos elementos nuevos<sup>480</sup>. Finalmente, con el devenir de los acontecimientos, fue adoptada la tercera adenda al Pacto, hace ahora dos años. Éste último añadido presenta, como uno de sus objetivos principales, la extensión de sus efectos al ámbito estatal y autonómico e introduce una alusión interesante a la doctrina del TC.

Sobre estos pronunciamientos el Pacto señala que desde el Constitucional se ha reiterado la imposibilidad de remover de su cargo representativo a aquellos representantes cuya legitimidad ha sido otorgada directamente por el Cuerpo Electoral. Pero, también indica que existen senadores de designación autonómica cuya representación viene otorgada por la confianza de fuerzas políticas o en el caso de los Diputados provinciales que son elegidos por los concejales de su fuerza política en el partido judicial correspondiente. En resumen, el Pacto viene a disponer la necesidad de impulsar una iniciativa legislativa que, pueda promover

---

<sup>479</sup> Renovación del acuerdo sobre un código de conducta en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales (2000) y Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales (2006).

<sup>480</sup> De forma principal, se podría destacar la restricción de los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos (punto 3 del pacto) o la incoación de expedientes disciplinarios (punto 4).

la remoción de aquellos cargos que, incurriendo en conductas transfuguistas, no hayan sido elegidos directamente por los ciudadanos.

Esta tercera Adenda también añade al Pacto una condena del llamado “transfuguismo por usurpación de identidad”. Esta nueva modalidad viene motivada por la presencia, cada vez mayor, de personas representantes que han sido elegidas dentro de una candidatura presentada con coalición electoral o agrupación de electores y, con posterioridad, personas que eran ajenas a éstas o que formaban parte de ella, han procedido a la constitución de un partido político con idéntica denominación o simbología de la coalición<sup>481</sup>.

Por último, cabe subrayar que, a raíz de lo firmado en el Pacto Antitransfuguismo de 1998 y sus sucesivas adendas, se han ido aprobando una serie de medidas encaminadas a la lucha contra el transfuguismo. Entre ellas, se encuentran la reforma de la LOREG, relativa a la moción de censura a los Alcaldes, del art.197<sup>482</sup> y la introducción de la figura del Concejal no adscrito con la reforma de la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local.

### 3.2. EL CONCEJAL NO ADSCRITO

Esta figura ha sido incluida en el derecho parlamentario español y constituye una excepción a la regla general según la cual los representantes deben ejecutar sus funciones a través de los grupos políticos (Arruego Rodríguez, 2014, p.273). Así, los concejales no adscritos podrían ser definidos como aquellos que no estén integrados en el grupo político que constituyó la formación electoral a través de la que fueron elegidos o bien, que hayan abandonado su grupo político de origen (Alonso Mas, 2005, p. 96).

Hasta la aparición de esta modalidad, los concejales de las entidades locales que se encontraban en esta situación eran incluidos dentro del

---

<sup>481</sup> Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfuguismo en las instituciones democráticas, 11 de noviembre de 2020.

<sup>482</sup> Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

grupo mixto, con algunas excepciones para casos muy concretos<sup>483</sup>. Luego, en el año 2003, fue introducida en el ámbito local como un freno al transfuguismo político (art. 73 LRBRL)<sup>484</sup>, pero, progresivamente, se fue incorporando a los diferentes parlamentos autonómicos (Arruego Rodríguez, 2014, p. 275).

La creación de esta figura ha provocado un cambio respecto a la forma tradicional de organización de las corporaciones municipales pues con ella se crea un régimen jurídico diferente para los concejales que no forman parte de los grupos políticos y cuyos derechos son más limitados. Para el TC esa diferencia y disminución de derechos se encuentra justificada porque responde a un fin constitucionalmente legítimo derivado de la importancia jurídica que la Constitución otorga al hecho de que se concurra a unas elecciones bajo el nombre de un determinado partido político<sup>485</sup>. Además, también ha considerado que la no adscripción a un grupo, a pesar de las limitaciones que conlleva en la práctica, no afecta al *ius in officium* del representante político<sup>486</sup>.

Sin embargo, no cualquier circunstancia derivada de la inclusión de los concejales en el grupo de los “no adscritos” son conformes a la CE, según señala su máximo intérprete, por ejemplo, respecto a la prohibición de votar o participar en las comisiones informativas<sup>487</sup>. El TC ha considerado, en relación a esta cuestión, que sí forma parte del núcleo duro

---

<sup>483</sup> Ídem., pág. 96.

<sup>484</sup> Art. 73.3 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local: “A efectos de su actuación corporativa, los miembros de las corporaciones locales se constituirán en grupos políticos, en la forma y con los derechos y las obligaciones que se establezcan con excepción de aquellos que no se integran en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia, que tendrán la consideración de miembros no adscritos”.

<sup>485</sup> Sobre ello se pronuncian las sentencias: 9/2012, de 18 de enero, FJ 4º (las restricciones establecidas para los concejales no adscritos responden “en principio a un fin legítimo”) y en la 32/1985, de 6 de marzo, FJ 6º (El fin de intervenir frente al transfuguismo con una regulación jurídica es, en principio, constitucionalmente legítimo).

<sup>486</sup> STC 169/2009, de 9 de julio, recurso núm. 6680/2004, FJ 3º. El TC en esta sentencia afirma que entre las funciones que pertenecen al núcleo inherente de la representación se encuentra la de participar en la actividad de una corporación, participar en su control, etc. (Facultades comprendidas en el llamado *ius in officium*).

<sup>487</sup> Ídem., FJ 4º.

del ejercicio de la función representativa y la participación en ellas<sup>488</sup>. Y consideró en su razonamiento que el excluir a los concejales no adscritos del derecho a asistir a las comisiones “supondría entorpecer y dificultar la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el Pleno [...] lo que determinaría la vulneración de los derechos del cargo electo garantizados en el art. 23.2 CE<sup>489</sup>.”

En otro orden de cosas, respecto a la delimitación de la figura del concejal no adscrito se han planteado dudas ya que la adquisición de la condición de no adscrito, según se infiere de la literalidad del art. 73 LRBR, solo se debe a causas voluntarias. De tal forma que éstas no generan ningún problema de interpretación; pero las involuntarias han llevado a algún autor a cuestionarse qué pasaría en el supuesto en que, el representante no fuese integrado en el grupo político desde un primer momento o que, con posterioridad, fuese expulsado. En estos casos, involuntarios, interpreta Arruego Rodríguez, lo lógico sería que pasaran a formar parte del grupo mixto ya que, al integrarlos dentro de los no adscritos, perderían parte de sus derechos como representantes (Arruego Rodríguez, 2014, p. 284).

También, otro aspecto para tener en cuenta derivado de lo anterior, cuando se habla de la figura del concejal no adscrito, serían los efectos que se ocurrirían del paso a esta nueva condición. Los derechos del concejal disminuyen y, por tanto, su estatus general, como representante también se ve mermado. Sobre los derechos económicos y políticos que se les atribuye, el citado precepto señala que “no podrán ser superiores a los que les hubiese correspondido de permanecer en el grupo de procedencia, y se ejercerán en la forma que determine el reglamento orgánico de cada corporación”<sup>490</sup>. Este párrafo del art. 73 LRBR no es muy explícito y, además el ejercicio concreto de esos derechos deber ser

---

<sup>488</sup> Al hilo de este asunto, el TC declaró inconstitucional, en la STC 246/2012, el art. 33.3 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid en el que se contemplaba la posibilidad de formar parte de las comisiones informativas solo a los concejales incluidos dentro de un grupo político municipal.

<sup>489</sup> Ídem.

<sup>490</sup> Art. 73.3 LRBR.

determinado, según indica, por el reglamento de cada corporación. Así, la LRBRL deja en manos de las Comunidades Autónomas el desarrollo de los derechos de los concejales no adscritos y, con mayor concreción, al reglamento orgánico de la corporación municipal que corresponda (de la Torre Martínez, 2018, p.115).

Esto ha provocado una amplia problemática en el desarrollo y concreción de los derechos y límites que corresponderán en cada supuesto y quién puede establecerlos. Sobre ello, el TC tuvo la oportunidad de pronunciarse en la STC 103/2013, de 25 de abril a raíz de un recurso de inconstitucionalidad planteado por la Comunidad de Cataluña que reclamaba una mayor capacidad legislativa en este asunto<sup>491</sup>. También, el TS ha tenido la ocasión de manifestarse, en relación con esta cuestión, en la sentencia 1401/2020, de 16 de octubre<sup>492</sup>. En ella, la Sala de lo Contencioso Administrativo ha interpretado la figura del concejal no adscrito, a propósito de un caso de transfuguismo, y considera que éstos no pueden recibir mayores derechos económicos y políticos que los que le

---

<sup>491</sup> En la STC 103/2013, de 25 de abril, el Parlamento catalán interpone un recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos de la LRBRL, entre ellos, el art. 73.3. Para ello se basó en la autonomía local y en los títulos competenciales que le corresponden a las Comunidades Autónomas. De tal forma que, el Parlamento Catalán alega que, el art. 73.3 LRBRL desconoce la capacidad normativa que ostenta la Generalitat para legislar al indicar que los derechos económicos y políticos de los concejales no adscritos se ejercerá en la forma que determine el reglamento orgánico de cada corporación. El TC, respondió a dicho reclamo, en el FJ 5º, señalando que el art. 73.3 LRBRL "se limita a atribuir al reglamento orgánico la regulación del ejercicio de los derechos económicos y políticos de los concejales no adscritos, como manifestación de la potestad normativa inherente a la autonomía municipal".

<sup>492</sup> STS 1401/2020, de 16 de octubre, recurso núm. 1178/2019. Los hechos que dan lugar a este pronunciamiento jurisprudencia vienen protagonizados por un supuesto de transfuguismo político ocurrido en Font de la Figuera (Valencia). Tras las elecciones municipales de 2015, en este municipio, el PP obtuvo 5 concejales, 3 Compromís, 2 el PSOE y 1 Ciudadanos. Fue elegido alcalde el candidato de Compromís gracias al apoyo de una concejal del grupo de Ciudadanos que se desmarcó del sentido del voto que le indicó su partido. Pasados unos días, dicha concejal comunicó su baja del grupo político, pasando a la condición de "no adscrito" y fue nombrada teniente de alcalde, además de Concejal delegada del área de Promoción Económica y Turismo, Sanidad y Tránsito, miembro en tres comisiones informativas, de la Junta de Gobierno Local y representante del Ayuntamiento en diversos organismos. Todos estos cargos le otorgaban a la concejal "no adscrita" una serie de ingresos que aumentaban su retribución inicial y sus dietas. Estos nombramientos fueron recurridos por la candidata del Partido Popular cuya investidura había sido fallida.

hubiesen correspondido de haber permanecido en su grupo político de origen.

Sin embargo, a pesar de la existencia de ciertos pronunciamientos jurisprudenciales, en determinados momentos, ni la jurisprudencia ni la legislación han podido dar una respuesta global a estas dificultades tan variadas en torno a la figura del concejal no adscrito, por lo que surge una crítica doctrinal, bastante apoyada, que destaca la oportunidad de incluir una mayor concreción en la LRBRL. Pues, probablemente, con la exposición, en el art. 73.3 de dicha ley, de un conjunto de derechos mínimos aplicables no hubiera dado lugar a tantos problemas y no surgirían tantas dudas (de la Torre Martínez, 2018, p. 116).

Por último, el art. 73.3 LRBRL, *in fine*, alude al resto de concejales que se quedan en el grupo político una vez que ha sido abandonado por los concejales que pasan bajo el régimen de los no adscritos. Señala el artículo que, en el supuesto de que la mayoría de los concejales de un grupo político municipal abandonen el partido que presentó la candidatura a través de la que concurrieron a las elecciones, o bien sean expulsados del mismo, “serán los concejales que permanezcan en la citada formación política los legítimos integrantes de dicho grupo político a todos los efectos”.

### 3.3. LA MOCIÓN DE CENSURA EN EL ÁMBITO LOCAL

La figura del concejal no adscrito no ha sido la única medida antitransfuguismo que ha creado nuestro ordenamiento jurídico. También se reconoció la moción de censura en el ámbito local, que no tendría nada de relevante a estos efectos, pero en torno a ella se han ido añadiendo restricciones y endurecimientos que tienen claras intenciones antitransfugistas.

La moción de censura, a nivel estatal, se encuentra regulada en el art. 113 CE, mediante mayoría absoluta, para exigir la responsabilidad política del gobierno de la Nación, pero la norma suprema no reconoció este mecanismo en el ámbito municipal en un primer momento. Pocos años después, y por primera vez, la moción de censura contra el Alcalde fue recogida en el art. 22.3 de la LRBRL y dejó en manos de la Legislación

Electoral General la determinación del régimen jurídico que guiaría el procedimiento de las mociones de censura<sup>493</sup>.

Así con la aprobación de la LOREG, en 1985 se otorgaba una regulación a este mecanismo en el art. 197 en el que se exigía la suscripción de la moción por, al menos, la tercera parte de los concejales y la mayoría absoluta en la votación. Pocos años después, en 1991, fue modificado por la L.O 8/1991 y se exigía no solo la mayoría absoluta en la votación sino también en la suscripción<sup>494</sup>. No obstante, a pesar del endurecimiento y de las trabas que se pretendía con las modificaciones normativas, seguían sucediéndose mociones de censura que, aunque esporádicas, provocaban grandes críticas, pues provenían comúnmente de concejales que habían abandonado su grupo de origen o pertenecían al mismo grupo político del Alcalde (Arroyo Gil, 2019, p.333)

Derivado de esta coyuntura, y en aplicación del Pacto Antitransfuguismo, fue modificado este artículo, por segunda vez, mediante la LO 8/1999<sup>495</sup> y se introduce el art. 197 bis en el que se incluye la cuestión de confianza en el ámbito municipal y se reforma, nuevamente, la moción de censura con el fin de endurecerla<sup>496</sup>. Pocos años después, se suceden las dos adendas al Pacto (año 2000 y 2006) que vuelve a instar a

---

<sup>493</sup> Art. 22.3 Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, *op. cit.*: “Corresponde, igualmente, al Pleno la votación sobre la moción de censura al Alcalde y sobre la cuestión de confianza planteada por el mismo [...] y se rigen por lo dispuesto en la legislación electoral general”.

<sup>494</sup> La nueva redacción de 1991 decía así: 1. El Alcalde puede ser destituido de su cargo mediante moción de censura adoptada por la mayoría absoluta del número de concejales. 2. La moción debe ser suscrita, al menos, por la mayoría absoluta de los concejales e incluir el nombre del candidato propuesto para Alcalde, quien quedará proclamado como tal en caso de que prospere la moción. La moción debe ser discutida y votada en el plazo de quince días desde su presentación, en un pleno convocado al efecto. Ningún concejal puede suscribir durante su mandato más de una moción de censura [...].

<sup>495</sup> Ley Orgánica 8/1999, de 21 de abril de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, BOE núm. 96.

<sup>496</sup> Entre las nuevas medidas que se incluyen en la regulación de la moción de censura destacan: la aceptación expresa del candidato que se propone en ella; la inclusión de las firmas debidamente autenticadas por Notario o por el Secretario general de la Corporación; el Pleno queda convocado automáticamente a las 12 h del décimo día hábil siguiente desde el momento en que se registra la moción y la moción debe ser aprobada por la mayoría absoluta del número de concejales que legalmente componen la Corporación.

las fuerzas políticas a la adopción de una nueva reforma de la LOREG que tuvo lugar, finalmente, en el año 2011 con la aprobación de la LO 2/2011 de 28 de enero<sup>497</sup>.

Esta reforma incluye, además de la mayoría absoluta para presentar la moción, varias exigencias nuevas destinadas, de forma directa, a paliar las conductas transfuguistas en este procedimiento:

“[...] en el caso de que alguno de los proponentes de la moción de censura formara o haya formado parte del grupo político municipal al que pertenece el alcalde cuya censura se propone, la mayoría exigida en el párrafo anterior se verá incrementada en el mismo número de concejales que se encuentren en tales circunstancias. El mismo supuesto será de aplicación cuando alguno de los concejales proponentes de la moción haya dejado de pertenecer, por cualquier causa al grupo político municipal al que se adscribió al inicio de su mandato”.

Este apartado genera mayores dificultades para que prospere una moción de censura en el ámbito local al elevar el número de apoyos necesarios para poder presentarla. De tal forma que las conductas transfuguistas perderían su carácter estratégico pues si una moción es propuesta por tres concejales tráfugas, por ejemplo, el número total de apoyos que va a requerir (mayoría absoluta) se verá incrementado en tres más.

También, a raíz de esta reforma, se eliminó el apartado f. del art. 197 que establecía la mayoría absoluta para que una moción de censura pudiera triunfar: “el candidato incluido en la moción de censura quedará proclamado alcalde si ésta prosperase con el voto favorable de la mayoría absoluta del número de concejales que legalmente componen la Corporación”. Al suprimir este apartado, y no haber sido suplido por ningún otro, se deja vía abierta para que una moción pueda prosperar con una

---

<sup>497</sup> Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, op. cit. Ya en el preámbulo de esta Ley (apartado 7º) se puede inferir una de las motivaciones del legislador que dio lugar a su reforma: “Probablemente con esta reforma no se podrá evitar que sigan existiendo tráfugas, pero sí que son su actuación modifiquen la voluntad popular y cambien gobiernos municipales. Todos los partidos han sufrido la práctica de personas electas en una candidatura que abandonan su grupo y modifican las mayorías de gobierno. De ahí que fuera una necesidad imperiosa encontrar una fórmula para que, desde el respecto a la doctrina del Tribunal Constitucional, esto no volviera a producirse. Se trata, en definitiva, de una medida de regeneración democrática que contribuirá a eliminar las tensiones políticas y sociales y que favorecerá de cara al futuro la estabilidad en la vida municipal”.

mayoría simple, lo que ha sido señalado por algunos autores como un contrasentido al intentar incluir un “quórum de procedibilidad”, por un lado, y, por otro, se suaviza el proceso de votación (Arroyo Gil, 2019, p. 337).

#### 4. POSIBLES SOLUCIONES ALTERNATIVAS

En las instituciones representativas españolas el problema del transfuguismo es cada vez más transversal, afectando a todos los niveles territoriales, y muestra de ello son los ánimos legislativos derivados del Pacto Antitransfuguismo que se caracterizan, en las últimas adendas, por una mayor ambición. Con ello, como se ha indicado en el apartado precedente, se ha buscado la introducción en la legislación de normas anti-transfugistas, pero no dejan de ser medidas controvertidas que rozan los límites de la constitucionalidad.

Por ello, en esta cuestión la doctrina se ha enfocado, como no podría ser de otra forma, en la búsqueda de posibles soluciones alternativas o de figuras factibles que, aunque no erradiquen el problema de raíz, sí podrían modificar la coyuntura.

Una de las propuestas más señaladas por la doctrina es una *reforma constitucional “a la portuguesa”* en la que se incluya un artículo similar al 63.c de la Constitución de Portugal que expresa: “pierden el mandato de diputados quienes se adscriban a un partido político distinto de aquel por el que fueron elegidos”. Uno de los proponentes de esta modificación, en España, es Soriano Díaz para quien “es lamentable que una Constitución como la española, coetánea a la portuguesa, no haya solucionado el problema siguiendo la orientación de ésta” y, añade, que en el supuesto que no se produjese tal reforma, se podrían apurar las posibilidades mediante los cambios legislativos y reglamentarios “como solución intermedia entre la ideal, la reforma constitucional, y la mínima, el compromiso de los partidos para erradicar el transfuguismo”. Por último, este autor concluye con la formulación de un precepto que podría ser incluido en nuestra Constitución con la siguiente redacción: “el representante, que abandone voluntariamente el partido en cuyas listas obtuvo el escaño, perderá su condición de representante” (Soriano Díaz,

2002, p. 607 y ss). De forma similar, De Esteban hizo la misma propuesta, aunque consideró más idóneo su inclusión en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General debido a las dificultades que entraña la reforma constitucional (De Esteban Alonso, 1990, p. 31)<sup>498</sup>.

Otra de las proposiciones, más radical, aboga por una reforma de la Constitución, pero en este caso para *suprimir la prohibición de mandato imperativo del art. 67.2* en tanto que posibilita un fraude al votante del partido y supone una estafa para el partido (Rodríguez Blanco, 2008, p.303). Al respecto, Rodríguez Blanco expone que el art. 67.2 CE está contemplado, exclusivamente, para las Cortes Generales, pero que el TC lo aplica a todos los niveles territoriales y concluye afirmando que, si los partidos políticos son instrumentos esenciales para la participación política habría que plantear un reforzamiento de ellos.

También, como vía para paliar el transfuguismo político, aunque quizás esta sea más indirecta en lo que atañe al problema, es la apertura de las listas electorales a través de las cuales el ciudadano puede elegir directamente los nombres concretos de los representantes<sup>499</sup>. De esta forma, el partido seguiría teniendo su poder de decisión en la composición de las listas, pero la última palabra la tendría el elector que elige a las

---

<sup>498</sup> De Esteban cita el concepto de la democracia de Kelsen quien afirmó que “aunque el diputado no esté obligado a seguir las instrucciones de sus electores, debe perder su mandato al separarse o ser expulsado del partido por el cual fue designado. Tal consecuencia es natural en los casos del sistema electoral por listas, pues en ellos los electores no designan al diputado por su persona, sino que su voto más bien significa un acto de adhesión a un partido determinado, de manera que el candidato obtiene su representación solo en virtud de su filiación al partido del elector, siendo lógico que el diputado pierda su mandato tan pronto deje de pertenecer al partido que le ha enviado al Parlamento”.

<sup>499</sup> García Roca habla de la posibilidad de establecer listas cerradas, pero no bloqueadas que rompa la contradicción entre la titularidad individual del cargo electo y la existencia de un sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas (García Roca, 2007, p. 47). Sobre las listas cerradas y bloqueadas, David Almagro señala que “distorsionan el juicio valorativo que los electores pueden realizar sobre la labor de los representantes. La frecuencia con que los partidos recurren a la cooptación en la conformación de las listas electorales es un procedimiento selectivo que mediatiza el que posteriormente realiza el cuerpo electoral máxime en un escenario político en que los programas electorales están fuertemente centralizados; es el partido el que importa y el que decide libremente sobre su continuidad o reemplazo en función de intereses políticos y electorales” (Almagro Castro, 2018, p. 123).

personas concretas, dentro de la lista que ofrece cada partido, que quiere que sean sus representantes.

Esta propuesta ha sido avalada por García Roca quien considera la posibilidad de incluir, no un sistema de listas abiertas puro, sino un sistema de listas cerradas, pero no bloqueadas. Aunque como el mismo autor indica, esta propuesta tiene, en la actualidad, menos apoyos que hace algunos años y suele ser tachada de ingenua debido a los enfrentamientos y las disidencias que se producen durante los procesos de primarias en los partidos políticos. Sin embargo, atendiendo al Derecho Comparado, indica el autor, en países con larga tradición democrática, estas listas han funcionado bastante bien. Por ello, invita a la posibilidad de hacer experimentos con ellas a nivel local con la creación de una comisión de seguimiento para estudiar si redundan en un mejor escrutinio por parte de los partidos políticos a la hora de elegir a sus candidatos en aras de una mayor calidad de la democracia o si, por el contrario, supone más conflictos internos que beneficios (García Roca, 2007, p.48)<sup>500</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

El fenómeno del transfuguismo se encuentra cada vez más extendido en la vida de las instituciones representativas de nuestro país. Esto ha supuesto un mayor compromiso por parte de las grandes fuerzas políticas que han ido adoptando adendas al Pacto Antitransfuguismo de 1998. Pero este enfoque reformista, e innovador, como se ha señalado a medida que avanzaba este trabajo, ha encontrado serios obstáculos en orden a su aplicación. El primero, y más importante, la doctrina del TC.

Ya desde principios de los años 80 se produjo la inconstitucionalidad del art. 11.7 de la extinta Ley de Elecciones Locales y, durante las décadas que siguen, el TC ha seguido manteniendo esencialmente la misma postura, conservadora con la teoría clásica (o liberal, como también suele ser denominada). Por lo tanto, el transfuguismo político se sitúa

---

<sup>500</sup> García Roca, además de las listas cerradas, pero no bloqueadas, también estudia otra serie de medidas que recoge en el artículo citado como la regulación y democratización de la selección interna de los candidatos por los partidos, la creación de Códigos de Conducta que controle la actividad de los representantes elegidos o la persecución de la actividad delictiva.

en un escenario contrapuesto en el que concurren diferencias ideológicas entre las fuerzas tendentes a la protección del representante (teoría clásica o liberal) y las que abogan por la primacía del partido político (teoría democrática). Sin embargo, resumir el problema en una oposición de postura es simplificar en exceso la cuestión.

O incluso, hacer referencia a una contradicción entre los preceptos de la CE (es decir, entre el pluralismo político y la prohibición del mandato representativo del art. 67.2) que facilita y avala el fenómeno del transfuguismo, y situarla como principal problema generador de actos transfuistas, es una interpretación un poco radical. Si bien es cierto que la existencia del mandato imperativo y la no inclusión en la Constitución de una cláusula que condene el transfuguismo conllevando, por ejemplo, la pérdida del escaño, como contempla la Constitución de Portugal, genera una mayor libertad para el que ostenta un cargo público representativo.

Pero, esta interpretación también tiene sus lagunas, pues si se parte de la base de la contradicción de preceptos constitucionales que no solventan el problema del transfuguismo y hay que recurrir a la vía legislativa como forma supletoria, entonces habría que cuestionarse una serie de premisas básicas como la capacidad de control y supervisión que ostenta el TC sobre los instrumentos legislativos. Así, la CE es una norma fundamental que requiere del TC para ser interpretada, y ése fue el diseño que le otorgó el constituyente del 78, por lo que la proposición de usar la vía legislativa para dejar sin efecto algún precepto de ella es una alteración de las reglas del juego constitucional más básicas. En este sentido, cabría traer a colación las palabras de Norberto Bobbio: “jamás una norma constitucional ha sido tan violada como la prohibición de mandato imperativo; jamás un principio ha sido tan menospreciado como el de la representación política” (Bobbio, 1986, p.19)

En otro orden de cosas, y en relación con las medidas adoptadas para frenar el transfuguismo, se han expuesto las más relevantes como el Pacto Antitransfuguismo hasta modificaciones, no con poca polémica, de leyes orgánicas. Comenzando por el primero de ellos, llama la atención un pasaje de su redacción en el que se expresa que “esta necesidad de acuerdo entre las fuerzas políticas se requiere como factor imprescindible para buscar soluciones mediante compromisos de comportamiento

político, con los que superar las situaciones de inestabilidad de gobierno provocadas por conductas particulares de transfuguismo, a las que el Derecho no puede ni debe dar respuesta”. Esta última frase deja entrever incoherencia en el planteamiento de los hechos más aún si cabe cuando el mismo texto del Acuerdo incluye proposiciones de reforma legislativa para atajar el problema y, en la práctica, además se ha intentado resolver a base de golpes legislativos.

También, en referencia al Pacto Antitransfuguismo, cabe destacar su controvertida utilización por parte de los partidos políticos con un matiz ideológico (u oportunista, según se quiera denominar) considerable. Así, recientemente, en la primavera de 2021, una de las mayores fuerzas políticas de este país, e impulsoras del pacto, el Partido Popular, anunció que abandonaba el Pacto (todo ello precedido por el conflicto en Murcia a raíz de la moción de censura). En consecuencia, nos encontramos ante un instrumento que, como indicó la entonces portavoz del Partido Socialista, Adriana Lastra, “hace aguas” al ser abandonado por uno de los partidos políticos principales de nuestro país.

Por último, otra cuestión a destacar, en referencia a las medidas legislativas adoptadas, es la falta de determinación en orden a esclarecer qué se considera como transfuguismo y la tendencia a introducir bajo un mismo paraguas situaciones distintas. Si bien es cierto que definir todas las circunstancias es inviable pues pueden ocurrir supuestos en los que se abandone el partido, sin afiliarse a otro, pero sirven al nuevo y lo favorecen con conductas tráfugas. Por tanto, la posibilidad de demostrar, de forma clara y evidente, y calificar unos hechos como transfugistas es bien difícil y, en muchos casos, puede resultar imposible. No obstante, y a pesar de estas dificultades, otorgarles las mismas consecuencias a situaciones diversas conlleva el riesgo de vulnerar derechos a personas que no han actuado de mala fe o cuyas conductas se alejan de lo que puede ser considerado como transfuguismo.

## 7. REFERENCIAS

- Almagro Castro, D. (2018), La apertura de las listas electorales: ¿Un primer paso hacia la superación de la crisis de la representatividad en la democracia española? *Revista Española de Derecho Constitucional*, 112, 115-143.
- Arroyo Gil, A. (2019) La moción de censura al Alcalde a la luz de la jurisprudencia constitucional (Comentario a la STC 151/2017, de 21 de diciembre). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 116, 329-363
- Arruego Rodríguez, G. (2014) Medidas contra el transfuguismo en el ámbito local. El caso de los representantes locales no adscritos. *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 6, 273-294
- Alonso Mas, M. J. (2005) El discutible régimen jurídico de los concejales no adscritos, *Revista de Administración Pública*, 168 Medidas contra el transfuguismo en el ámbito local. El caso de los representantes locales no adscritos. *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 6, p. 95-130.
- Bobbio, N. (1986) *El futuro de la democracia*. Fondo de cultura económica.
- Catalá i Bas, A. H. (2014) Transfuguismo y régimen jurídico de los concejales no adscritos. ¿Puede y debe, el derecho sancionar la deslealtad política?, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 101, p. 43-73.
- De Esteban Alonso, J. (1990) El fenómeno español del Transfuguismo político y la jurisprudencia constitucional. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 170, 7-32.
- De la Torre Martínez, L. (2018) De nuevo sobre los concejales no adscritos (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 151/201, de 21 de diciembre). *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, 9, 110-127.
- García Roca, J. (2007) Representación política y transfuguismo: la libertad de mandato. *Cuadernos de Derecho Público*, 32, 26-68.
- García Roca, J. (2009) Representación política y transfuguismo: la libertad de mandato”, en Santaolaya Machetti, P.; Corona Ferrero, M.; Díaz Crego, M. (Coord.). *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Civitas, 29-30
- Morales Arroyo, J. M. (2019). El cuestionamiento legislativo del modelo tradicional de representación política. En Carrasco Durán, M., y Rodríguez Ruiz, B., (Dir.). *La participación ciudadana como pilar del Estado democrático. Posibilidades y límites en el marco de la democracia representativa*, Aranzadi, 141-156
- Presno Linera, M. A. (1999). *Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Ariel

- Soriano Díaz, R. (1999). El transfuguismo: estafa política a la voluntad de los ciudadanos, *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, 11, 597-609
- Vanaclocha Vellver, F. (1999). Los fenómenos de transfuguismo en la nueva política local. El desarrollo del Gobierno Local (una aproximación doctrinal), *Instituto Nacional de Administración Pública*, 199-230
- Vera Santos, J. M. (1997). La crisis del mandato representativo en el sistema electoral de listas: el transfuguismo político, *Studia carande; Revista de ciencias sociales y jurídicas*, 1, 131-161

## ¿POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA? ANTECEDENTES Y CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA *DOBBS V. JACKSON* EN RELACIÓN AL DERECHO A LA VIDA Y EL ABORTO

---

JORGE SALINAS MENGUAL

*Universidad Internacional de la Rioja*

### 1. INTRODUCCIÓN Y BREVE HISTORIA DEL ABORTO EN ESTADOS UNIDOS

Desde que la Corte Suprema de los Estados Unidos se pronunció sobre el tema del aborto en la famosa sentencia de 1973, *Roe v. Wade*, sus decisiones han ido marcando un *iter* jurisprudencial que, tratando de respetar el *stare decisis*, como mecanismo de continuidad y criterio de verificabilidad en las sucesivas actuaciones del Tribunal, sin embargo, han ido mermando la fuerza de su autoridad, y han insertado, en diversos casos, nuevos criterios que han resquebrajado los sólidos fundamentos con los que, desde un principio, se trató de defender el aborto como derecho.

El objetivo central de este capítulo versa sobre el estudio de las consecuencias que la sentencia del Tribunal Supremo *Dobbs v. Jackson* ha implicado. A su vez, se plantea la pregunta de si los argumentos que presenta pueden ser considerados legítimos y con la suficiente fundamentación como para romper con la tradición jurisprudencial del *stare decisis*. Finalmente, nos cuestionamos si la decisión del Tribunal ha estado influenciada por una interesada politización de la justicia en Estados Unidos.

La historia del aborto en Estados Unidos ha pasado por diferentes etapas. En un primer momento la preocupación sobre el tema vino derivada de motivos de salud pública, posteriormente serían las preocupaciones ambientales y de población las que pasaron a un primer plano para,

finalmente, tomar la iniciativa las reivindicaciones feministas, que influyeron de manera determinante en la derogación total de las leyes que penalizaban el aborto.

Si bien hasta finales del siglo XIX el aborto era legal en Estados Unidos, hasta el momento en el que una mujer podía sentir en su interior los movimientos del feto, esto es, en torno al cuarto mes de embarazo, ya a mediados del siglo XIX, la Asociación Médica Americana lideró una campaña para criminalizar el aborto, excepto en los casos en que era necesario para salvar la vida de la madre.

En 1869, la Iglesia católica prohibió el aborto en cualquier etapa del embarazo y, en 1873, el Congreso aprobó la ley Comstock, que hizo ilegal la distribución de anticonceptivos y medicamentos para abortar. Así todo, ya en la década de 1880, el aborto estaba prohibido en casi todo el país.

Partiendo del argumento de la salud pública, que reivindicaba la igualdad de las mujeres, a fin de que las diferencias económicas no fueran la causa determinante para su acceso al aborto, y tal y como sucediera en las legislaciones de algunos países europeos, se comenzó a defender la posibilidad del aborto en casos de violación, deformidad o discapacidad del feto, y peligro para la vida y salud de la madre.

Posteriormente, a finales de la década de los 60, surgiría un movimiento ecologista en Estados Unidos que fomentó la creencia de que, si la población seguía creciendo, los recursos naturales no serían suficientes para mantener a toda la población, lo que inducía a la necesidad de un control de la natalidad, no sólo a través del uso de medios anticonceptivos, sino también mediante la promoción de la práctica del aborto.

A renglón seguido, el auge del movimiento feminista reivindicó una libertad sexual que no impidiera la igualdad de la mujer, permitiéndole el acceso a la educación superior, el trabajo, etc. Se exigieron políticas sociales que permitieran a las mujeres conciliar la vida familiar y la laboral, y todo ello solo podría alcanzarse si el aborto se convertía en una posibilidad real para las mujeres. Esto suponía un giro respecto de los comienzos del siglo XX, donde muchas de las primeras líderes de este movimiento feminista consideraron el aborto como un infanticidio, ya

que pensaban que los derechos de la madre y del niño estaban íntimamente ligados, y que el derecho a la vida y el derecho al voto estaban arraigados en la dignidad inherente de cada persona humana, aunque se mostraran escépticas respecto a la penalización del aborto.

La tendencia clara hacia una liberalización del aborto trajo consigo una reacción, en primer lugar, por parte de la Iglesia católica y, posteriormente, por los líderes del partido republicano que, ante la cercanía de los comicios, debían posicionarse frente al aborto en función de los mayores réditos electorales que pudieran obtener.

Con motivo de las elecciones de 1972, el partido republicano inició una campaña en contra del aborto que tuvo por finalidad conseguir el apoyo de los católicos y los conservadores sociales en general, aunque ello supusiera un cambio de rumbo en la política que, sobre el aborto, hasta ese momento habían defendido. Se consideraba que el aborto era un tema en alza y una cuestión visceral para los católicos, a la vez que suponía un instrumento útil para sembrar la división entre las filas demócratas.

Todas estas circunstancias propiciaron el caldo de cultivo para que surgieran nuevas leyes estatales en materia de aborto, leyes que, finalmente, precisaron de una respuesta judicial que la Corte Suprema hubo de asumir en última instancia. La cuestión no es si el Tribunal norteamericano debió ofrecer una respuesta al aborto en *Roe v. Wade*, sino si el camino que siguió, y la doctrina que generó, fueron la mejor solución posible. El paso de los años y las controversias generadas han confirmado que no fue así.

## 2. *ROE V. WADE*: CONTEXTO, CAUSAS Y NUEVAS TEORÍAS

### 2.1. DIFICULTADES DE *ROE*

En *Roe v Wade*, el Tribunal fundamentó el aborto en el derecho a la intimidad y en el derecho al proceso debido, derivado de la Decimocuarta Enmienda. De ese derecho a la intimidad o privacidad, que ya presenta serias dudas respecto a su vinculación constitucional en materia de aborto, se hizo derivar la idea de autonomía y libertad de la gestante a la hora de decidir si abortar, o no.

El caso *Roe* presentó una dificultad grave a la hora de establecer una jurisprudencia que pudiera mantenerse a lo largo de los años, ya que estableció un sistema de trimestres, según el cual, en el primer trimestre de embarazo la gestante podía abortar libremente, durante el segundo trimestre se podían establecer restricciones a esa práctica, mientras que en el último trimestre se prohibía el aborto, salvo para salvar la vida o la salud de la madre. La decisión de Tribunal Supremo se orientó hacia un compromiso con las pruebas y conocimientos médicos que en aquella época se tenían, con la intención de liberalizar el aborto, convirtiéndolo en un derecho constitucional de la mujer. En este sentido, la Corte Suprema terminó por convertirse más en una junta médica que en un órgano encargado de interpretar las normas e impartir justicia. De hecho, en una sentencia posterior *Planned Parenthood v. Casey* (1992), el Tribunal ya optó por desvincular el aborto del sistema trimestral que había seguido *Roe*, para sustituirlo por el criterio de la viabilidad del feto y de la carga indebida.

El sistema de trimestres adoptado por *Roe*, su recurso a las pruebas y conocimientos médicos como método de fundamentación, y una cuestionable interpretación del derecho constitucional a la intimidad aplicado al aborto, han dado lugar a propuestas frecuentes, tanto por parte del Congreso, como por parte de leyes estatales, tendentes a anular esta decisión, como al final ha sucedido con *Dobbs*. Como afirma la jueza Ginsburg, *Roe* provocó tanta división en la opinión pública y en el ámbito académico porque se aventuró demasiado en el cambio que ordenó, y presentó una justificación incompleta a su acción.

## 2.2. CONSECUENCIAS DE *ROE*

Varias fueron las consecuencias principales que se derivaron de *Roe*. En primer lugar, fomentó una movilización más activa de las asociaciones pro-vida. En segundo lugar, y al fijar como criterio para la posible intervención del Estado la viabilidad del feto, se restringió en gran medida la actividad legislativa sobre la materia, y se sustrajo una cuestión, como el aborto, del ámbito democrático. Además, *Roe* cayó en una evidente contradicción, ya que, si bien reconocía los intereses de los Estados en la regulación de los abortos, especialmente en la defensa del no nacido,

sin embargo, impedía a los Estados crear leyes que prohibieran los abortos durante los dos primeros trimestres del embarazo.

Junto a ello, admitir la intervención del Estado en beneficio del feto, según el criterio de la viabilidad, dejaba abierta la práctica del aborto durante los dos primeros trimestres de embarazo, de manera que, por ejemplo, los padres que quisieran un hijo varón, en lugar de una mujer, o que no desearan un hijo con paladar hendido, tenían tanto derecho a un aborto, antes de la viabilidad, como una mujer cuya vida estaba en peligro por un embarazo. Por otro lado, y debido a los avances médicos, el punto concreto de la viabilidad ha variado respecto de los plazos que hace cincuenta años fueron fijados en *Roe*, de manera que pasó a convertirse en un criterio donde ciencia y derecho entraban en contradicción.

Desde una perspectiva constitucional, Sunstein ha llegado a afirmar que la decisión de *Roe* trajo consigo serias dudas sobre el uso de la Constitución, por parte del Tribunal, para resolver controversias sociales decisivas, mientras que Presser y Forsythe han sostenido que “la decisión de *Roe* fue una usurpación inconstitucional del autogobierno, sin ninguna base legítima en el debido proceso o en el derecho constitucional”.

Como *Roe* no fue capaz de encontrar ninguna justificación en el texto de la Constitución que, de manera directa, pudiera anular las leyes sobre el aborto en cuarenta y seis Estados, recurrió a la historia del aborto, tanto médica como jurídica. Pese a ello, los intentos del Tribunal han sido tan erróneos que han llevado a Connery a afirmar que “la versión de la historia del Tribunal es tan defectuosa que no sirve para nada, y el relato exacto, lejos de validar la posición del Tribunal, ofrece un argumento muy convincente en su contra”.

La decisión de *Roe* fue tan contradictoria que, en los diecinueve años que transcurrieron hasta *Casey*, el Tribunal tuvo que resolver al menos veinte casos relacionados con el aborto. La causa de esto fue que la Corte Suprema prefirió optar por una decisión de carácter legislativo, que no le correspondía, en lugar de hacerlo por una decisión judicial. Actuando como si se tratara de una “Junta médica”, el Tribunal asumió competencias que sobrepasaban sus límites, como anular leyes que exigían el consentimiento de los padres para que una menor pudiera abortar.

Autores como Frank llegan a afirmar que *Roe* anuló unilateralmente el entonces incipiente debate sobre el aborto, resolviendo la cuestión por decreto, y cimentando para siempre un estereotipo del liberalismo como doctrina de una minúscula camarilla de expertos, que aseguraban sus reformas por mandato judicial, y no por consenso democrático.

### 3. ANÁLISIS DE *ROE* TRAS CINCO DÉCADAS DE JURISPRUDENCIA

A lo largo de cincuenta años, los argumentos que *Roe* estableció como fundamento del aborto se han visto socavados por diversas decisiones jurisprudenciales, por nuevas normas de los Estados, y por una nueva orientación ideológica de la Corte Suprema. Estas circunstancias han servido de base para mermar la fuerza de la doctrina de la *stare decisis* que rige en Estados Unidos en materia judicial.

#### 3.1. PRINCIPALES DECISIONES DE LOS TRIBUNALES QUE FUERON RECONFIGURADO LA DOCTRINA DE *ROE*

Un primer caso que impactó de lleno en la línea de flotación de *Roe* fue *Planned Parenthood v. Casey*. Al suprimir el sistema trimestral, *Casey* puso el acento tanto en el criterio de “viabilidad”, como en el de “carga indebida”. Estos dos criterios abrieron la puerta a la idea de que la doctrina de *Roe* no era una doctrina fija e inamovible, sino que, dentro de los límites que suponían el respeto a sus principales postulados, se podían introducir variaciones, sin que por ello se viera afectado el *stare decisis*.

Gran repercusión tuvo, también, en el proceso de limitación progresiva de *Roe*, el caso *Gonzales v. Carhart*, donde el Tribunal Supremo ratificó una Ley de prohibición de nacimiento parcial aprobada por el Congreso el 5 de noviembre de 2003. El aborto de nacimiento parcial, también conocido como dilatación y extracción intactas, es un procedimiento médico en el que se evacua al feto dilatando el cuello uterino, lo que provoca un parto prematuro. A continuación, se vacía la materia cerebral del feto hasta que el cráneo colapsa, lo que permite que el feto se extraiga por completo del útero.

Otra de las limitaciones que la jurisprudencia norteamericana ha impuesto a la doctrina fijada por *Roe* es la que procede de la denominada Enmienda Hyde, según la cual los Estados que participaban en Medicaid no estaban obligados a financiar abortos, como recogió la decisión *Harris v. McRae*, fundamentándose en el Título XIX de la Constitución, salvo en los casos en los que el aborto fuera necesario para salvar la vida de la mujer, o en los casos en los que el embarazo hubiera sido fruto del incesto o de la violación. Esta Enmienda suponía una traba en el sistema de aborto prácticamente libre instituido por *Roe*.

En 2013, la Cámara de Representantes, siguiendo la iniciativa de 12 Estados, votó para prohibir los abortos realizados después de veinte semanas. La razón aducida, por primera vez, para plantear esa solicitud era que, a partir de ese momento, estudios médicos habían probado que el feto ya era capaz de sentir el dolor. Con el Congreso dividido, y con el argumento demócrata de que la presunción del dolor fetal contradecía el estándar de *Roe*, con arreglo al cual los abortos estaban permitidos hasta el momento de la viabilidad del feto, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito declaró inconstitucional una ley de Arizona que prohibía los abortos veinte semanas después de la fecundación, sin embargo, ya se abría la puerta para que, por esta vía, se pensara no sólo en la libertad de abortar de la gestante, sino en la necesidad de proteger la vida del feto.

En marzo de 2016 se aprobaba en Indiana una Ley en la que se recogía la prohibición del aborto que estuviera exclusivamente motivada por razones de sexo, raza o discapacidad. La norma suponía reconocer la potestad del Estado para prohibir el aborto durante el periodo de no viabilidad del feto, lo que contradecía la doctrina de *Roe* y *Casey*. La Corte Suprema, por vez primera, decidió sobre esta materia en el proceso *Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc.*, dejando en vigor la medida cautelar del tribunal inferior sobre las cláusulas de no discriminación y consentimiento informado, y optando por no considerar el fondo hasta que al menos otro Tribunal de Circuito se pronunciara sobre tal cuestión. La opinión del Séptimo Circuito anuló la ley de Indiana por inconstitucional, en base a la jurisprudencia existente sobre el aborto, si bien, la opinión adicional emitida por el juez Thomas, señaló que

“consagrar un derecho constitucional a un aborto basado únicamente en la raza, el sexo o la discapacidad de un niño por nacer constitucionalizaría los puntos de vista del movimiento eugenésico del siglo XX”.

Junto a ello, una Ley de Ohio aprobada en 2017, que prohibía que una persona realizase un aborto si tenía conocimiento de que la decisión de la mujer estaba influenciada por su creencia de que el feto tenía síndrome de down, fue avalada por la decisión de la Corte del Sexto Circuito de Apelaciones en el caso *Preterm-Cleveland v. McCloud*.

Las situaciones descritas, y otras muchas, han servido de base para ir propiciando el cambio de tendencia en la nueva jurisprudencia norteamericana en materia de aborto. Estamos de acuerdo con Forsythe cuando señala que los cambios y desarrollos jurídicos, legislativos, políticos, médicos y jurisprudenciales hicieron que Roe fuera inestable desde que se decidió. Si la integridad judicial y el imperio de la ley son factores importantes en la *stare decisis*, entonces esta incoherencia doctrinal pesa a favor de anular Roe y permitir que el pueblo estadounidense decida esta cuestión a través del proceso democrático.

### 3.2. JUDIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA E IDEOLOGIZACIÓN DE LA JUSTICIA. NUEVAS TENDENCIAS EN LA COMPOSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA

El artículo III de la Constitución de los Estados Unidos indica que existe un Poder Judicial y que éste está formado por “un Tribunal Supremo y [...] otros tribunales inferiores”, y que estos tribunales tienen “jurisdicción sobre todos los pleitos, tanto en derecho como en equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución”.

Si bien los jueces que conforman una Corte toman decisiones en base a argumentos, sin embargo, como señala Waldron, “todo se reduce a contar cabezas”, porque, por ejemplo, “en la Corte Suprema de los Estados Unidos, cinco votos vencen a cuatro, independientemente de los argumentos esgrimidos por los jueces”.

La vulnerabilidad del control judicial tiene su fundamento en la ilegitimidad democrática sobre la cual descansa, que privilegia el voto mayoritario de un pequeño grupo de jueces, no elegidos democráticamente, ni en base a unos criterios objetivos y de mérito, sino directamente por

el presidente de Estados Unidos, en base a criterios ideológicos, aunque su nombramiento deba aprobarse por el Senado, y que no tienen la obligación de rendir cuentas a los depositarios de la soberanía popular.

Esta ‘supremacía judicial’ podría definirse como “la tendencia de cualquier arreglo institucional que permite que cuestiones vitales [esto es, cuestiones que afectan a toda la población] y divisivas sean resueltas por tribunales”. La ausencia de un control judicial fuerte, y el ejercicio de la citada ‘supremacía judicial’, lleva a que sean los jueces los que tengan la última palabra sobre cuestiones trascendentales para la sociedad, como es el caso del aborto.

La expansión de los poderes de los jueces aumentó notablemente el ‘apetito’ de los políticos por controlar la administración de justicia, de ahí que pueda hablarse de un proceso de politización de los tribunales, que pone en riesgo el imperio del Estado de Derecho y uno de sus fundamentos, la independencia judicial. La politización de la justicia puede conducir a una aplicación selectiva de la ley marcada por criterios y orientaciones ideológicas y partidistas.

Abraham Lincoln, en uno de sus discursos afirmaba que “si la política del gobierno sobre cuestiones vitales que afectan a toda la población ha de ser irrevocablemente determinada por las decisiones de la Corte Suprema... el pueblo habrá dejado de ser su propio gobernante, habrá renunciado en la práctica a su gobierno y lo habrá dejado en manos de ese ilustre tribunal”.

Tate y Vallinder acuñaron el término ‘juristocracia’ para referirse al aumento de la influencia de los tribunales en asuntos considerados políticos. Este hecho ha supuesto un desplazamiento de los parlamentos a los tribunales, lo que ha implicado un debilitamiento de los poderes políticos, que ha sido compensado por esos tribunales. Partiendo de esta realidad, puede decirse que se estará en presencia de una judicialización de la política cuando cada vez más conflictos políticos, sociales, o entre el Estado y la sociedad se resuelven en los tribunales.

Esta realidad judicial en los Estados Unidos ha llevado a los presidentes, tanto demócratas, como republicanos, a un intento por controlar la Corte Suprema en base al nombramiento de sus jueces. George Bush, en busca

de conservadores confiables, nombró a dos de esos jueces, Thomas y Roberts, mientras que su hijo, George W. Bush nombró a Alito en 2006. Trump, por su parte, en cumplimiento de una de sus promesas electorales, nombró durante su mandato presidencial a otros tres jueces de tendencia conservadora: Neil M. Gorsuch, Brett M. Kavanaugh y Amy C. Barrett. Así las cosas, el Alto Tribunal norteamericano cuenta, en la actualidad, con una mayoría de seis jueces de orientación conservadora, y tres de tendencia liberal, lo que, sin duda, ha influido en el cambio de tendencia judicial en materia de aborto.

#### 4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO *DOBBS V. JACKSON*

Como precedente al análisis de esta decisión del Tribunal Supremo es necesario partir de la idea de que no se trata de una sentencia que dé la razón a los partidarios de la postura “pro-life”, ni a los partidarios de la postura “pro-choice”, sino que lo que hace el Tribunal es dejar libertad a los ciudadanos y a sus representantes para legislar sobre esta materia, evitando el secuestro legislativo que la decisión sobre *Roe* ha mantenido a lo largo de cinco décadas.

La sentencia basa su decisión en que la Constitución no hace referencia al aborto, y ningún derecho de este tipo está implícitamente protegido por ninguna disposición constitucional, incluida aquella en la que los defensores de *Roe* y *Casey* se basan principalmente: la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda. *Casey* sostiene que, aunque algunos derechos no estén explícitamente reconocidos en la Constitución, como es el caso del aborto, sin embargo, su fundamento puede derivarse de esa cláusula. Frente a este razonamiento, *Dobbs* argumenta reiteradamente, a lo largo de todo el texto, que cualquier derecho de ese tipo debe estar profundamente arraigado en la historia y la tradición de la nación, e implícito en el concepto de libertad ordenada, y el derecho al aborto no entra dentro de esas categorías, ya que era un derecho desconocido en la legislación hasta la última parte del siglo XX.

La primera cuestión que aborda la sentencia es si la referencia que *Roe* lleva a cabo de la libertad, relacionándola con la Decimocuarta

Enmienda, protege un derecho concreto. Dado que la Constitución no hace referencia alguna al derecho al aborto, quienes afirman que se trata de un derecho protegido por ella deben demostrar, al menos, que se halla implícitamente recogido en el texto de la Carta Magna. *Roe* no ofreció ningún tipo de respuesta a esta cuestión y, posteriormente, *Casey* defendió que el aborto formaba parte de la libertad protegida por la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda, pero sin demostrar que de ello pudiera derivarse un reconocimiento constitucional del aborto como derecho.

La segunda cuestión que la sentencia se plantea es si el aborto es un derecho arraigado en la historia y la tradición de Estados Unidos, y si es un componente esencial de lo que el texto de la decisión denomina “libertad ordenada”. Entiende la Corte que no puede considerarse el aborto como un derecho arraigado en la historia y la tradición de la nación, ya que no ha existido, hasta la última parte del siglo XX, ninguna legislación en la que apoyarse, y de la que pudiera derivarse que se trata de un derecho constitucional. Además, hasta *Roe*, ningún tribunal federal o estatal había reconocido este derecho, ni tampoco lo había hecho ningún tratado académico, y sólo unos años antes de *Roe* se publicó el primer artículo que defendía el aborto como un derecho constitucional.

Además, el aborto ha sido considerado durante mucho tiempo como un delito en Estados Unidos. Cuando se aprobó la Decimocuarta Enmienda, tres cuartas partes de los Estados lo reconocían como tal, en cualquier parte del embarazo, y el resto de los Estados llegaron a esta conclusión posteriormente. Tanto *Roe* como *Casey* ignoraron este análisis histórico sobre el aborto.

En resumen, lo que la sentencia pretende justificar es que un derecho que no aparece reconocido explícitamente en la Constitución, como es el aborto, que se fundamenta en la libertad, para que pueda formar parte de la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda debe contar con una historia y tradición en la normativa de la nación arraigada en el tiempo, cosa que no ocurre con el aborto.

La tercera cuestión que la sentencia aborda es si el derecho al aborto está respaldado por otros precedentes. Uno de los argumentos defendidos por

*Roe* y *Casey* era que sin la disponibilidad del aborto las personas se verían inhibidas de ejercer su libertad a la hora de elegir el tipo de relaciones que desean, y las mujeres no podrían competir con los hombres en el ámbito del trabajo y en otras actividades.

Frente a ello, los grupos pro-vida defienden que la situación de las mujeres embarazadas ha cambiado, ya que las leyes federales y estatales prohíben la discriminación por motivos de embarazo; la licencia por embarazo y parto está ahora garantizada por ley en muchos casos; los costes de la atención médica relacionada con el embarazo están cubiertos por el seguro o la ayuda del gobierno; los Estados han adoptado cada vez más leyes de “refugio seguro”, que generalmente permiten a las mujeres dejar a sus bebés de forma anónima; que una mujer que da en adopción a su recién nacido hoy en día tiene pocas razones para temer que el bebé no encuentre un hogar adecuado. Además, el desarrollo de la medicina ha propiciado la apreciación de la vida fetal, hasta el punto de que cuando los futuros padres que quieren tener un hijo ven una ecografía, no suelen tener ninguna duda de que lo que ven es su hija o hijo.

Si bien tanto los defensores del aborto, como los defensores de la vida del feto pueden presentar argumentos a favor de sus posiciones, sin embargo, lo que el Tribunal no ha conseguido demostrar es su autoridad para que deban mantenerse sus argumentos, en relación a la legislación que debe aprobarse en los Estados respecto a la regulación legal del aborto, por lo que debería devolverse esa autoridad al pueblo y a sus representantes electos.

## 5. CONCLUSIONES

Desde que, en 1973, la Corte Suprema de Estados Unidos se pronunciara sobre el tema del aborto, en la decisión *Roe v. Wade*, muchas han sido las cuestiones que se han planteado al respecto. En este trabajo hemos tratado de abordar, a modo de referente contextual, las circunstancias y consecuencias que rodearon esa resolución del Tribunal. La jurisprudencia sentada por la Corte en esta decisión ha conducido a cinco décadas de lucha judicial por defender el *stare decisis* de una doctrina que nació

equivocada en sus fundamentos principales: el derecho a la intimidad y el derecho al proceso debido derivado de la Decimocuarta Enmienda.

Como hemos podido analizar, los cimientos sobre los que se ha fundamentado *Roe* se han resquebrajado. Tres aspectos han posibilitado este desenlace. En primer lugar, todas las leyes que, a nivel estatal, han ido perfilando contenidos normativos que perseguían la protección de la potencialidad de la vida humana, la salud física y psíquica de la madre, y la integridad de la profesión médica, que está orientada a la protección de la vida, y no a su destrucción, no sólo han ejercido una presión para un cambio de normativa, sino que han abierto nuevas vías de reflexión y de orientación en materia de aborto, hasta el punto de culminar con la anulación de *Roe*.

En segundo lugar, a lo largo de cincuenta años desde que la Corte Suprema decidió sobre el caso *Roe*, se han ido estableciendo restricciones a su doctrina originaria. La limitación del sistema de trimestres fijado a partir de *Casey*; la intervención de los padres en la decisión de abortar de sus hijas menores en diversas resoluciones de la Corte; la prohibición de abortos por nacimiento parcial de *Gonzales*; la necesidad de favorecer el consentimiento informado de la gestante a través de la comunicación de los datos de su embarazo, como escuchar el sonido del corazón del feto o tener acceso a imágenes del mismo a través de ecografías; la Enmienda *Hyde*, que impedía la financiación de los abortos con el dinero público; las limitaciones en el tiempo de la aplicación de prácticas abortivas, tomando como referente la capacidad de sentir dolor por parte del feto; la prohibición de abortos que tuvieran como causa una mentalidad eugenésica, en función de la cual se podía abortar en función de la raza, el sexo o la discapacidad del feto, son algunos de los ejemplos que se han estudiado, y que han ido introduciendo modificaciones que han minado los estrictos planteamientos de *Roe* sobre el aborto, hasta culminar con su anulación.

En tercer lugar, la nueva composición de la Corte Suprema, con una mayoría de 6-3 de jueces conservadores frente a liberales, y teniendo en cuenta la realidad de una justicia como la norteamericana, bastante ideologizada y politizada, ha abierto la posibilidad de una nueva tendencia

jurisprudencial que ha acabado con la primacía que *Roe* ha mantenido a lo largo de cinco décadas sobre el aborto.

El argumento que *Casey* sostuvo para justificar el mantenimiento de la doctrina de *Roe* sobre el aborto, en virtud del cual era necesario mantener la doctrina del *stare decisis* para sostener el Estado de Derecho, ya que la pérdida de la autoridad de los tribunales en la resolución de casos importantes llevaría al pueblo a una situación de incertidumbre, ha sido revertido por *Dobbs*, confiriéndole un sentido totalmente distinto. Lo que sostiene el Estado de Derecho no es el mantenimiento de la doctrina del *stare decisis* contra cualquier circunstancia, sino el hecho de que cada uno de los poderes de la nación asuma las competencias que tiene atribuidas.

En el tema del aborto no fue así, sino que el Supremo se arrogó la regulación de una materia que no le correspondía, regulándola desde una perspectiva legislativa, y no judicial, y secuestrando durante cincuenta años la capacidad del pueblo y de sus representantes de legislar sobre esa realidad. La pervivencia del Estado de Derecho no se basa en un poder judicial omnipotente, sino en que, en materias de importancia social fundamental, como es el aborto, el pueblo y sus representantes puedan legislar según sus criterios, y esta es la línea de pensamiento que ha sostenido *Dobbs* en todo momento, aduciendo, para ello, los tres criterios que deben fundamentar toda decisión, y que no se dieron ni en *Roe*, ni en *Casey*: texto, historia y precedentes.

En *Dobbs*, la Corte Suprema no ha buscado dirimir si el aborto está bien o está mal, ni siquiera si se debe permitir o no, sino que lo que ha tratado es de argumentar jurídicamente si el aborto puede ser considerado como un derecho reconocido constitucionalmente, para lo que ha adoptado una posición de neutralidad, obviando el ámbito moral del tema, para centrarse en una argumentación puramente normativa, en virtud de la cual determina que el aborto no puede considerarse como una realidad positiva emanada del texto constitucional.

Es por ello, por lo que la decisión del Tribunal en *Dobbs* se puede calificar de lógica, neutral, jurídica y plenamente democrática. Lógica porque desarrolla una argumentación coherente y racional; neutral, porque

aborda el tema del aborto no desde una perspectiva moral, sino puramente normativa; jurídica, porque se centra exclusivamente en demostrar que el aborto no puede ser considerado como un derecho, ya que ni aparece reconocido como tal por la Constitución, ni puede derivarse su práctica de precepto constitucional alguno, ni puede deducirse de la tradición normativa en Estados Unidos, ni se puede alegar la doctrina de la *stare decisis* como argumento para justificar su pervivencia, a través de la continuidad de *Roe* y *Casey*; democrática, porque defiende la consolidación del estado de derecho, al delimitar la competencia del poder judicial y legislativo a los ámbitos que respectivamente les corresponden.

La finalidad perseguida por el Tribunal Supremo en su reciente sentencia ha sido configurar el aborto, no como una temática “secuestrada” por la orientación ideológica de los jueces, e impuesta como doctrina única en todo el país, sino entenderlo como una cuestión sometida al juicio de las leyes democráticas de cada Estado. Lejos de concebir el aborto como un objetivo político que busca desesperadamente una justificación constitucional, la decisión objeto de estudio ha retomado un nuevo camino en la sociedad americana en esta materia, un camino abierto al diálogo y a la voluntad del pueblo y sus representantes. Esta nueva etapa que se inicia en Estados Unidos solo el tiempo permitirá juzgarla, pero de lo que no cabe duda es de que, la defensa de los valores democráticos y del Estado de Derecho, son aspectos fundamentales por los que merece la pena apostar.

## 6. REFERENCIAS

- Annas, G. (2007). The Supreme Court and Abortion Rights. *The New England Journal of Medicine*, 356(21), 2201-2207.
- Beck, R. (2011). Fueling Controversy. *Marquette Law Review*, 95(2), 735-750.
- Box v. Planned Parenthood of Indiana and Kentucky, Inc., 18-483, 587 U. S., 139 S. Ct. 1780 (2019).
- Collett, T. (2008). Judicial Modesty and Abortion. *South Carolina Law Review*, 59(4), 701-733.
- Connery, J. The Ancients and the Medievals on Abortion: The Consensus the Court Ignored, en H. Denis, G. Edward y C. Paige (1987): "Abortion and the Constitution: reversing Roe v. Wade through the courts". Georgetown University Press.
- Corwin, E. S. (1942). *La Constitución norteamericana y su significado actual*. Editorial Kraft.
- CQ Almanac (sitio web), House Passes 20-Week Abortion Ban. Disponible en <https://bit.ly/3KR3ocb>.
- Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U. S. (2022).
- Domingo, P. (2016). *Rule of law, politics and development: the politics of rule of law reform*. London, United Kingdom: Overseas Development Institute. Disponible en <https://bit.ly/3rHH39b>.
- Forsythe, C. (2018). A Draft Opinion Overruling Roe v. Wade. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 16, 445-493.
- Frank, Th. (2004): *What's the matter with Kansas: how conservatives won the heart of America*. Metropolitan Books.
- Ginsburg, R. B. (1985). Some thoughts on autonomy and equality in relation to Roe v. Wade. *North Carolina Law Review*, 63, 375-386.
- Gonzales v. Carhart, 550 U. S. (2007).
- Greenhouse, L. y Siegel, R. (2011). Before (and After) Roe v. Wade: New Questions About Backlash. *The Yale Law Journal*, 120, 2028-2087.
- Harris v. McRae, 448 U. S. (1980).
- Henderson, Ch. y Yang, P. (2022). Support for Health Insurance Coverage for Legal Abortion in the United States. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 19(1), 1-13.
- Indiana House Bill 1337 (2016).
- Ohio H.B. 214 (2017-2018).

- Pazos, J. I. (2021). Politización de la justicia y judicialización de la política. *Tiempo Judicial*. Disponible en <https://bit.ly/3GSbHC1>.
- Planned Parenthood v. Casey, 505 U. S. (1992).
- Presser, S. y Forsythe, C. (2005). The Tragic Failure of Roe v. Wade: Why Abortion Should be Returned to the States. *Texas Review of Law & Politics*, 10, 85-170.
- Preterm-Cleveland v. McCloud, 18-3329 (6th Cir. 2021).
- Roe v. Wade, 410 U. S. (1973)
- Sunstein, C. (2005). *Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. Nueva York Basic Books.
- Tate, C. N. y Vallinder, T. (1995). *The global expansion of judicial power*. New York University Press.
- U.S. Constitution (1789). Disponible en <https://bit.ly/3L7vijZ>.
- Waldron, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces*. Siglo XXI.

## ANÁLISIS DE LA IMPOSICIÓN AUTONÓMICA DE LAS TRANSMISIONES LUCRATIVAS EN ESPAÑA

---

MARTA MELGUIZO GARDE  
*Universidad de Zaragoza*

### 1. INTRODUCCIÓN

La imposición de las sucesiones es probablemente la más antigua ya que hay constancia de algún impuesto sucesorio tanto en el antiguo Egipto (en torno al año 700 antes de Cristo) como en tiempos del emperador romano César Augusto (Johnson, Mikov y Eller, 2001). Su justificación originaria se relacionaba como una compensación hecha al Estado por los servicios que garantizaban la pacífica transmisión del derecho de propiedad.

En la actualidad su existencia se justifica apoyándose en la equidad, ya que favorece la redistribución de los recursos y la igualdad de oportunidades evitando la concentración y perpetuación de la riqueza en grupos familiares. Aspecto de vital importancia ya que la evidencia empírica muestra que la riqueza se distribuye de manera más desigual que la renta (Alvaredo, Garbinti y Piketty, 2017). Así, en las últimas décadas y agravado por la última crisis económica, han aumentado las desigualdades sociales y los ricos son aún más ricos (Alvaredo, Atkinson, Piketty y Saez, 2013) y los sistemas fiscales han perdido capacidad redistributiva a la vez que ha disminuido la tributación de las globalizadas rentas del capital en los impuestos sobre la renta (Atkinson, 2015). También se observa que la principal fuente de desigualdad en la distribución de la riqueza es la que se origina por las transmisiones entre generaciones (Piketty y Zucman, 2014) lo que apoyaría el mantenimiento de algún tipo de imposición sobre el legado en línea con lo recogido, entre otros, en el Informe Mirrlees, de Mirrlees y otros (2011) en su capítulo 15. Desde el punto de vista económico la justificación o no de este tipo de

impuestos debe hacerse atendiendo a cuál es la motivación de los mismos ya que en función de ellos se podrán determinar los efectos negativos sobre la acumulación de capital que argumentan los detractores de este tipo de imposición. (Cremer y Pestieau, 2010). Masson y Pestieau (1997) analizan los efectos de los distintos tipos impuestos sobre las herencias dependiendo de la motivación de las mismas que son analizadas con más detalle en Melguizo (2007).

Además, esta tributación puede conseguir la imposición de las revalorizaciones de activos que no han sido gravadas durante la vida del fallecido (recordamos que en España se declara exenta la denominada plusvalía del muerto) y aumentar el nivel de tributación de las rentas de capital (que han disminuido en los últimos años) (Poterba and Scott, 2000).

Su aportación a la financiación de las políticas de gasto es muy limitada ya que su recaudación en proporción al PIB en media en los países de la OCDE es de un 0,13, aunque con notables diferencias entre países ya que fluctúa entre el 0,7% y el 0,1%. España se sitúa en sexta posición en 2015 y 2021; octava en 2016, 2017 y 2018; novena en 2019 y en el puesto once en 2020<sup>501</sup>.

## 2. OBJETIVOS

Pese a su generalidad es una de las más cuestionadas y periódicamente se aboga por su abolición aduciendo efectos desincentivo, actividades de planificación fiscal por los más ricos (que pueden llevar a cambiar de domicilio López Laborda y Rodrigo, 2022 y Haufler y Nishimura, 2022) y trabas a la continuidad de la empresa familiar. Además, en el caso español esta imposición presenta como una de sus características esenciales la amplia y dispar capacidad normativa de las comunidades autónomas. No obstante, pese a las reformas autonómicas llevadas a cabo en el impuesto, éste continúa siendo redistributivo. [Barberán, López Laborda y Melguizo, 2010 y Barberán y Trueba, 2018].

El objetivo último de este trabajo es analizar la tributación de las transmisiones lucrativas o gratuitas de riqueza entre individuos en cada una

---

<sup>501</sup> Elaboración propia de los datos obtenidos en [bit.ly/3vLwG5v](https://bit.ly/3vLwG5v) (Fecha de consulta: 5-1-2023).

de las Comunidades autónomas de régimen común en aras de entender la viabilidad de reformar en profundidad el impuesto, tal y como proponen numerosos autores (Checa, 1996, Quintas, 2008, García, 2011, Barberán, López y Melguizo, 2010, Martínez y De Pablos, 2017, Comisión de expertos para la reforma del sistema tributario español, 2014, Melguizo, 2016) y el *Informe de la Comisión de Expertos para la Revisión del Modelo de Financiación Autónoma (2017)*<sup>502</sup> y el *Libro Blanco de la Reforma Tributaria elaborado por un Comité de personas expertas (2022)*<sup>503</sup>.

### 3. METODOLOGÍA

Tras una breve introducción del impuesto en nuestro país se expondrán los rasgos de la tributación en cada una de las comunidades autónomas del régimen común. A continuación, como medio de poder valorar el ejercicio de la capacidad normativa autonómica, procederemos a simular cada normativa autonómica actual sobre una muestra de contribuyentes. Para ello utilizaremos una muestra de declarantes elaborada por Barberán (2006) procedente de autoliquidaciones por este impuesto en la Comunidad Autónoma de Aragón el año 2000. Hemos elegido este año porque es el último de aplicación de la normativa estatal en Aragón por lo que no se ve influenciado por la normativa fiscal aragonesa. Y en base a los resultados anteriores procederemos a clasificar a las comunidades autónomas. Todo ello se hará en una triple vertiente según atendamos a las transmisiones mortis causa, a las inter vivos o a ambas a la vez. En cambio, en el siguiente apartado se adopta enfoque dinámico y se analizan las diferencias recaudatorias potenciales considerando varios años correspondientes a ocho años entre los años 2007-2022 representativos de diferentes momentos del ciclo económico.

El Impuesto de Sucesiones y Donaciones está regulado básicamente por la Ley 29/1987, de 18 de diciembre (LISD, en adelante), y por el Real

---

<sup>502</sup> Disponible en [bit.ly/3idACZT](https://bit.ly/3idACZT).

<sup>503</sup> Disponible en [bit.ly/3WJkYnY](https://bit.ly/3WJkYnY).

Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

El impuesto español grava los incrementos de patrimonio obtenidos a título lucrativo, aunque en el caso de las transmisiones mortis causa se parte del caudal relicto del fallecido y se aplica el principio de igualdad en la partición. Y distingue tres hechos imponibles: herencia, donación y seguros de vida. Sus elementos básicos se plantean en Tabla 1.

**TABLA 1.** Elementos tributarios del ISD (según LISD)

<i>Hecho imponible</i>	<i>Herencia</i>	<i>Donación</i>	<i>Seguro de vida</i>
<i>Devengo</i>	Al fallecimiento del transmitente	Al donar	Al fallecimiento del transmitente
<i>Sujeto pasivo: (Persona física)</i>	Causahabiente	Donatario	Beneficiario
<i>Lugar de tributación</i>	Residencia causante	Residencia donatario (Si donación de inmuebles, donde estos radiquen)	Residencia causante
<i>Base imponible</i>	Valor neto de cada porción hereditaria	Valor neto de bienes recibidos	Cantidades percibidas por beneficiario
<i>Base liquidable</i>	BI – Reducciones (familiares o específicas)	BI = BL (menos reducciones específicas)	BI – Reducciones
<i>Plazo de declaración</i>	6 meses	30 días hábiles	6 meses
<i>Aplazamiento del pago</i>	Hasta 5 años		

Fuente: Domínguez (2017)

Sobre la Base Liquidable se aplica una escala progresiva de 16 escalones, y sobre la cuota íntegra, para hallar la cuota tributaria se aplica el denominado coeficiente multiplicador que se determina en función del valor del patrimonio del adquirente según la normativa del IP en la fecha de la transmisión lucrativa y del grado de parentesco entre las partes de acuerdo a las cuatro categorías establecidas en el artículo 20 LISD (y que aparecen recogidas en la Tabla 2). La aplicación conjunta de la escala y los coeficientes multiplicadores provoca que los contribuyentes con más patrimonio puedan alcanzar tipos marginales máximos entre el 40,8% (los parientes más cercanos) y el 81,60% (los más lejanos o

extraños), que es el más alto de los recogidos en el análisis de fiscalidad comparada que anualmente realiza el Fondo Monetario Internacional.

Es uno de los impuestos cedidos totalmente a las comunidades autónomas regidas por la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas. Aunque en un primer momento la cesión afectó tan sólo a los rendimientos del impuesto, desde 1997 las comunidades autónomas pueden fijar la cuantía y coeficientes del patrimonio preexistente y tarifa, así como las reducciones de la base imponible en el caso de adquisiciones mortis causa. También desde entonces, la atribución a las comunidades autónomas en lo referido a adquisiciones por causa de muerte se hace en función del domicilio del causante mientras que en las restantes situaciones se hará como hasta entonces, en función del domicilio fiscal del adquirente, menos en el caso de gravar inmuebles que tributarán en donde éstos radiquen. Desde el 2002 Las comunidades autónomas ampliaron sus competencias pudiendo fijar reducciones, no sólo en sucesiones como anteriormente, deducciones y bonificaciones.

Esta cesión del impuesto a las comunidades autónomas ha supuesto que la estructura del impuesto sea básicamente la de su aprobación en 1987 lo que entendemos que supone, por ejemplo, la no exención del ajuar doméstico en las transmisiones mortis causa (aspecto sobre el que no pueden regular y que no se aplica en los territorios forales que sí lo pueden regular). O que el impuesto no se haya adecuado a la nueva realidad familiar (las parejas de hecho son consideradas como extraños) lo que ha obligado a que las comunidades autónomas gradualmente hayan equiparado a las mismas con los cónyuges con diferentes requisitos, por lo que también en este aspecto existen diferencias entre territorios. O que no se haya actualizado ni las cuantías de las reducciones ni de las escalas de gravamen.

En cambio, la realidad es que todas las comunidades autónomas han minorado sustancialmente la tributación sobre todo de los familiares más cercanos, mediante reducciones, deducciones y bonificaciones aprobadas que suponen, en muchos casos, cuotas a pagar nulas o muy reducidas.

## 4. RESULTADOS

Antes de analizar los resultados nos referiremos a algunas limitaciones de la muestra utilizada. Así, además de las obvias restricciones territorial (se refiere a Aragón) y temporal (los niveles de patrimonio y renta actuales distan de los del año 2000 pero hemos de insistir en que los elementos cuantitativos de la LISD no se han actualizado desde 1987 cuando se ha estimado que la renta per cápita española era casi un tercio de la actual) destacaremos las carencias de la información disponible. Básicamente sólo se conoce el grupo (que no grado) de parentesco del art. 20 LISD (por lo que es imposible simular, entre otras, la normativa a hermanos, parejas de hecho, cónyuge), la base imponible (que incluye, en su caso, el ajuar, los bienes adicionados y acumulados, sin descripción detallada de los mismos, etc.), la edad para los menores de 18 años, la suma de reducciones personales y objetivas (pero no el importe desglosado de las mismas) y el coeficiente multiplicador utilizado de acuerdo a la regulación estatal.

Dadas las características de la muestra, algunas disposiciones autonómicas y/o sus restricciones no van a poder simularse, destacando por su trascendencia las referidas a las reducciones por discapacitados y a la transmisión de empresas y negocios profesionales, seguros de vida, vivienda habitual, etc. ni las referentes a hermanos, parejas de hecho, y otras distinciones de parentesco, ni algunas de las escalas de gravamen y de coeficientes multiplicadores.

Además, en algunos otros casos se ha tenido que adaptar los umbrales de patrimonio preexistente a los establecidos en la LISD.

### 4.1. TRANSMISIONES MORTIS CAUSA

Seguidamente se recogen los rasgos básicos de su tributación.

TABLA 2. Medidas fiscales aprobadas en 2022 simuladas referentes a sucesiones

CCAA	I: Descendientes < 21 años	II: Resto Descendientes, Cónyuge y Ascendientes	III y IV
Ley estatal 29/1987 aplicable salvo norma autonómica	<b>Reducción</b> [15.956,87 + (21-edad) 3.990,72] ≤47.858,59	<b>Reducción</b> 15.956,87	7.993,46 IV: 0
Andalucía	<b>Reducción</b> 100% hasta BL=0 si BL≤1.000.000 <b>Bonificación</b> 99% CT <b>Coefficiente Multiplicador 1</b>		10.000
Aragón	Hijo <18 años <b>Reducción</b> 100% ≤3.000.000		
	<b>Reducción</b> 100%; Total Reducciones (sin seguros de vida) ≤ 500.000.		
Principado de Asturias	<b>Coefficiente Multiplicador</b> entre 0,00 (si Patrimonio Previo ≤402.678,11) y 0,04		
	<b>Reducción</b> 300.000. <b>Escala de gravamen propia</b> con 4 escalones y tipos marginales comprendidos entre 21,25% (BL <56.000) y 36,50% (BL >616.000).		
Islas Baleares	<b>Reducción</b> [25.000+(21-edad)6.250] ≤50.000. <b>Bonificación</b> 99% CT	<b>Reducción</b> 25.000	<b>Reducción</b> 8.000 IV:1.000
	<b>Escala de gravamen propia</b> con 5 escalones y tipos marginales comprendidos entre 1% (BL <700.000) y 20% (BL >3.000.000)		
Canarias	<b>Reducción</b> del 100% con límite según edad: <10años: 138.650 11-15años: 92.150 16-18años: 57.650 19-21años: 40.400 <b>Bonificación</b> 99,9% CT	<b>Reducciones:</b> Hijos: 23.125 Resto (nietos, ascendientes) 18.500 <b>Bonificación</b> 99,9% CT hasta 55.000, el resto escala comprendida entre 90% (≤65.000) y 0% (>305.000)	<b>Reducción</b> 9.300 IV: 0 <b>Bonif. de II</b>
Cantabria	<b>Reducción</b> [50.000+(21-edad) 5.000]	<b>Reducción</b> 50.000	<b>Reducción</b> 8.000 IV: 0
	<b>Bonificación</b> 100% CT		
Castilla y León	<b>Reducción</b> [60.000+(21-edad) 6.000]	<b>Reducción</b> 60.000	
	<b>Reducción</b> (incluyendo todas) ≤ 400.000 <b>Bonificación</b> 99% CT		
Castilla – La Mancha	<b>Bonificación</b> (%) CT dependiendo de la BL: 100% si BL < 175.000; 95% si 175.000≤BL<225.000; 90% si 225.000≤BL<275.000 85% si 275.000≤BL<300.000; 80% si BL ≥ 300.000		
Extremadura	<b>Reducción</b> [18.000+(21-edad)6.000] ≤70.000		
	<b>Bonificación</b> 99% CT		
Galicia	<b>Reducción</b> [1.000.000+(21-edad) 100.000] ≤1.500.000	<b>Reducción</b> 1.000.000	<b>Reducción</b> 16.000 IV: 8.000
	<b>Bonificación</b> 99% CT		
	<b>Coefficiente Multiplicador</b> igual a 1 <b>Escala de gravamen propia</b> con 6 escalones y tipos marginales comprendidos entre 5% (BL <50.000) y 18% (BL >1.600.000)		
Comunidad de Madrid	<b>Reducción</b> [16.000+(21-edad)4.000] ≤48.000	<b>Reducción</b> 16.000	<b>Reducción</b> 8.000 IV: 0
	<b>Bonificación</b> 99% CT		

CCAA	I: Descendientes < 21 años	II: Resto Descendientes, Cónyuge y Ascendientes	III y IV
	<b>Reducción</b> [100.000+(21-edad)12.000] ≤196.000	<b>Reducción</b> 100.000 (cónyuge e hijos), 50.000 nietos.	<b>Reducción</b> 8.000 IV: 0
	<b>Escala de gravamen propia</b> con 5 escalones y tipos marginales comprendidos entre 7% (BL <50.000) y 32% (BL >800.000). <b>Escala de Patrimonio Preexistente.</b>		
	<b>Bonificación 99% para cónyuges.</b>		
		<b>GRUPO I</b>	<b>GRUPO II</b>
	Base imponible	Bonificación (%) Bonifi. Marg. (%)	Bonif. Marg. (%)
	0,00	0,00 99,00	0,00 60,00
	100.000,00	99,00 97,00	60,00 55,00
	200.000,00	98,00 95,00	57,50 50,00
	300.000,00	97,00 90,00	55,00 45,00
	500.000,00	94,20 80,00	51,00 40,00
	750.000,00	89,47 70,00	47,33 35,00
	1.000.000,00	84,60 60,00	44,25 30,00
	1.500.000,00	76,40 50,00	39,50 25,00
	2.000.000,00	69,80 40,00	35,88 20,00
	2.500.000,00	63,84 25,00	32,70 10,00
	3.000.000,00	57,37 20,00	28,92 0,00
Región de Murcia	<b>Bonificación 99% CT(tras Ded.)</b>		
La Rioja	<b>Deducción 99% CT(tras Ded.) si BL ≤400.000 o 50% CT(tras Ded.)</b>		
Comunidad Valenciana	<b>Reducción</b> [100.000+(21-edad)8.000] ≤156.000	<b>Reducción</b> 100.000	
	<b>Bonificación 75% CT</b>	<b>Bonificación 50% CT</b>	

Nota: III son Colaterales de 2º y 3º grado, ascendientes y descendientes por afinidad y IV: resto familia y extraños.

Fuente: elaboración propia

Las 15 comunidades autónomas han apostado por disminuir sustancialmente las herencias de los grupos I y II utilizando para ello variadas medidas tributarias (reducciones, bonificaciones, coeficientes multiplicadores o escalas de gravamen) de dispar alcance. Cantabria, de hecho, ha eliminado su tributación, mientras que, en Andalucía, Castilla y León, Extremadura, Madrid, y Murcia sólo tributan un 1% aunque los efectos en la muestra serán distintos al conjugarlos con otras medidas. Y en Canarias sólo tributan por un 0,01% los del grupo I y los de grupo II de menos de 55.000 € y un 10% los que superando los 55.000 no alcancen 65.000 (lo que supone la mayoría de nuestra muestra) y que al aplicarse además al grupo III (e incluso al IV que cumpla unas condiciones

excepcionales) adelantamos hace que tenga la menor recaudación potencial. Menor que la de Cantabria que se concentra en I y II.

La Tabla 3 recoge la recaudación potencial, y además de lo comentado, se ve que Cataluña con una conjunción de medidas distintas (entre la que destaca una escala de bonificaciones generosas sobre todo para el grupo I, hijos menores de 18 años) se sitúa en ser la tercera comunidad con menor recaudación (detrás de Canarias y Cantabria). Seguidamente va Andalucía. Detrás con caídas de recaudación del 62% Galicia, Aragón, Castilla-León y Madrid, mientras que Murcia y Extremadura se sitúan en el 61,65%. Sin llegar al 60% de caída de recaudación se sitúan Baleares, Castilla-La Mancha, Asturias y por último la Comunidad Valenciana con un 54% (4% menos de caída de recaudación. En el otro extremo, las que más recaudación potencial tendrían en 2022, está la Rioja que limita la bonificación del 99% a los de menos de 400.000,00 € disfrutando el resto sólo de un 50% bonificación y recauda un 68,75% de la estatal, la única que sobrepasa la mitad de recaudación potencial.

**TABLA 3.** *Recaudación potencial por sucesiones*

	<b>Recaudación Estimada</b>	<b>Caída recaudación (porcentaje)</b>
Ley estatal	3.597.370,45	
Andalucía	1.312.298	63,52%
Aragón	1.357.358	62,27%
Asturias	1.483.086	58,77%
I. Baleares	1.458.423	59,46%
Canarias	170.361	95,26%
Cantabria	179.257	95,02%
Castilla-León	1.357.476	62,26%
Castilla-La Mancha	1.472.636	59,06%
Cataluña	1.007.989	72,00%
C. Valenciana	1.654.569	54,01%
Extremadura	1.379.671	61,65%
Galicia	1.341.991	62,70%
C. de Madrid	1.361.955	62,14%
Murcia	1.379.758	61,65%
La Rioja	2.473.150	31,25%

Fuente: elaboración propia

## 4.2. TRANSMISIONES INTER VIVOS

**TABLA 4.** Medidas fiscales aprobadas en 2022 simuladas referentes a donaciones

CCAA	I: Descendientes < 21 años II: Resto de Descendientes, Cónyuge y Ascendientes	III IV
Ley estatal 29/1987 aplicable salvo norma autonómica, Extremadura	<b>Escala de gravamen única</b> con 16 escalones y tipos marginales comprendidos entre 7,65% (BL <7.993,46) y 34% (BL >797.555,08). <b>Coefficientes Multiplicadores</b> según Patrimonio Preexistente y Parentesco. Comprendidos para grupo I y II entre 1-1,20 y para IV: 2-2,40.	
Andalucía	<b>Bonificación 99% CT.</b> <b>Coefficiente Multiplicador 1</b>	
Aragón	<b>Reducción 100%</b> ; Cónyuge e Hijos; Total Reducciones por donante en 5 años $\leq 75.000$ ; si Patrimonio Previos $\leq 402.678,11$ (en vez de 100.000 aprobados) (incompatible con la otra)	
	<b>Bonificación 65% CT</b> si $BI \leq 500.000$ (incompatible con otras)	
Principado de Asturias	<b>Escala de gravamen propia</b> con 7 escalones y tipos marginales comprendidos entre 2% (BL <10.000) y 36,5% (BL >800.000) si Patrimonio Previos $\leq 402.678,11$	
Islas Baleares	<b>Cuota <math>\leq 7\%</math> BL</b>	
Canarias	<b>Bonificación 99,9% CT</b> hasta 55.000, el resto escala comprendida entre 90% ( $\leq 65.000$ ) y 0% ( $> 305.000$ )	
Cantabria	<b>Bonificación 100% CT</b>	
Castilla y León	<b>Bonificación 99% CT</b>	
Castilla –La Mancha	<b>Bonificación % CT:</b> 95% si $BL < 120.000$ ; 85% si $BL \geq 240.000$ ; 90% si $120.000 \leq BL < 240.000$	
Cataluña	<b>Escala de gravamen si hay escritura pública:</b> de 0 a 200.000                      5% de 200.000 a 600.000            7% de 600.000 en adelante        9%	
	<b>Escala de gravamen propia</b> con 5 escalones y tipos marginales comprendidos entre 7% (BL <50.000) y 32% (BL >800.000) (la misma que para Sucesiones). <b>Escala de Patrimonio Preexistente.</b>	
Comunidad Valenciana	Sólo para hijos con patrimonios previos $\leq$ a 600.000 o minusválidos <b>Reducción:</b> Hijos <21 años; $[100.000 + (21 - edad)8.000] \leq 156.000$ Resto: 100.000	
Galicia	<b>Escala de gravamen si hay escritura pública:</b> de 0 a 200.000                      5% de 200.000 a 600.000            7% de 600.000 en adelante        9%	
	<b>Coefficiente Multiplicador igual a 1</b>	
Comunidad de Madrid	<b>Bonificación 99 % CT</b>	
Región de Murcia	<b>Bonificación 99 % CT</b>	
La Rioja	<b>Deducción 99% CT</b> (tras Ded.) si $BL \leq 400.000$ o 50% CT	

Fuente: elaboración propia

Destaca que Extremadura no ha aprobado normativa propia y aplica la estatal (que también es de aplicación en Castilla –León si no hay escritura pública, en Canarias si la Cuota Tributaria es mayor de 305.000 €, en Asturias si el Patrimonio Preexistente es superior a 402.678 € y en Valencia si éste excede de 600.000 €).

En cambio, otros territorios han eliminado la tributación totalmente (Cantabria o Aragón pero sólo para los que tienen patrimonio preexistente inferior a 100.000 y sin superar en 5 años 75.000 €) o a un 99,9% (Canarias si la cuota tributaria es menor a 55.000 €) o a un 99% (Madrid, Murcia, Andalucía que además no distingue patrimonio preexistente, Castilla-León con escritura pública y La Rioja si no llega la base liquidable a 400.000 €) o entre un 85%-95% (Castilla –La Mancha) o un 65% (Aragón otros casos) o un 50% (otros casos de La Rioja) o entre un 90% y 10% (en los casos restantes de Canarias) o aprueban una reducción de 100.000 como es el caso de Valencia. Y por último están las que estableces medidas originales que realmente mitigan la tributación de las donaciones, pero no permiten la comparación inmediata con el resto de Comunidades. Así en las Islas Baleares se ha arbitrado mediante una deducción que se ingrese en concepto de ISD un 7% (inferior al marginal del primer escalón en todas las CCAA) de la base liquidable. Asturias para patrimonios previos inferiores a 402.678,11 € establece una escala de gravamen que, aunque claramente es menor en los primeros tramos acaba como la estatal. Y curiosamente Galicia (si escritura pública) y Cataluña (si el patrimonio preexistente es de hasta 2 millones €) coinciden en tener una escala de tres escalones entre 5% y 9% claramente inferior a la estatal (ya que además aplicaría coeficientes multiplicadores superiores en algunos casos). En ambos territorios, si no hubiera escritura pública, cosa que en nuestra muestra no sucede, la escala sería diferente entre sí (siendo la catalana superior, aunque inferior a la estatal).

Para donaciones la ordenación de comunidades es muy distinta a la de sucesiones. La de menor recaudación potencial es Andalucía (por aplicar además coeficientes multiplicadores unitarios), seguida de Cataluña, Cantabria, Canarias (resultado condicionado porque en la muestra todos aplican la bonificación del 99,9%). Si analizamos las que más recaudan, la que sigue a Extremadura (que mantiene inalterada la recaudación

potencial al no haber legislado) es Baleares, seguida de Galicia, Asturias y Aragón, que conviene destacar aún se sigue recaudando casi un 51% de lo potencial, por lo que en estos territorios se recauda más de la mitad. Las siguientes serían la Comunidad Valenciana y Castilla La Mancha que recaudan un poco menos del 49%, casi un 2,5% más de las restantes (Madrid, Murcia, Castilla-León, y La Rioja).

**TABLA 5.** *Recaudación potencial por donaciones*

	<b>Recaudación Estimada</b>	<b>Caída recaudación (porcentaje)</b>
Ley estatal, Extremadura	702.607,98	
Andalucía	299.524,80	57,37%
Aragón	358.273,98	49,01%
Asturias	493.961,08	29,70%
I. Baleares	582.558,02	17,09%
Canarias	321.703,78	54,21%
Cantabria	321.322,50	54,27%
Castilla-La Mancha	341.887,25	51,34%
Cataluña	313.660,44	55,36%
C. Valenciana	343.496,19	51,11%
Galicia	507.919,30	27,71%
C. Madrid, Murcia, La Rioja, Castilla- León	325.135,35	53,72%

Fuente: elaboración propia

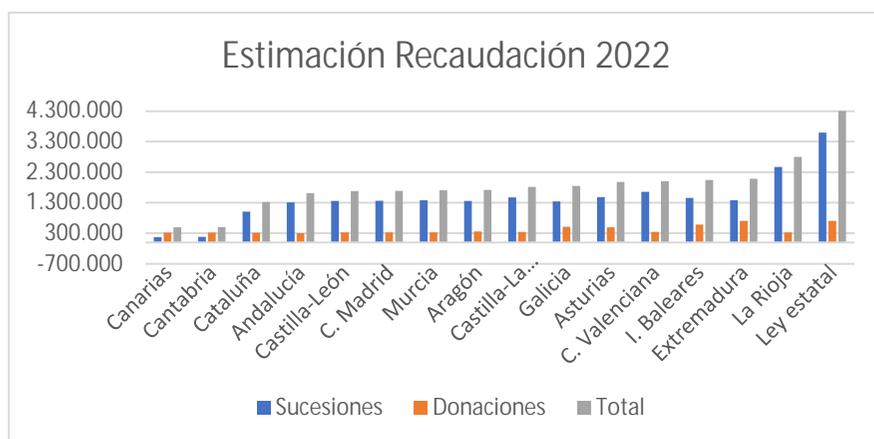
#### 4.3. TRANSMISIONES MORTIS CAUSA E INTER VIVOS

Mientras que Cantabria, Murcia y La Rioja igualan la tributación de ambas modalidades de transmisión. Otras sólo establecen mínimas diferencias. Como la existencia de una reducción para mortis causa: Andalucía, Castilla-León, Madrid y Canarias. O las que además de la reducción varían la escala de gravamen, como sucede en Asturias y Galicia (con una reducción de 400.000 y 1 millón respectivamente). Por su parte, Castilla-La Mancha las bonifica, aunque con porcentajes diferentes ya que mientras sucesiones varían entre 80 y 100%, en donaciones lo hacen entre 85 y 95%.

Luego están las que distinguen sustancialmente entre modalidades. Baleares para las donaciones establece vía deducción autonómica un

umbral de tributación máxima, exactamente del 7% de la base liquidable mientras que para las herencias establece una escala muy favorable entre el 1% y el 20%. La Comunidad Valenciana, donde no tributan las transmisiones hasta 100.000€ (si el patrimonio previo es inferior a 600.000€) bonifica al 50% las herencias. Aragón aplica una reducción menor para donaciones ya que establece 75.000 como límite cuantitativo frente a los 500.000€ de sucesiones englobando todas las donaciones recibidas por el donatario, también de otros donantes, en los últimos cinco años y manteniendo para donaciones de hasta 500.000 € una bonificación del 65% de la cuota. De manera que, tanto las sucesiones y donaciones a los grupos I y II de hasta ese importe o no tributan o lo hacen en menor medida (respectivamente). También diferencia sustancialmente Cataluña donde no tributan las sucesiones de hasta 100.000 € y además establece una escala de bonificaciones no aplicable a las donaciones. En el Gráfico 1 además de dibujarse las recaudaciones anteriores se dibuja la agregada apareciendo las CCAA ordenadas de izquierda a derecha de menor a mayor recaudación total. De manera global se observa que la recaudación potencial oscila entre el 11% de Canarias (y el 14% de Cantabria) y el 65% de La Rioja oscilando las demás entre un 30%y 48%.

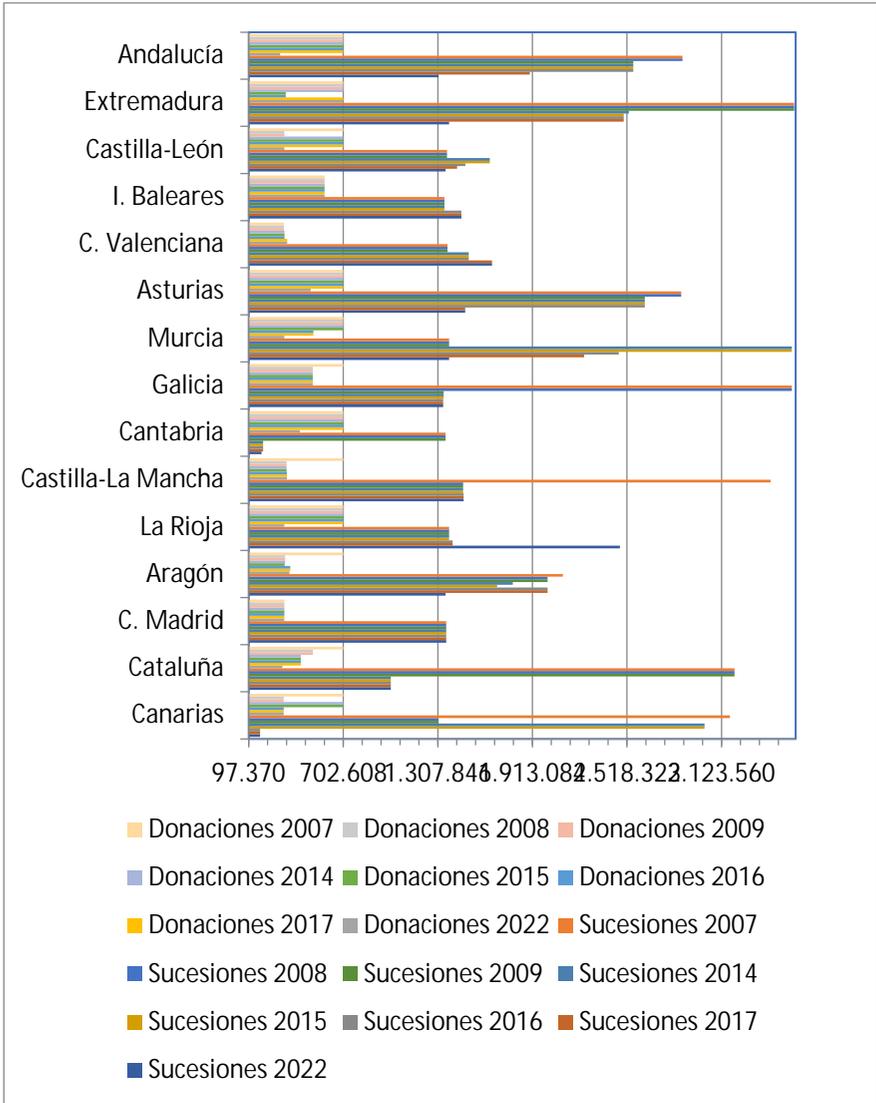
**GRÁFICO 1.** *Recaudación Potencial.*



Fuente: elaboración propia

## 5. DISCUSIÓN. ANÁLISIS DINÁMICO

**GRÁFICO 2.** *Recaudación Potencial*



Fuente: elaboración propia

Pero no conviene quedarse con la foto de un año en concreto ya que las medidas tributarias fluctúan cada año tal y como puede verse con el Gráfico 2. Se observa para 8 años que, salvo alguna excepción como es el

caso de La Rioja, hay una tendencia a igualar la tributación de ambas modalidades y a suprimir el impuesto para los parientes de los grupos I y II lo que se traduce en una fluctuación de la recaudación potencial en cada territorio. Por ello tanto *el Libro Blanco de la Reforma Tributaria* elaborado por un Comité de personas expertas (2021) como el *Informe de la Comisión de Expertos para la Revisión del Modelo de Financiación Autonómica* (2017) proponen actuar y establecer una tributación mínima que a la vez salvaguarde el ejercicio de competencias normativas de las CCAA.

## 6. CONCLUSIONES

El uso, por parte de las comunidades autónomas, de las competencias normativas sobre el ISD supone que en la actualidad la exigencia del tributo sea muy dispar entre territorios, lo que afecta, entre otros, a los principios de equidad y generalidad, así como levemente a su función redistributiva, ya que se concentra en los parientes más lejanos o no parientes. El devenir de la regulación autonómica puede suponer que, tal y como sucedió en los años 80 del siglo pasado en Australia y Canadá, al cederse a las haciendas subcentrales desaparezca el impuesto. Pero esto no tiene por qué ser así ya que en la actualidad tres países de los que más recaudan lo tienen descentralizado (Bélgica, Suiza) o coexisten una imposición federal con otra estatal (como sucede en Estados Unidos).

Quizás el escenario de total supresión permita que, en caso de necesidades presupuestarias, se debata sobre la posibilidad, tal y como sucedió en Italia en 2007, de implantar un nuevo impuesto más simple. En la línea de simplificación del impuesto deberíamos evitar cometer errores pasados como la inclusión del ajuar, de los coeficientes multiplicadores, escalas fuertemente progresivas y otras consideraciones ya señaladas anteriormente, lo que además de reducir los costes de gestión desincentivaría las actividades de planificación, elusión y evasión fiscal. Este nuevo impuesto debería ser común en toda España, lo que incluiría a los territorios forales, y en caso de reconocer capacidad normativa autonómica, abogamos por que sea idéntica para todas las comunidades autónomas y esté muy limitada tanto en sus importes como en los elementos

tributarios. De manera que no suceda como en la actualidad donde la tributación varía sustancialmente según territorio y, más aún, año de fallecimiento. Sin más justificación que las coyunturales del ciclo político y de las necesidades presupuestarias ya que es un impuesto que, claramente en el caso de sucesiones, grava la transmisión de un patrimonio acumulado. Que nos llevan a terminar con preguntándonos por cuál es el futuro que le espera a este impuesto.

## 7. AGRADECIMIENTOS

La autora agradece la inestimable colaboración del profesor Miguel Ángel Barberán y de la Dirección General de Tributos del Gobierno de Aragón en la elaboración de la muestra de declarantes utilizado en este trabajo, así como en el uso de la misma.

## 8. REFERENCIAS

- Alvaredo, F.; Atkinson, A.B.; Piketty, T. y Sáez, E. (2013): "The Top 1 Percent in International and Historical Perspective", *Journal of Economic Perspectives*, 27 (3), 3-20.
- Alvaredo, F.; Garbiny, B. y Piketty, T. (2017): "On the Share of Inheritance in Aggregate Wealth: Europe and the USA, 1900–2010", *Economica*, 84 (334), 239-260.
- Atkinson, A.B. (2015): *Inequality: What Can Be Done?* ed. Harvard University Press, Harvard.
- Barberán, M.A. (2006): "Redistribución y progresividad en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones; un análisis con datos de panel", *Hacienda Pública Española. Revista de Economía Pública*, nº 177, 25-57.
- Barberán, M.A., López Laborda, J. y Melguizo, M. (2010): "Una propuesta de reforma del impuesto sobre sucesiones y donaciones", *Cuadernos de Información Económica*, nº 217, 37-45.
- Barberán, M.A. y Trueba, M. C. (2018), "La propuesta de reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de la Comisión Lagares: una aplicación al caso de la CCAA de Aragón", *Documento de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, 2, 1-100.

- Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Tributario Español (2014), Informe de la Comisión de expertos para la reforma del sistema tributario español. Disponible en [bit.ly/3GHA08d](http://bit.ly/3GHA08d)
- Checa González, C. (1996): La supresión del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, ed. Marcial Pons, Madrid.
- Cremer, H. y Pestieau, P. (2010): “Riqueza e imposición sobre la transmisión de riqueza: una revisión”, Papeles de economía española, nº 125-126, 188-210.
- Domínguez Barrero, F. (2017): Planificación fiscal personal y en la empresa, ed. Aranzadi, Pamplona.
- García De Pablos, J. F. (2011): “El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: supresión o reforma”, Crónica Tributaria, 139, 79-105.
- Haufler, A. y Nishimura, Y. (2022). “Taxing mobile and overconfident top earners”. *International Tax and Public Finance*. 10.1007/s10797-022-09730-4.
- Johnson, B.W.; Mikow, J.M. Y Eller, M.B. (2001), “Elements of federal estate taxation”, en W.G. Gale, J.R. Hines Y J. Slemrod (ed.), *Rethinking estate and gift taxation*, Washington: Brookings Institution Press, 65-107.
- López-Laborda J. y Rodrigo, F. (2022). "Mobility of Top Income Taxpayers in Response to Regional Differences in Personal Taxes: Evidence from Spain," *Economics - The Open-Access, Open-Assessment Journal*, De Gruyter, 16(1), 152-169, January.
- Martínez Torres, M. y De Pablos Escobar, L. (2017): “Desigualdad y riqueza: El papel de la imposición personal sobre la riqueza”, en Urbanos Garrido, R. M. (coord.): *Lecciones para después de una crisis: Estudios en homenaje al Profesor Albi*, 165-183.
- Masson, A. y Pestieau, P. (1997), “Bequests Motives and Models of Inheritance: a survey of the literature”, en G. Erreygers y T. Vandeveldel (ed.), *Is inheritance legitimate? Ethical and economic aspects of wealth transfers*, Berlin: Springer Verlag, 54-88.
- Melguizo Garde, M. (2007): "La motivación de las transmisiones lucrativas entre generaciones de una familia: modelos teóricos y evidencia empírica", *Hacienda Pública Española / Revista de Economía Pública*, 181, 81-119.
- Melguizo Garde, M. (2016): “Presente y futuro del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones regional”, *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación. Comentarios, casos prácticos*, 403, 83-110.

- Mirrlees, J.; Adam, S.; T. Besley T.; Blundell R.; S. Bond S.; Chote R.; Gammie M.; Johnson, P.; G. Myles y Poterba. J. M. (2011): Tax by design. The Mirrlees Review, Oxford University Press, Oxford (UK).
- Piketty, T. y Zuckman, G. (2014), “Capital is back: wealth-income ratios in rich countries 1700–2010”, *The Quarterly Journal of Economics*, 129(3), 1255-1310.
- Poterba, J.M. y W. Scott (2000), “The Distributional Burden of Taxing Estates and Unrealized Capital Gains at the Time of Death”, en Gale, W.G., Hines Jr., y J. Selemrod (eds), *Rethinking the State and Gift Taxation*, Washington, D.C.: Brookings Institution Press.
- Quintas Bermúdez, J. (2008), “La posible desaparición del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y su integración en la imposición sobre la renta”, *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, 303, 3-40.

## CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

---

JOSÉ PABLO SANCHA DÍEZ  
*Universidad Pablo de Olavide*

### 1. INTRODUCCIÓN.

La teoría de la división de poderes ha devenido, en palabras de Lowenstein, en el dogma más sagrado de la teoría y práctica constitucionales, lo que queda patente en cualquier análisis de los textos que jalonan el constitucionalismo contemporáneo, ya sea patrio o comparado; sin perjuicio de las mutaciones o desviaciones sufridas en su formulación original en los sistemas políticos actuales.

A juicio de Jiménez Asensio (2020) el Poder Judicial nació como el más debilitado de los tres poderes caracterizado como la boca que pronuncia las palabras de la ley, en la terminología del Barón de la Brède y de Montesquieu. Si bien el constitucionalismo americano apostó por el modelo de equilibrio y control recíproco entre poderes (modelo de *checks and balances*) por el contra el sistema continental europeo, tras la Revolución Francesa, partía de la primacía del Poder Legislativo originariamente, siendo posteriormente el que llevaría las riendas el Poder Ejecutivo, especialmente a partir de la implantación definitiva del sistema parlamentario de gobierno y del Estado de Partidos.

La transformación posterior del meritado Estado Liberal de Derecho y el advenimiento, a partir de los inicios del siglo XX, del Estado Social y Democrático de Derecho, permitió sustraer al Poder ejecutivo la función de gobierno sobre el Judicial, atribuyéndola a un órgano creado ad hoc en los distintos ordenamientos constitucionales recientes: el Consejo General del Poder Judicial, tal y como hoy lo conocemos.

Ese ha sido precisamente el modelo seguido por la Constitución española de 1978, en forma análoga a como hicieron la Constitución francesa de 1946 y la Constitución italiana de 1948; al sustraerse al Poder ejecutivo las funciones de gobierno del Poder Judicial, apartándose del modelo americano de gobierno de la justicia que ha residenciado éste en los altos órganos jurisdiccionales.

Debe alertarse pues dada su gravedad, de los sucesivos intentos a través de los que el Poder Ejecutivo, o por mejor decir las fuerzas políticas constituidas en Gobierno, han pretendido dominar torticeramente al órgano de gobierno de los jueces (Goig Martínez, 2010, p. 227) poniendo serio riesgo el principio de separación de poderes; lo que podremos comprobar a lo largo del presente trabajo y que nos adentra directamente en la configuración constitucional del mencionado órgano.

## 2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL COMO ÓRGANO CONSTITUCIONAL. ESPECIAL REFERENCIA A SU SISTEMA DE SELECCIÓN: QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES Y DEL ESTADO DE DERECHO.

En lo que concierne a nuestro ordenamiento jurídico-constitucional podemos afirmar que ha tenido reflejo al menos desde el prisma formal el principio de separación de poderes en la redacción de la *parte orgánica* (Títulos II al VI) de nuestra *norma normarum*. De suerte que una lectura más exhaustiva del texto constitucional, pondría de manifiesto lo que denomino quiebras del principio de separación de poderes en nuestro orden constitucional: especialmente en lo que se refiere a la designación constitucional inconclusa de los miembros del Consejo General del Poder Judicial.

Respecto de su naturaleza se ha afirmado que estamos en presencia de un *órgano constitucional* en la medida en que su configuración básica se encuentra en el propio texto constitucional, sin perjuicio de que su desarrollo posterior se encomienda a una Ley Orgánica. En ese sentido no es un estrictamente un órgano de autogobierno del poder judicial, puesto que sus miembros no pertenecen exclusivamente a la carrera

judicial, por lo que sería más correcto calificarlo como órgano especial de gobierno del Poder Judicial. Por ello el Consejo no posee funciones jurisdiccionales, que corresponden de forma exclusiva y monopolísticas a los juzgados y tribunales por mandato del artículo 117 de la Constitución española.

En los albores de su andadura constitucional el Tribunal constitucional en su trascendental y un tanto decepcionante Sentencia 108/1986 determinó que la Constitución española no reconoce el autogobierno del Poder Judicial, ni tampoco se deriva de la existencia, composición y funciones del Consejo General del Poder Judicial.

Tal y como venimos manteniendo nuestra *norma normarum* estableció su composición y forma de designación de manera inconclusa, remitiendo su configuración definitiva a los términos de una ley orgánica en lo que concierne a los vocales de procedencia judicial. Reproducimos el precepto constitucional habida cuenta de su enorme transcendencia para el devenir de nuestro análisis:

“El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un periodo de cinco años. De estos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión”.

De la redacción del artículo 122 apartado tercero del texto constitucional, el régimen jurídico del Consejo General del poder Judicial podemos inferir que nace viciado en su origen, contaminado por ende su composición. La injerencia del Gobierno es manifiesta ya que de los veinte miembros, ocho son nombrados por el Rey a propuesta del Congreso (cuatro) y del Senado (cuatro); lo que se ratifica al ser nuestra Cámara Baja, esto es, el Congreso de los Diputados una *Cámara de resonancia* de las directrices políticas y del programa del Gobierno, especialmente cuando ha obtenido la mayoría parlamentaria. De mayor gravedad es si cabe que los doce miembros del Consejo de procedencia judicial<sup>11</sup> serán elegidos en los términos que establezca una Ley Orgánica. Debe

llamarnos poderosamente la atención que los constituyentes dejasen en manos del legislador de turno la forma de seleccionar a tales vocales del Consejo, que por otro lado son mayoría dentro del Consejo; aunque se le otorgara constitucionalmente el carácter de orgánica con las garantías formales que comporta.

De los peligros que encierra esa habilitación constitucional al poder legislativo sin limitación alguna para la designación de los doce vocales de procedencia judicial ya se ocupó nuestro Tribunal Constitucional:

“Ciertamente, se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atiendan sólo a la división de fuerzas existente en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial (STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 13).”

En lo que concierne al régimen jurídico legal del Consejo habría que acudir al Título I de la Ley Orgánica del Poder Judicial que dedicaba los artículos 107 a 148 a establecer la regulación de este órgano constitucional, muy particularmente los artículos 111, 112 y 1132 en cuanto a su composición y modo de selección de los vocales de procedencia judicial; lo que supuso una radical modificación del sistema previsto en la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial de 1/1980 de 10 enero (BOE núm. 11, de 12 de enero de 1980), que establecía que los doce miembros de origen judicial debían ser nombrados por los miembros de la Carrera judicial.

El régimen legal y el sistema de designación previsto en la Ley Orgánica de 1985 ha estado vigente hasta la reforma operada en el año 2013. La Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 155, de 29 de junio de 2013) ha derogado los artículos citados (107 a 148) creando un nuevo Libro VIII, denominado Del Consejo General del Poder Judicial, con la particularidad de que el Título V (De los órganos técnicos y del personal del

Consejo General del Poder Judicial) no se aprueba con el carácter de Ley Orgánica sino de ordinaria.

Así el nuevo artículo 567 del meritado cuerpo legal dispone cuanto sigue:

1. Los veinte Vocales del Consejo General del Poder Judicial serán designados por las Cortes Generales del modo establecido en la Constitución y en la presente Ley Orgánica, atendiendo al principio de presencia paritaria entre hombres y mujeres.
2. Cada una de las Cámaras elegirá, por mayoría de tres quintos de sus miembros, a diez Vocales, cuatro entre juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio en su profesión y seis correspondientes al turno judicial, conforme a lo previsto en el Capítulo II del presente Título.
3. Podrán ser elegidos por el turno de juristas aquellos Jueces o Magistrados que no se encuentren en servicio activo en la carrera judicial y que cuenten con más de quince años de experiencia profesional, teniendo en cuenta para ello tanto la antigüedad en la carrera judicial como los años de experiencia en otras profesiones jurídicas. Quien, deseando presentar su candidatura para ser designado Vocal, ocupare cargo incompatible con aquél según la legislación vigente, se comprometerá a formalizar su renuncia al mencionado cargo si resultare elegido.

Convendrá, para la mejor comprensión del Consejo como órgano constitucional, traer a colación las funciones que legalmente tiene asignadas (ex – artículo 560 LOPJ):

- 1.<sup>a</sup> Proponer el nombramiento, en los términos previstos por la presente Ley Orgánica, del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial.
- 2.<sup>a</sup> Proponer el nombramiento de Jueces, Magistrados y Magistrados del Tribunal Supremo.
- 3.<sup>a</sup> Proponer el nombramiento, en los términos previstos por la presente Ley Orgánica, de dos Magistrados del Tribunal Constitucional.
- 4.<sup>a</sup> Ser oído por el Gobierno antes del nombramiento del Fiscal General del Estado.
- 5.<sup>a</sup> Interponer el conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales del Estado, en los términos previstos por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

6.<sup>a</sup> Participar, en los términos legalmente previstos, en la selección de Jueces y Magistrados.

7.<sup>a</sup> Resolver lo que proceda en materia de formación y perfeccionamiento, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de Jueces y Magistrados.

8.<sup>a</sup> Ejercer la alta inspección de Tribunales, así como la supervisión y coordinación de la actividad inspectora ordinaria de los Presidentes y Salas de Gobierno de los Tribunales.

9.<sup>a</sup> Impartir instrucciones a los órganos de gobierno de Juzgados y Tribunales en materias de la competencia de éstos, así como resolver los recursos de alzada que se interpongan contra cualesquiera acuerdos de los mismos.

10.<sup>a</sup> Cuidar de la publicación oficial de las sentencias y demás resoluciones que se determinen del Tribunal Supremo y del resto de órganos judiciales.

A tal efecto el Consejo General del Poder Judicial, previo informe de las *Administraciones competentes, establecerá reglamentariamente el modo en que habrán de elaborarse los libros electrónicos de sentencias, la recopilación de las mismas, su tratamiento, difusión y certificación, para velar por su integridad, autenticidad y acceso, así como para asegurar el cumplimiento de la legislación en materia de protección de datos personales.*

*11.<sup>a</sup> Regular la estructura y funcionamiento de la Escuela Judicial, así como nombrar a su Director y a sus profesores.*

*12.<sup>a</sup> Regular la estructura y funcionamiento del Centro de Documentación Judicial, así como nombrar a su Director y al resto de su personal.*

*13.<sup>a</sup> Nombrar al Vicepresidente del Tribunal Supremo, al Promotor de la Acción Disciplinaria y al Jefe de la Inspección de Tribunales.*

*14.<sup>a</sup> Nombrar al Director del Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial.*

*15.<sup>a</sup> Regular y convocar el concurso-oposición de ingreso en el Cuerpo de Letrados del Consejo General del Poder Judicial.*

*16.<sup>a</sup> Ejercer la potestad reglamentaria, en el marco estricto de desarrollo de las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en las siguientes materias:*

- a) *Organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial.*
- b) *Personal del Consejo General del Poder Judicial en el marco de la legislación sobre la función pública.*
- c) *Órganos de gobierno de Juzgados y Tribunales.*
- d) *Publicidad de las actuaciones judiciales.*
- e) *Publicación y reutilización de las resoluciones judiciales.*
- f) *Habilitación de días y horas, así como fijación de horas de audiencia pública.*
- g) *Constitución de los órganos judiciales fuera de su sede.*
- h) *Especialización de órganos judiciales.*
- i) *Reparto de asuntos y ponencias.*
- j) *Régimen de guardias de los órganos jurisdiccionales.*
- k) *Organización y gestión de la actuación de los órganos judiciales españoles en materia de cooperación jurisdiccional interna e internacional.*
- l) *Establecimiento de las bases y estándares de compatibilidad de los sistemas informáticos que se utilicen en la Administración de Justicia.*
- m) *Condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes que conforman el estatuto de Jueces y Magistrados, así como el régimen jurídico de las Asociaciones judiciales, sin que tal desarrollo reglamentario pueda suponer innovación o alteración alguna de la regulación legal.*

*En ningún caso, las disposiciones reglamentarias del Consejo General del Poder Judicial podrán afectar o regular directa o indirectamente los derechos y deberes de personas ajenas al mismo.*

*17.ª Elaborar y ejecutar su propio presupuesto, en los términos previstos en la presente Ley Orgánica.*

*18.ª Aprobar la relación de puestos de trabajo del personal funcionario a su servicio.*

*19ª Colaborar con la Autoridad de Control en materia de protección de datos en el ámbito de la Administración de Justicia. Asimismo, asumirá las competencias propias de aquélla, únicamente respecto a la actuación de Jueces y Magistrados con ocasión del uso de ficheros judiciales.*

*20.ª Recibir quejas de los ciudadanos en materias relacionadas con la Administración de Justicia.*

*21.ª Elaborar y aprobar, conjuntamente con el Ministerio de Justicia y, en su caso, oídas las Comunidades Autónomas cuando afectare a materias de su competencia, los sistemas de racionalización, organización y medición de trabajo que se estimen convenientes para determinar la carga de trabajo que pueda soportar un órgano jurisdiccional.*

*La determinación de la carga de trabajo que cabe exigir, a efectos disciplinarios, al Juez o Magistrado corresponderá en exclusiva al Consejo General del Poder Judicial.*

*22.ª Proponer, previa justificación de la necesidad, las medidas de refuerzo que sean precisas en concretos órganos judiciales.*

*23.ª Emitir informe en los expedientes de responsabilidad patrimonial por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.*

*24.ª Aquellas otras que le atribuya la Ley Orgánica del Poder Judicial.”*

La regulación actual del Consejo General del Poder Judicial, como órgano de gobierno de los jueces y garante de su independencia ha sido objeto de feroces críticas, especialmente por la acusada politización que viene sufriendo muy particularmente a partir de los años ochenta del siglo pasado. Entre estas últimas podemos reseñar la formulada por Jiménez Asensio (2020), para quien el Consejo General del Poder Judicial es un órgano de diseño constitucional desgraciado, sin memoria, que se reinventa cada cinco años, con estructura de asamblea, cuya designación compete al Parlamento y de los equilibrios políticos que allí trenzan las fuerzas políticas para alcanzar los 3/5 de los votos necesarios para nombrar diez vocales por cada Cámara: seis entre jueces y magistrados y cuatro entre juristas de reconocida competencia. Los vocales del citado Consejo elegirán a la presidencia en función de criterios políticos; por lo que no cabe extrañarse que el Consejo del Poder Judicial sea objeto de caza mayor y sus sillones, aunque son sinecuras sin apenas funciones, están muy codiciados.

El mismo Tribunal Constitucional con ocasión de la regulación, en la Ley Orgánica del Poder Judicial 1/1985 de 1 de julio, de la composición del Consejo, preveía la necesidad de preservar las funciones propias del Consejo General del Poder Judicial respecto de las más que posibles interferencias del Poder Ejecutivo:

Las funciones que obligatoriamente ha de asumir el Consejo son aquellas que más pueden servir al Gobierno para intentar influir en sobre los Tribunales: de un lado el posible favorecimiento de algunos jueces por medio de nombramientos y ascensos; de otra parte, las eventuales molestias y perjuicios que podrían sufrir con la inspección e imposición de funciones. La finalidad del Consejo es pues privar al Gobierno de esas funciones y transferirlas a un órgano autónomo y separado. En virtud de esta doctrina resulta evidente que el Consejo General del Poder Judicial es el único órgano constitucionalmente llamado a desempeñar las funciones que la LOPJ dentro de la reserva constitucional establecida en el artículo 122.2 CE, contempla en relación con el estatuto de jueces y magistrados, al fin de salvaguardar la independencia judicial del área de influencia del poder Ejecutivo. (STC 108/1986).

El mal endémico de numerosas instituciones del Estado, la politización de las mismas, en concreto del citado Consejo ha sido subrayada por autores de la talla de Ferrajoli, destacando que supone actualmente una mera plasmación de los intereses políticos presentes en las Asambleas legislativas. Este último autor destaca la necesidad de poner al día la clásica separación de poderes, que evite la politización del órgano convertido en expresión de las fuerzas políticas presentes en las Cortes Generales y en particular de la mayoría gubernamental. (Fernández Díaz, 2019,p. 42-43).

No puedo estar más de acuerdo con Viada Bardají (2021), Fiscal del Tribunal Supremo, cuando afirma que la penetración de los partidos políticos en el poder judicial es un fenómeno patológico y está destinado a influir en la cúpula de la judicatura y no en la generalidad de los jueces y magistrados. Sostiene el citado autor que no es posible esgrimir que el Consejo General del Poder Judicial obtenga su legitimidad democrática del Parlamento al nombrar a sus miembros, puesto que la legitimación de los poderes públicos procede de la Constitución, como expresión de la voluntad popular. No es posible por tanto que un poder del Estado confiera legitimidad democrática a otro.

Incluso llega a afirmar el citado autor que se ha instaurado un sistema en virtud del cual se controla políticamente el órgano de gobierno del Poder Judicial (CGPJ), creado precisamente para proteger a los jueces

del Ministerio de Justicia, conformándolo por criterios de reparto partidista y contrariando así el espíritu constitucional (STC 108/1986).

Por tales argumentaciones no me es posible compartir la justificación efectuada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 108/1986, de 29 de julio sobre la independencia e imparcialidad de los vocales designados por las Cámaras parlamentarias al afirmar que la posición de los integrantes de un órgano no tiene por qué depender de manera ineludible de quienes sean los encargados de su designación sino que deriva de la situación que le otorgue el ordenamiento jurídico; por entender que no están ligados por mandato imperativo. En tal sentido las permanentes disputas partidistas que se producen cada vez que se renueva el Consejo General del Poder Judicial parecen no dar la razón, lamentablemente, al Tribunal Constitucional.

En ese orden de cosas se ha llegado a afirmar (Fernández Díaz, 2019, p. 52) inevitablemente con acierto que el Consejo General del Poder Judicial está considerado como el lugar geométrico en el que se generan y llevan a cabo intercambios entre el Gobierno y los partidos políticos parlamentarios, por una parte, y las cúpulas de las asociaciones judiciales, por otra, lo que es lo mismo que decir que es el lugar donde se produce no la separación, sino la colisión entre ambos tipos de instituciones.

Creo sinceramente que la posible solución es tan palmaria como difícil de poner en práctica, por la falta de voluntad política. Se necesitaría un amplio consenso de las distintas fuerzas políticas existentes para operar una reforma del artículo 122.3 de la Constitución española. Tan solo deberíamos acudir al procedimiento previsto en el artículo 167 1 de la misma; reforma porque no afectaría ni al Título II (De la Corona), ni a la Sección primera del capítulo segundo del Título I (derechos fundamentales), ni al Título Preliminar (artículos 1 al 9), que precisarían una revisión a tenor del artículo 168.

El procedimiento a seguir está previsto en el artículo 167:

1. “Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición

paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado.

2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios, podrá aprobar la reforma.
3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras”.

Hasta ahora los diferentes Gobiernos constitucionales que han sucedido en nuestra reciente historia democrática no han considerado conveniente abordar una modificación de tal envergadura constitucional y a la vista está el descrédito y permanente deterioro que vienen sufriendo el Consejo General del Poder Judicial y en general el Poder Judicial, y por extensión el Poder ejecutivo.

Por ello no puedo compartir la posición mantenida por Jiménez Asensio cuando afirma que el problema del Consejo General del Poder Judicial no radica en la manida renovación del mismo o en cómo se eligen a los vocales procedentes de la judicatura, si por el Parlamento o por los propios jueces; por cuanto entiendo que justamente la forma de evitar injerencias innecesarias y tóxicas para el principio de separación de poderes sería precisamente que la elección de los miembros del órgano de gobierno de los jueces se llevara a cabo por y entre miembros de tal Poder. ¿Acaso no se pondría fin a todo ese mercadeo político y el bochornoso espectáculo

que precede a la designación de los miembros del Consejo, cada vez que se procede a su renovación?.

El sistema actual de designación del Consejo General de Poder Judicial, que trae causa de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, es inadmisibles a la luz de principio de separación de poderes, como pilar esencial de todo Estado de Derecho; habida cuenta de que a la sazón compete al Poder Legislativo la selección de los veinte miembros del Consejo: diez (seis entre jueces y magistrados y cuatro entre abogados y juristas de reconocida competencia) a propuesta del Congreso y diez

(seis entre jueces y magistrados y cuatro entre abogados y juristas de reconocida competencia) a propuesta del Senado por mayoría de tres quintos, para su nombramiento por el Rey (meramente formal).

A mi modo de ver la Constitución establece la necesidad de una mayoría de tres quintos para la elección de los vocales de designación parlamentaria, y al mismo tiempo remite a una Ley Orgánica la selección de los vocales de procedencia judicial. Habida cuenta de la necesidad de consenso en una materia tan sensible como ésta la propia Constitución no puede querer elegir por mayoría absoluta (como se indica en la propuesta meritada *ut supra*) a los vocales de origen judicial, estableciéndose así dos mayorías diferentes para miembros del mismo órgano constitucional. En el caso de prosperase dicha propuesta el sistema de equilibrios que es la base de la división de poderes quedaría simplemente destruido.

Tan nefasta (y perfectamente constitucional) posibilidad se materializó precisamente en el nacimiento de la Ley 1/1985 Orgánica del Poder Judicial que supuso una radical modificación del sistema previsto en la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial de 1/1980 de 10 enero, que establecía que los doce miembros de origen judicial debían ser nombrados por los miembros de la Carrera judicial. En la nueva redacción y que se mantenido desde la mitad de la década de los ochenta los veinte miembros serán nombrados por el Congreso y en el Senado.

A mayor abundamiento se viene manteniendo recientemente (Llambes Sánchez, 2022, p. 5) que el sistema actual de designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial está incurso

en *inconstitucionalidad sobrevenida*, ya que en la práctica los nombramientos de los integrantes de dicho órgano constitucional se realizan de conformidad con las cuotas partidistas y representación política del Parlamento, dándose así cumplimiento al vaticinio formulado por la jurisprudencia constitucional en la meritada sentencia 108/1986. Del mismo modo el sistema de designación de los vocales del Consejo vulnera el derecho positivo comunitario, como ha venido manifestando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en particular el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 19 TUE) en relación con el

NCJ polaco (el equivalente a nuestro Consejo General del Poder Judicial).

En ese orden de cosas la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Reczkowicz vs Polonia* (2021) y en asunto *Advanced Pharma vs Polonia* (2022) viene declarando la vulneración del derecho a un proceso equitativo en su vertiente de un derecho a un juez o Tribunal independiente (artículo 6 CEDH) por la forma de designación del NCJ polaco. Precisamente el TEDH ha señalado la reforma legislativa llevada a cabo por el Parlamento polaco en el año 2017 y que ha supuesto la injerencia directa o indirecta tanto del poder legislativo (y ejecutivo) en la designación de la totalidad de los miembros del NCJ, toda vez que este último se encarga del nombramiento a su vez de la cúpula judicial polaca.

Extrapolando la reforma del estado polonés a nuestro país podríamos llegar a conclusiones similares. La nueva regulación del Consejo General del Poder Judicial nacida de la Ley Orgánica del poder Judicial de 1985 atribuyó al Congreso y al Senado la potestad de nombrar a la totalidad de los miembros (veinte) de aquél. Asimismo convendrá recordar que en nuestro ordenamiento son funciones del Consejo (artículo 560.1.2 LOPJ) la designación de los miembros de las diferentes Salas del órgano en que culmina la organización judicial de nuestro país, el Tribunal Supremo, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (ex artículo 123 CE); función que cobra un trascendencia notabilísima desde el momento en que la responsabilidad penal de los miembros del Gobierno (Poder ejecutivo) es exigible, en su caso, ante una de las Salas del Tribunal Supremo (Sala Segunda o de lo Penal) por mandato del artículo 102.1 de nuestra Carta Magna.

### 3. PROPUESTAS DE REFORMA DEL SISTEMA DE DESIGNACIÓN DEL CONSEJO

No me gustaría finalizar esta espinosa y polémica cuestión sin mencionar al intento de reformar el vigente régimen legal de designación del Consejo y del Tribunal Constitucional (contenidos respectivamente en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley Orgánica del Tribunal

Constitucional) mediante la presentación de dos enmiendas a cargo de los grupos parlamentarios socialista y Unidas Podemos con ocasión de la tramitación parlamentaria de la modificación de los delitos de sedición y reforma del delito de malversación de caudales públicos en nuestro Código Penal.

De acuerdo con Aragón Reyes (2022) tal intento de reforma de la LOPJ y de la LOTC incurren en inconstitucionalidad no solo formal sino material. Desde el punto de vista netamente formal, esto es, procedimentalmente hablando dichas reformas se presentan en forma de enmiendas a una proposición de ley en trámite para eludir los preceptivos informes de Consejo de Estado y del propio Consejo General del Poder Judicial; *por lo que cabría hablar de verdadero fraude en el procedimiento previsto constitucionalmente para este caso de iniciativa legislativa.*

Es más, para el magistrado emérito del Tribunal Constitucional (Aragón Reyes) se estaría perpetrando un ataque frontal no solo al guardián y garante de la Carta Magna sino al propio Estado de Derecho.

Dichas enmiendas han traído consigo la presentación por el grupo parlamentario popular en el Congreso un recurso de amparo basado en la posible vulneración de su derecho al ejercicio del cargo contemplado en el artículo 23.2 de la Carta Magna, en relación con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de aquellos representantes (ex artículo 23.1 CE), al no existir conexión de homogeneidad entre la proposición de Ley Orgánica presentada y la materia objeto de enmienda.

Como ha recalcado nuestro Tribunal de Garantías Constitucionales es doctrina constitucional consolidada en las SSTC 119/2011, de julio; 136/2011, de 13 de septiembre y 172/2020, de 19 de noviembre, la necesidad de la relación de homogeneidad que ha de existir entre las enmiendas y la iniciativa legislativa que se pretende modificar.

En su nota informativa de 19 de diciembre de 2022 número 105, ha manifestado *que la vulneración de derechos alegada por los recurrentes en amparo no carece prima facie de verosimilitud*, por lo que en atención a la jurisprudencia constitucional antes citada (conexión de homogeneidad) ha acordado admitir a trámite el recurso de amparo (ATC

19/12/2022) y estimar (*inaudita parte*) la solicitud de medidas cautelárisimas formulada por los recurrentes, *de conformidad con el artículo 56.6 LOTC, suspendiendo la tramitación parlamentaria de los preceptos que modifican la Ley Orgánica del Poder judicial y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional introducidos en la referida Proposición de Ley Orgánica, que derivan de las dos enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios Socialista y Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, e introducidas en el texto de la Proposición de Ley Orgánica aprobada por el Congreso de los Diputados en sesión celebrada el día 15 de diciembre de 2022.*

No han faltado voces (Carmona Contreras, 2022) que se han alzado frente a este modo de proceder del Tribunal Constitucional, al situarnos nuestro Tribunal Constitucional *en un contexto institucional complejo y de difícil resolución mediante una decisión en nuestra experiencia constitucional y que no tiene parangón en ningún otro ordenamiento democrático en donde exista Tribunal Constitucional.* El Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución española, ha abandonado su función de legislador negativo, *para convertirse en actor determinante del devenir legislativo,* al suspender la tramitación parlamentaria que venimos comentando, concluye la citada autora.

#### 4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aragón Reyes. M (2022). Ataque frontal al Tribunal Constitucional y al Estado de Derecho. Revista Diario de Derecho. Estudios y comentarios. Iustel.
- Aragón Reyes, M.(2021), De aprobarse el proyecto sobre la elección del CGPJ se destruiría el equilibrio que rige la división de poderes., Fundación para la Libertad. Recuperado de <https://parala libertad.org/la-constitución-no-lo-permite/>
- Carmona Contreras, A.(2022) . ¿Quo vadis Tribunal Constitucional? El País. 20/12/2022. Recuperado de <https://elpais.com/opinion/2022-12-19/quo-vadis-tribunal-constitucional.html?ssm=whatsapp>
- Cruz Villalón, P. (2022). Jueves negro para la democracia española. El País. Tribuna. 20/12/2022. <https://elpais.com/opinion/2022-12-19/jueves-negro-para-la-democracia-española..html?ssm=whatsapp>

- Fernández Díaz, A. (2019). Sobre la División de Poderes: una reconsideración en el contexto actual, *Revista Española de Control Externo*, vol. XXI, número 63.
- Ferrajoli, I. (2016). Por una refundición garantista del principio de separación de poderes. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 20. Madrid.
- Goig Martínez, J.M.; Núñez Rivero, C.; Núñez Martínez, M. (2010). *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal constitucional. Volumen I. Fuentes y Organización del Poder Político*. Editorial Universitas S.A. 1ª Edición. Madrid
- Jiménez Asensio, R., *El Poder difuso: Poder Judicial y separación de poderes, Hay Derecho, Expansión*. Recuperado de <https://hayderecho.expansion.com/2020/01/20/e>
- Llambes Sánchez, M.I.; (2022) *La legalidad comunitaria en la renovación del Consejo General del Poder Judicial*. *Revista jurídica Colex*, número 26. Mayo-junio.
- Viada Bardají, S. (2021) *Sobre el control político del Poder Judicial*, *Diario de Derecho, Estudios y comentarios*. Iustel.  
[https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=12068621](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=12068621)

## LA REFORMA DEL TRIBUNAL UNIVERSITARIO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA

---

ROBERTO CASTRO PÉREZ

*Universidad Autónoma de Baja California*

MARÍA ERIKA CÁRDENAS BRISEÑO

*Universidad Autónoma de Baja California*

### 1. INTRODUCCIÓN

#### 1.1. ORIGEN Y FUNCIÓN DEL TRIBUNAL UNIVERSITARIO

La Universidad Autónoma de Baja California (México) inició su existencia el 28 de febrero de 1957, fecha de publicación de su ley orgánica. Acorde al artículo 39 de ese mismo ordenamiento, “Los alumnos tendrán derecho de recurrir al Tribunal de Apelación cuando por anomalías de índole administrativa resulten directamente lesionados sus intereses”.

Sin embargo, sería en octubre de 2006, previa reforma del propio Estatuto General, cuando finalmente el Consejo Universitario expidió el Estatuto Orgánico del Tribunal Universitario, órgano jurisdiccional que inició sus actividades el mes de noviembre del 2007 (Gaceta UABC 2007, p. 4). Este ordenamiento sería reformado posteriormente en 2014 y 2015.

El mencionado Estatuto Orgánico, en su texto vigente (2015), dispone en su artículo 1º que el Tribunal Universitario está dotado “de plena autonomía para resolver jurisdiccionalmente los litigios sometidos a su potestad, y para conciliar en su caso los intereses en conflicto, sin más sujeción que el respeto pleno al derecho universitario, bajo la perspectiva de los derechos humanos”.

Por lo que hace al tipo de asuntos que pueden plantarse ante el Tribunal Universitario, el artículo 5, fracción I del referido Estatuto Orgánico

(2015), establece que “la acción de nulidad procede contra actos u omisiones de las autoridades, órganos colegiados, funcionarios, profesores o investigadores de la Universidad que en ejercicio o exceso de sus funciones, afecten los intereses jurídicos del alumno actor”, agregando el mismo artículo, en sus fracciones IV y V, la improcedencia de impugnaciones “contra el criterio aplicado por los profesores en los procesos de evaluación o de revisión de evaluaciones, sino únicamente la inobservancia de las formalidades y términos propios de tales procesos”, así como “contra los cobros de derechos, cuotas o cualquiera otro por los servicios que presta la Universidad, ni contra los nombramientos, designaciones, contrataciones, separaciones o remociones de ... cualquier autoridad, funcionario o empleado del ramo académico o administrativo”.

Como se advierte igualmente del examen del multicitado Estatuto Orgánico, en el juicio de nulidad solamente son partes el alumno actor y la autoridad demandada, sin mención de terceros interesados en la subsistencia del acto impugnado.

En lo tocante al tipo de nulidad que el Tribunal Universitario puede resolver, el artículo 14 de su Estatuto Orgánico (2015) se limita a establecer que “Las sentencias podrán declarar la nulidad de los actos u omisiones impugnados, pero en ningún caso se sustituirán a la decisión que en acatamiento a la sentencia deberá emitir la autoridad universitaria competente”. Esto se interpretó por el mismo Tribunal Universitario en el sentido de que, en todos los casos en que se comprobara la ilegalidad del acto impugnado, debía declararse la nulidad lisa y llana del mismo.

## 1.2. LA POLÍTICA INSTITUCIONAL DE CERO TOLERANCIA

A partir del 2019, la Universidad Autónoma de Baja California implementó una política de cero tolerancia contra el hostigamiento o acoso sexual, la violencia de género, discriminación y los actos delictivos dentro de sus instalaciones.

En forma destacada, adicionalmente a las diversas actividades de concientización de la comunidad universitaria y la creación de la aplicación digital de denuncia No Más (No+), el 2 de diciembre de 2019 se publicó el *Acuerdo que establece la integración y funcionamiento de los comités*

*de prevención y atención de la violencia de género en la Universidad Autónoma de Baja California*, que en su artículo tercero, fracciones III, IV y V, dispone que entre las atribuciones de esos comités, se incluye la recepción de los reportes y quejas de violencia de género que presuntamente involucren miembros de la comunidad universitaria, por los medios que la misma institución disponga para ello, revisar y analizar colegiadamente esos reportes y quejas, y emitir las recomendaciones correspondientes a las autoridades universitarias (Gaceta UABC 2019, p. 2).

Como se verá posteriormente, esta política institucional ante el acoso y la discriminación, inevitablemente colisionaría con el previo criterio de nulidad lisa y llana —que a su vez podría denominarse igualmente de “cero tolerancia” de la ilegalidad en los actos de las autoridades y docentes—, aplicada por el Tribunal Universitario.

## 2. OBJETIVOS

El objetivo del presente trabajo es analizar la necesidad de reforma del Estatuto Orgánico del Tribunal Universitario de la Universidad Autónoma de Baja California, a fin de que éste pueda resolver adecuadamente los conflictos entre las autoridades, el personal docente y el alumnado, con pleno respeto a los derechos humanos y los fines superiores de la institución, ante el problema actual de la falta de regulación de la nulidad para efectos y de la figura del tercero interesado, como parte en el juicio, lo que ha implicado el establecimiento del criterio de resolver la nulidad lisa y llana de los actos impugnados por el alumnado, ante el incumplimiento de cualquier formalidad establecida por la normatividad institucional, sin intervención además de los terceros que pudieran tener interés en la subsistencia de los actos impugnados.

## 3. METODOLOGÍA

Metodológicamente, se realizó un estudio teórico y explicativo, empleando la técnica documental y el estudio específico de la resolución pronunciada por el Pleno del Tribunal Universitario en el juicio de nulidad 14/2021/MXL/TU, así como de la sentencia de fecha 5 de

septiembre de 2022, pronunciada por el Juez Sexto de Distrito en el Estado de Baja California, dentro del juicio de amparo 35/2022.

## 4. RESULTADOS

### 4.1. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL JUICIO DE NULIDAD 14/2021/MXL/TU

El 7 de octubre de 2021, un alumno demandó ante la Sala Mexicali del Tribunal Universitario, la nulidad de su expulsión de la Universidad, resuelta por la Dirección de la unidad académica de su adscripción, con motivo de la supuesta comisión de actos de acoso sexual en agravio de tres alumnas.

Habiéndose admitido la demanda y desahogado las formalidades procesales, el 1 de diciembre de 2021 el Pleno del Tribunal Universitario pronunció sentencia, resolviendo la nulidad de la sanción impugnada, ordenando en consecuencia a la autoridad demandada realizar los trámites correspondientes para la reincorporación del alumno actor.

En el considerando VII de la sentencia mencionada (p. 16), el Tribunal Universitario advirtió fundado el agravio consistente en que la autoridad demandada incumplió con las formalidades del procedimiento de responsabilidad, violando en consecuencia el derecho fundamental de audiencia, también llamado de debido proceso legal.

En la misma sentencia (p. 16) se establece que el artículo 203, fracción I del Estatuto General de la Universidad Autónoma de Baja California (2019), establece que en el procedimiento de responsabilidad contra alumnos, por parte de los directores de unidades académicas y del rector, dentro del término de diez días hábiles, contados a partir de que tenga conocimiento personal de la falta, la autoridad deberá notificar por escrito al alumno la imputación que se le hace, dándole a conocer las evidencias de cargo, otorgándole un plazo de tres días hábiles para que argumente y pruebe lo que su interés convenga.

Menciona seguidamente la sentencia en comentario (p. 16), que la notificación inicial a que se refiere el precepto en cita, constituye un acto de molestia al alumno por parte de una autoridad universitaria, que debe

estar fundado y motivado, acorde al artículo 16, párrafo primero de la Constitución Federal (1917), que dispone: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

Agrega posteriormente el fallo en cita (p. 17), que el precitado artículo 16 constitucional es interpretado por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis jurisprudencial de rubro “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN” (registro digital n° 238212), en el sentido de que la fundamentación consiste en la expresión precisa de un precepto legal aplicable al caso, y la motivación en el señalamiento preciso de las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto, debiendo existir la adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables.

Sostiene la resolución (p. 18) que, a la luz del precepto constitucional y de interpretación jurisprudencial antes citados, es inconcuso que la notificación de la imputación dentro de un proceso de responsabilidad universitario, obliga a la autoridad a dar a conocer al alumno acusado no solamente los hechos que se le atribuyen, sino igualmente los preceptos jurídicos que establecen las causas de responsabilidad que se presumen actualizados con esos mismos hechos, además de los ordenamientos que facultan a la autoridad a proceder en su contra.

En inteligencia de lo anterior, el fallo que nos ocupa (pp. 18-19) considera que en el oficio que dio inicio al procedimiento de responsabilidad contra el alumno actor, se da a conocer a éste el contenido de las diversas quejas en su contra, invocando en el párrafo inicial del mismo oficio los artículos 197, 198 fracción I, 201 y “demás relativos y aplicables” del propio Estatuto General, que no se refieren a causales de responsabilidad general de los miembros de la comunidad universitaria, o específicamente de los alumnos, sino a la expedición del reglamento de responsabilidades administrativas de los funcionarios y empleados de la Universidad, la posibilidad de amonestar a éstos, así como a las diversas sanciones que el rector y los directores de las unidades académicas pueden imponer a los alumnos.

Añade la sentencia en consulta (p. 19) que, en el resto del oficio en comentario, se omite por completo citar los preceptos jurídicos que establecen las causas de responsabilidad que presumiblemente se habrían actualizado por las acciones atribuidas al alumno acusado, ahora parte actora, y que esa omisión forzosamente lo colocó en un estado de indefensión, ya que a pesar de tener conocimiento de las acusaciones en su contra, por el contrario nunca tuvo conocimiento de las disposiciones jurídicas exactas que establecían las causas de responsabilidad correspondientes a los hechos a él imputados, lo que lo imposibilitó para defenderse debidamente en el proceso.

Afirma seguidamente la resolución en estudio (p. 19), que la falta de debida fundamentación y motivación del oficio de inicio del procedimiento de responsabilidad, constituye un vicio formal grave que amerita por sí solo la nulidad de la resolución impugnada.

Sin menoscabo de lo anterior, la sentencia que nos ocupa (p. 19) advierte otro vicio formal grave en el trámite del proceso, que deriva de la inexacta interpretación y aplicación de lo dispuesto en el artículo 203, fracciones I y II del Estatuto General, y que por su trascendencia directa al sentido del fallo impugnado es pertinente mencionar.

En efecto, como se mencionó anteriormente, conforme a ese precepto jurídico, la autoridad deberá notificar por escrito al alumno la imputación que se le hace, dándole a conocer las evidencias de cargo, otorgándole un plazo de tres días hábiles para que argumente y pruebe lo que a su interés convenga, y una vez transcurrido ese término, y no habiendo diligencia pendiente de desahogo, dentro del plazo de diez días hábiles se dictará resolución, debidamente fundada y motivada.

Establece el fallo analizado (pp. 19-20) que la notificación inicial del procedimiento de responsabilidad implica la obligación, para la autoridad universitaria, de dar a conocer al alumno acusado las evidencias de cargo, esto es, todas aquellas pruebas en su contra, que razonablemente generan la presunción de que el alumno efectivamente incurrió en una causa de responsabilidad, debiendo considerarse que la oportunidad que tiene la autoridad universitaria para realizar todas las indagatorias que le permitan obtener o perfeccionar estas pruebas de cargo, es precisamente

el término inmediatamente posterior a la fecha en que tenga conocimiento de los hechos y previo a la notificación de inicio del procedimiento de responsabilidad al alumno acusado.

Sostiene la resolución (p. 20) que asimismo, de la redacción del precepto en cita, se desprende que la etapa del procedimiento inmediatamente posterior a la notificación inicial y previa a la resolución, se refiere exclusivamente al ejercicio de la facultad del alumno acusado para contrarrestar o desvirtuar las acusaciones y evidencias en su contra, que son las que se le dieron a conocer desde el principio y contra las cuales puede y debe defenderse. Y que es por ello, que cuando el precepto en cita menciona la no existencia de “diligencia pendiente de desahogo”, como requisito previo al dictado de la resolución por parte de la autoridad, lógicamente ello solo puede referirse a las diligencias relativas al desahogo de las pruebas de descargo o defensa aportadas u ofrecidas por el alumno acusado, que no hubiera sido posible realizar dentro del término de tres días.

Añade el fallo en consulta (p. 20) que debe considerarse también, que el precepto en cita no faculta a la autoridad para allegarse pruebas de cargo adicionales después de iniciado el proceso, ya sea oficiosamente o a instancia de terceros.

Razona la sentencia referida (p. 20) que, en el caso en estudio, se advierte que la autoridad demandada inició el procedimiento de responsabilidad contra el alumno actor, dándole a conocer como únicas pruebas de cargo los respectivos escritos de queja de las tres alumnas agraviadas, así como el de un tercero, y que en términos de lo dispuesto por el artículo 203, fracción I del Estatuto General, esos cuatro escritos fueron las únicas pruebas sobre las cuales se sostenía la acusación, advirtiéndose que en ninguna de ellas se precisaban las horas ni las fechas en que supuestamente acontecieron los hechos imputados al hoy actor.

Afirma seguidamente la resolución que nos ocupa (p. 21), que como se comprueba con las distintas evidencias que integran el expediente del procedimiento de responsabilidad, así como por el contenido textual de la resolución controvertida, tras la contestación de la acusación por parte del alumno actor, la autoridad demandada oficiosamente buscó allegarse

evidencias adicionales, primeramente citando al actor a una comparecencia personal en la que se le leyeron los escritos de queja que ya se le habían dado a conocer y respecto a los cuales ya había manifestado su inocencia por escrito, y posteriormente solicitando a las alumnas denunciadoras comparecer a una reunión virtual, para finalmente pedir a dos de ellas detallar el tiempo y lugar en que sucedieron las diversas acciones que denunciaron, lo que ambas hicieron redactando lo que denominaron “declaraciones en alcance”.

Dice también la sentencia (p. 21) que la autoridad demandada integró al expediente del procedimiento disciplinario el reporte y notas de la entrevista realizada al actor por un psicólogo adscrito a una dependencia pública, con relación a la investigación del presunto acoso sexual, y que en diversos apartados de la resolución controvertida, la autoridad demandada afirma que las anteriores acciones correspondieron a las “diligencias” a que se refiere el artículo 203, fracción II del Estatuto General, para esclarecer los hechos, siendo el caso que el resultado de esas actuaciones —entre las que destaca la entrevista efectuada por el psicólogo externo a la Universidad, la cual considera contiene una confesión de hechos por parte del actor—, lo utilizó precisamente como la evidencia de cargo necesaria para tener por demostradas las acusaciones contra el alumno y expulsarlo.

Concluye la resolución (p. 21) que, al tratarse de pruebas de cargo obtenidas en contravención de lo dispuesto por el artículo 203, fracciones I y II del Estatuto General, con la agravante de que no existe evidencia de que se hubiera dado conocimiento de ellas al acusado, es indiscutible que se violó el derecho de audiencia del alumno actor, por lo que correspondía declarar la nulidad de la resolución impugnada, al estar basada en esas pruebas.

#### 4.2. ANÁLISIS DE LA EJECUTORIA DEL JUICIO DE AMPARO 35/2022.

La sentencia pronunciada en el juicio de nulidad 14/2021/MXL/TU no fue cumplida por la autoridad demandada, aparentemente en apego a la política institucional de cero tolerancia, lo que creó una situación inédita en la historia del Tribunal Universitario, cuyas facultades para hacer

respetar sus resoluciones, según el artículo 16 de su Estatuto Orgánico (2015) se limitan a requerir al superior jerárquico (de la parte demandada), y en última instancia al rector, para que haga cumplir el fallo.

En el caso en estudio, el 13 de enero de 2022, las alumnas presuntamente agraviadas se inconformaron con la sentencia pronunciada por el Tribunal Universitario, y promovieron demanda de amparo, que finalmente fue admitida por el Juez Sexto de Distrito en el Estado de Baja California con número de expediente 35/2022.

En fecha 5 de septiembre de 2022, el Juez Sexto de Distrito pronunció sentencia, otorgando el amparo demandado, para el efecto de que la resolución emitida en el juicio de nulidad 14/2021/MXL/TU se dejara insubsistente y se repusiera íntegramente el proceso, dando intervención en el mismo a las quejas, otorgándoles la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas, así como de alegar, antes del dictado de la resolución correspondiente.

En el considerando séptimo de esta sentencia (p. 20), el Juez de Distrito consideró que el Estatuto Orgánico del Tribunal Universitario no prevé la intervención en el juicio de nulidad de quienes pudieron tener el carácter de víctimas, lo cual trasgrede el derecho fundamental de audiencia previa, en perjuicio de las quejas.

Esta ejecutoria afirma además (p. 21), que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que, de entre las diversas prerrogativas constitucionales de seguridad jurídica, contenidas en el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, destaca por su importancia la de audiencia previa, cuya esencia se traduce en un derecho que tienen los gobernados no sólo frente a las autoridades administrativas y judiciales, sino también frente al órgano legislativo, de manera que éste queda obligado a consignar en las leyes que emita los procedimientos necesarios para que se oiga a los interesados y se les dé la oportunidad de defensa.

Agrega la sentencia (pp. 21-22) que, en esos términos, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia con n° de registro digital 200234, de rubro “FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA

ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO”, ha precisado que las formalidades esenciales del procedimiento, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) la oportunidad de alegar, y 4) el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas.

Añade esta resolución (pp. 22-23) que el criterio jurisprudencial anterior, brinda elementos para concluir sobre cuál es el fin que persiguió el constituyente con el establecimiento del derecho constitucional de audiencia, que es medularmente, permitir al gobernado desarrollar sus defensas antes de que alguna autoridad modifique en forma definitiva su esfera jurídica, pero de ninguna manera impedir que las autoridades desarrollaran las facultades que en una ley les son conferidas para cumplir con los fines que constitucional y legalmente les son encomendados.

Esta sentencia afirma también (p. 23) que, en tal virtud, debe estimarse que el derecho constitucional de audiencia constituye, a la vez de una prerrogativa para los gobernados, un obstáculo que impide a la autoridad modificar en definitiva la esfera jurídica de éstos sin escucharlos previamente, pero cuyo respeto no lleva al extremo de impedir el desarrollo de las atribuciones legales, sino simplemente cuando el ejercicio de éstas implique una afectación a los gobernados, el mismo deberá verse precedido de una actuación o secuela procesal en la que se permita a éstos expresar sus defensas, pues cabe decir que el propio numeral 14 debe interpretarse en el sentido de que la autoridad tiene como obligación, la de ajustarse a los preceptos legales que norman sus actividades y las atribuciones que le han sido conferidas por la propia ley.

Finaliza la resolución (p. 23) en el sentido de que es criterio reiterado por el Poder Judicial de la Federación que, cuando no existan disposiciones procedimentales que no resulten directamente aplicables para que antes del desarrollo de un determinado acto de autoridad se escuche al afectado, el ente público, en estricto apego al principio de supremacía constitucional previsto en el artículo 133 de la Carta Magna, deberá establecer los mecanismos necesarios a efecto de conceder al individuo la oportunidad de ser oído antes de la emisión del acto privativo.

## 5. DISCUSIÓN

### 5.1. GENERALIDADES

La política institucional de cero tolerancia a los casos de acoso sexual, violencia de género, discriminación y otros hechos graves, ha puesto en evidencia la necesidad impostergable de reforma del Estatuto Orgánico del Tribunal Universitario, cuyo criterio de nulidad lisa y llana de los actos impugnados, como consecuencia única ante la comprobación de cualquier tipo y número de vicios de que adolezcan, así como la exclusión de los terceros interesados como parte en juicio, no pueden ni deben mantenerse. El caso 14/2021/MXL/TU, constituye un parteaguas en la historia del Tribunal Universitario y un área de oportunidad para la Universidad, en la cual deben resolverse dos problemas principales:

- Actualizar su normatividad procesal, armonizándola con la Constitución Federal y específicamente con los Derechos Humanos, y
- Minimizar el riesgo de conflictos intrainstitucionales, con motivo del entendimiento y aplicación de la mencionada política de cero tolerancia.

Seguidamente, se analizarán las tres alternativas que se consideran principales.

### 5.2. OPCIÓN UNO: REGULAR LOS TIPOS DE NULIDAD E INCORPORAR LA FIGURA DEL TERCERO INTERESADO.

Esta alternativa supone reformar el Estatuto Orgánico del Tribunal Universitario, a fin de armonizarlo con los ordenamientos federal y del Estado de Baja California vigentes en materia contenciosa-administrativa, a saber: la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y la Ley del Tribunal Estatal de Justicia Administrativa de Baja California.

Específicamente, por lo que hace al tercero interesado como parte en juicio, el artículo 3º, fracción III de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (2007), dispone: “Artículo 3º.- Son partes

en el juicio contencioso administrativo: ... III. El tercero que tenga un derecho incompatible con la pretensión del demandante”.

La disposición anterior se establece en términos idénticos en el artículo 42, fracción IV de la Ley del Tribunal Estatal de Justicia Administrativa de Baja California (2021).

En lo tocante a la nulidad para efectos, los artículos 51, fracciones II y III, y 52, fracción IV, párrafo primero de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (2007), establecen:

Artículo 51.- Se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales:

...

II. Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, siempre que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso.

III. Vicios del procedimiento siempre que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada.

Artículo 52.- La sentencia definitiva podrá:

...

IV. Siempre que se esté en alguno de los supuestos previstos en las fracciones II y III del artículo 51 de esta Ley, el Tribunal declarará la nulidad para el efecto de que se reponga el procedimiento o se emita nueva resolución; en los demás casos, cuando corresponda a la pretensión deducida, también podrá indicar los términos conforme a los cuales deberá dictar su resolución la autoridad administrativa.

Los preceptos antes transcritos se establecen en los mismos términos en los artículos 108, fracciones II y III, y 109, fracción III de la Ley del Tribunal Estatal de Justicia Administrativa de Baja California (2021).

La ventaja de esta opción sería que se actualizaría y armonizaría plenamente la normatividad universitaria, impidiendo la invalidación lisa y llana de las sanciones sin el debido análisis de fondo, así como la exclusión indebida de los terceros interesados.

Las desventajas, por el contrario, serían: 1) la probabilidad de que se diera una declaración sucesiva de nulidades para efectos, con la

consiguiente reposición de los procesos disciplinarios —lo que en el argot de la abogacía mexicana se denomina *efecto ping-pong*—, con el consiguiente desgaste de recursos y tiempo para las partes involucradas y el mismo Tribunal Universitario, y 2) no evitaría totalmente los conflictos intrainstitucionales, habida cuenta que la autoridad demandada podría no estar de acuerdo con el hecho de tener que reponer el proceso por un vicio procesal o formal, que estime intrascendente ante la gravedad de la falta presuntamente cometida por el alumno actor.

### 5.3. OPCIÓN DOS: CONVERTIR AL TRIBUNAL UNIVERSITARIO EN AUTORIDAD SANCIONADORA

Esta alternativa supone transferir al Tribunal Universitario la facultad sancionadora que actualmente tienen el rector y los directores de las unidades académicas para sancionar al alumnado, conforme a los artículos 199 y 201 del Estatuto General de la Universidad Autónoma de Baja California (2019).

Lo anterior, podría limitarse convenientemente a los casos de acoso sexual, violencia de género o cualquier otro que amerite una sanción grave, esto es, punible con suspensión mayor a un mes o la expulsión definitiva de la Universidad.

La ventaja de esta opción sería el trámite de los procedimientos disciplinarios con un mayor rigor, y solidez de las sanciones, permitiendo resolver internamente los casos en una sola instancia.

Las desventajas serían: 1) implicaría transformar —al menos parcialmente— al Tribunal Universitario en un órgano disciplinario, lo que no correspondería al fin original establecido en la Ley Orgánica, de ser una instancia de alzada a favor del alumnado, y 2) tampoco evitaría en su totalidad los conflictos intrainstitucionales, toda vez que las autoridades o el personal docente de una unidad académica podrían estar en desacuerdo con una resolución absolutoria a favor del alumno acusado.

#### 5.4. OPCIÓN TRES: EXCLUIR DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL LA IMPUGNACIÓN DE SANCIONES POR ACOSO, VIOLENCIA DE GÉNERO Y OTRAS CAUSAS GRAVES.

La tercera y última opción supondría sencillamente reformar el Estatuto Orgánico del Tribunal Universitario, para hacer improcedente la impugnación ante ese órgano jurisdiccional, de las sanciones relacionadas con acoso sexual, violencia de género, discriminación y otras igualmente graves o de alto impacto en la comunidad universitaria.

La ventaja de esta alternativa sería la consistente en evitar totalmente cualquier fisura en la política de cero tolerancia, dejando la decisión final del caso exclusivamente a los tribunales externos a la Universidad.

La desventaja evidente sería la poder criticarse como una solución meramente evasiva e incluso un retroceso histórico que atentaría contra el principio de progresividad de los Derechos Humanos, al privar al alumnado de una opción sencilla, gratuita, expedita e imparcial de acceso a la impartición de justicia de la que actualmente dispone.

Por lo antes apuntado, esta opción sería la más arriesgada y forzosamente requeriría de un previo debate y consenso amplios entre la comunidad universitaria, y especialmente entre el alumnado.

## 6. CONCLUSIONES

Primera: La reforma del Estatuto Orgánico del Tribunal Universitario es una tarea necesaria, que debe realizarse tanto desde la parte jurídica como política, a fin de fortalecer a ese órgano jurisdiccional para su óptimo desempeño, no solo como instancia revisora, sino como garante de la legalidad en la vida institucional.

Segunda: Entre las opciones de reforma analizadas, consideramos la primera como la más adecuada, al armonizar la normatividad institucional con los ordenamientos federal y estatal en la materia contenciosa-administrativa, y ser el término medio razonable entre la posibilidad de que el Tribunal Universitario sea el que sancione directamente al alumnado por faltas graves (lo que desvirtuaría su naturaleza y propósito original) y la posibilidad de que simplemente no tenga intervención (lo que podría

calificarse de retroceso en el goce pleno de los Derechos Humanos por parte del alumnado).

## 7. REFERENCIAS

Acuerdo que establece la integración y funcionamiento de los comités de prevención y atención de la violencia de género en la Universidad Autónoma de Baja California. Gaceta Universitaria Anexo N° 430, 2 de diciembre de 2019, pp. 2-3.

Acuerdo del H. Consejo Universitario, que reforma y adiciona diversos artículos del Estatuto Orgánico del Tribunal Universitario de la Universidad Autónoma de Baja California. Gaceta Universitaria N° 351, 9 de noviembre de 2015, pp. 33-34.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (con reformas a la fecha).

Estatuto General de la Universidad Autónoma de Baja California. Gaceta Universitaria Edición Especial N° 433, 16 de diciembre de 2019.

Ley del Tribunal Estatal de Justicia Administrativa de Baja California. Periódico Oficial del Estado de Baja California N° 43, 18 de junio de 2021.

Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo. Diario Oficial de la Federación. 1 de diciembre de 2005 (con reformas a la fecha).

Ley Orgánica de la Universidad Autónoma del Estado de Baja California. Periódico Oficial del Estado de Baja California N° 117, 28 de febrero de 1957.

Sentencia de fecha 1 de diciembre de 2021, pronunciada por el Pleno del Tribunal Universitario de la Universidad Autónoma de Baja California, en el juicio de nulidad 14/2021/MXL/TU.

Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2022, pronunciada por el C. Juez Sexto de Distrito en el Estado de Baja California, en el juicio de amparo 35/2022.

Sin nombre del autor (3 de noviembre de 2007). Quedó instalado el Tribunal Universitario. Gaceta Universitaria (N° 197), p. 4.

CONTROL POLÍTICO LEGISLATIVO EN EL ECUADOR:  
ESPECIALIZACIÓN NECESARIA DE ACUERDO  
AL ORIGEN Y NATURALEZA A LA QUE SE APLICA

---

DENYS ESTÉVEZ ARAGÓN  
*Alumno UIDE*

ESTEBAN RON CASTRO  
*UISEK*

RICARDO ANDRADE UREÑA  
*Universidad de Salamanca*

ANDRÉS RICAURTE  
*UIDE*

## 1. INTRODUCCIÓN

En los países, en los que se entienda aún la existencia de estándares democráticos a través de varios procesos electorales que se configuran en sus sistemas internos, sean estos de democracia directa o representativa, se entiende siempre la configuración del otorgamiento del poder soberano a través del mandato popular, el mismo que se transforma en poder político de representación y de actuación. Si nos enfocamos en las características del Estado Constitucional de Derecho, existen normas que hacen efectivo el principio de responsabilidad en todos los órdenes y niveles de estado y gobierno, siendo uno de ellos el político, por tanto, los gobernantes tienen grados de responsabilidad, no solo en cuanto a la legalidad de sus actuaciones, pero además en cuando a que son políticamente responsables de sus políticos por lo que en caso de incumplimiento, se deberá realizar un proceso de evaluación y fiscalización que puede devenir en un acto de enjuiciamiento político.

## 2. EL JUICIO POLÍTICO EN ECUADOR

El sistema jurídico ecuatoriano lo ha colocado desde varias perspectivas, si lo vemos desde el punto de vista constitucional y legal se ha definido como una atribución de la Función Legislativa ejercer de forma indirecta la voluntad del pueblo mediante su facultad fiscalizadora, la cual es representada por la Asamblea Nacional del Ecuador. El constitucionalista Rafael Oyarte menciona que “la institución jurídica del juicio político nació como un procedimiento parlamentario mediante el cual el órgano legislativo puede imponer sanciones a determinados funcionarios del gobierno cuando se considera que los mismos han incurrido en conductas jurídicamente inapropiadas” (OYARTE, EL JUICIO POLITICO EN LA CONSTITUCION ECUATORIANA, 2005) . En la Constitución de la República del Ecuador, como se ha mencionado el enjuiciamiento político es un instrumento de control para ciertos funcionarios de gobierno de acuerdo a su nivel de responsabilidad.

A través de este trabajo, trataremos de hacer un llamado discrecional en cuanto a la facultad ciudadana para analizar, comprender y observar en elecciones, la calidad de trabajo parlamentario de los asambleístas que tomarán partida y así, garantizar el principio de responsabilidad de los mandantes, de ahí la necesidad ineludible de estudiar el quehacer político actual como guía para esta nominación.

Vamos a realizar el análisis de como se ha desarrollado el llamado Juicio Político en el Ecuador y la situación actual, luego buscaremos un trabajo coordinado con los involucrados en función de determinar necesidades políticas colectivas que ayuden a prevenir afectaciones y preparar acciones que repercutan en el buen desempeño de los funcionarios nombrados mediante elecciones, para de alguna manera satisfacer las necesidades de la población.

## 3. ANÁLISIS DEL ENJUICIAMIENTO POLÍTICO. – CONCEPTUALIZACIÓN

Para entender el contexto del control político, Manuel Aragón manifiesta que “el control político es un control institucionalizado y por ello,

a diferencia de lo que ocurre en el control social, que es un control no institucionalizado, los agentes que lo realizan han de tener reconocida por el ordenamiento dicha competencia, es decir, poseer una potestad jurídicamente establecida” (ARAGON REYES , 2014).

El autor indica que el control político va más allá de su institucionalización, porque la parte más importante en el desarrollo de las sociedades emerge del control político, cuando se realiza un exhaustivo análisis jurídico dentro de cada una de las naciones que lo contienen, desde un inicio, el control político es el que se encarga de explicar a la democracia como un eje político y fundamental en la evolución de los Estados.

Una de las primeras concepciones al respecto del juicio político es la que manifiesta Manuel Montes De Oca cuando se refiere a que “el juicio político es una institución que tiene por fin impedir que un mal funcionario, cualquiera que sea la falta que motiva la idoneidad, permanezca en el cargo” (MONTES DE OCA, 2009), otro concepto que ayuda a definir lo que es el juicio político es lo que declara José Manuel Estrada al mencionar que “el juicio político no tiene más objeto que averiguar si un funcionario es o no hábil para continuar con el ejercicio de sus funciones, no es un fuero especial es solo una garantía de buen gobierno, establecida para defender el principio de autoridad” (ESTRADA, 2013).

El constitucionalista Hernán Salgado Pesantes menciona que “el objeto inmediato del control político puede ser un acto o conducta política concreta o una actuación política general. A través del control político de ese acto o conducta se está controlando al órgano del cual emana o al que le es imputable” (SALGADO PESANTES, 2004), entendiendo lo que dice el autor, el control político no es solamente un control que se está vigilando a todo el órgano como tal, sino que es una de las mayores formas de control ante los ojos de la sociedad que observa cómo y de qué manera se está realizando esta fiscalización, en el caso de omitirse una responsabilidad, el funcionario y el órgano estatal están fallando en el ejercicio de sus actividades. El autor Joaquín González, manifiesta que “el propósito del juicio político no es el castigo a la persona, sino la protección de los intereses públicos contra el peligro por el abuso por el poder oficial, descuido del poder o conducta incompatible con la dignidad del cargo” (GONZÁLEZ , 2009).

El autor en este caso revela que el juicio político no es un castigo en contra del funcionario público, sino el desarrollo y buen manejo del interés estatal, termina siendo una de las consecuencias de la aplicación de éste; lo que lo convierte obviamente en una especie de castigo para el funcionario.

Se puede corroborar que institucionalmente es una facultad de proceder a un enjuiciamiento político es potestad de la Función Legislativa, representada por la Asamblea Nacional, por medio de su jurisdicción fiscalizadora pues así lo menciona tanto la Constitución de la República del Ecuador del año 2008 y la Ley Orgánica de la Función Legislativa, se puede establecer que es una institución jurídica de naturaleza política por la finalidad de destitución, evaluación y fiscalización por esto la mixtura de la naturaleza.

Por lo tanto, podemos entender que el enjuiciamiento político es una institución jurídica que tiene una naturaleza mixta, debido a su origen tanto político como jurídico, que tiene por objetivo, lograr la destitución y la censura de altos funcionarios del Estado los cuales por acción u omisión incumplen sus funciones correspondientes.

#### 4. IMPACTO INSTITUCIONAL

##### 4.1. QUÉ SIGNIFICA EL CONTROL PARA LAS FUNCIONES DEL ESTADO. ENTENDIMIENTO DE LOS SUJETOS PASIVOS

La constitución de la República señala que para ser políticamente responsable el sujeto pasivo debe ser un funcionario o servidor público, siendo este el mayor elemento para que pueda proceder en un juicio político, en base a las funciones que le corresponden. Una vez que determinamos que el sujeto pasivo es servidor o funcionario público se debe determinar si cumple con lo dispuesto en el Art. 131 de La Constitución.

Con respecto a las funciones del estado ecuatoriano, en relación con el enjuiciamiento político, la Constitución de la República en su artículo 129 menciona en primer lugar a las autoridades que pertenecen a la función ejecutiva siendo estos el Presidente y Vicepresidente como sujetos pasivos en un enjuiciamiento político. Así mismo en su artículo 131 se

nombra igualmente a los ministros de estado igualmente sujetos a esta institución jurídica.

Según el constitucionalista Rafael Oyarte, “los ministros de estado son colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República, por la gravedad que implica la posibilidad de someterlo a un enjuiciamiento político por todas las actuaciones dentro de las Funciones del Estado, el constituyente a preferido derivar la responsabilidad a los Ministros tomándolos como sus representantes en la cartera a su cargo”. (OYARTE, DERECHO CONSTITUCIONAL, 2016).

Por otro lado, con el Presidente y Vicepresidente, debido a que no son autoridades de designación y son elegidos por elección popular, estos estarán sometidos a las funciones que le asigna la Constitución de la Republica y a las causales establecidas en la misma carta magna.

Haciendo referencia a la función judicial a lo largo de la historia los jueces de las más altas cortes de justicia eran sujetos pasivos a la institución del enjuiciamiento político, pero, con la llegada de la Constitución del 2008, en su actual contenido deja a un lado a los jueces ya mencionados, dejando únicamente a los integrantes del Tribunal Contencioso Electoral.

El autor Agustín Grijalva nos menciona que “ esta dependencia de los jueces de los altos tribunales radica en la dependencia de los tribunales respecto al congreso hace que el órgano de control constitucional se vea sistemáticamente afectado por la inestabilidad del legislativo, de esta forma la volatilidad de las mayorías parlamentarias, tan propias del país es una fuente constante de presiones policías sobre los tribunales; dichas presiones incluyen la posibilidad de juicio político o de remoción por otras vías de los miembros del Tribunal” (GRIJALVA JIMÉNEZ, 2007).

El artículo 131 de la Constitución, establece que “el juicio político procede en contra de los titulares de diversos órganos de poder público como Procuraduría General del Estado, Contraloría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública General, también se puede enjuiciar políticamente a los miembros del Consejo Nacional Electoral y del Consejo de Participación Ciudadana y

Control Social, además de las Superintendencias del Estado” (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR , 2008).

Dichos órganos tienen en común que, por mandato constitucional, su máxima autoridad le designa el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, este debe organizar los procesos de designación de autoridades a través de los procedimientos establecidos en la Constitución o en la propia ley.

## 5. APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN. - EN EL CONTEXTO DEL CONTROL POLÍTICO

El autor Gustavo Medinaceli menciona que “el primer elemento que caracteriza una Constitución normativa es el principio de supremacía, en tanto que suma aquella asignación de un valor jurídico y no meramente político al texto constitucional” (MEDINACELI ROJAS, 2013). Este principio nos permite ubicar a la Constitución en la cúspide del ordenamiento jurídico del Estado, y consecuentemente, atribuir a la ley suprema la calidad de norma primaria del sistema jurídico; ello implica que esta última deberá considerarse el punto de referencia del cual se desprenden las demás normas jurídicas que conforman el sistema legal. Para el cumplimiento de este orden jerárquico, toda Constitución deberá disponer de los medios jurídicos adecuados para defender el cumplimiento de sus disposiciones.

La supremacía constitucional como principio impone que la Constitución sea la norma legitimadora de todo el ordenamiento jurídico, debido a que todas las demás normas serán válidas con la condición de respetar su contenido, es decir, la obligación de no contradecirla y de respetarla, por lo cual tratando la institución jurídica del juicio político al estar establecida en la Constitución de la república en su artículo. 130 y 131 esta podría ser factible a una aplicación directa (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR , 2008).

El juicio político tiene rango constitucional y en ese sentido tienen plena validez en cuanto a que se lo considera, pero se lo desarrolla en la Ley Orgánica de la Función Legislativa por lo que cumple con el mandamiento constitucional para la ejecución que es amplio pero restrictivo

por las autoridades, tal como manifiesta el autor Víctor Granda: “En cuanto al control político, la nueva Constitución de 2008 incrementa la tendencia anterior de restringirlo en los procedimientos, si bien se reconocen, formalmente, las atribuciones de la Asamblea Nacional, para conocer los informes que debe presentar el presidente de la República y pronunciarse al respecto y fiscalizar los actos de las otras funciones del Estado y otros órganos del poder público a excepción de la Función Judicial”.

El artículo 131 de la Constitución ecuatoriana de 2008 establece que, como sujeto pasivo de los juicios políticos: “La Asamblea Nacional podrá proceder al enjuiciamiento político, a solicitud de al menos una cuarta parte de sus miembros y por incumplimiento de las funciones que les asignan la Constitución y la ley, de las ministras o ministros del Estado, o de la máxima autoridad de la Procuraduría General del Estado, Contraloría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública General, superintendencias, y de los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Consejo de la Judicatura, y Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, y de las demás autoridades que la Constitución determine, durante el ejercicio de su cargo y hasta un año después de terminado” (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR , 2008).

Además, se menciona en su artículo 129 que: “la Asamblea Nacional podrá proceder al enjuiciamiento político del presidente, o del vicepresidente de la República, a solicitud de al menos una tercera parte de sus miembros” (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR , 2008). Por lo tanto, la Constitución establece quienes son los sujetos pasivos del juicio político y al igual que la Constitución de 1998, hace una diferenciación en el tratamiento del juicio político al presidente y vicepresidente de la República.

**El abogado Juan Carlos Ramírez Rivera se refiere a que “la Constitución menciona que para ser responsable políticamente el sujeto pasivo debe cumplir un primer elemento, el ser servidor público, y es en base al cumplimiento de este elemento que se puede proceder con un juicio político” (RAMIREZ RIVERA, 2020).**

Una vez que determinamos que el sujeto pasivo es servidor público debemos determinar si se encasilla en las especificaciones dispuestas en el Art. 131 de La Constitución que señala que “la Asamblea Nacional podrá ejercer juicio político *sobre ministras o ministros de Estado, o de la máxima autoridad de la Procuraduría General del Estado, Contraloría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública General, Superintendencias, y de los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Consejo de la Judicatura y Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, y de las demás autoridades que la Constitución determine*” (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR , 2008).

Teniendo en cuenta lo anterior, debemos referirnos nuevamente a la disposición constitucional prevista en el artículo 131, que establece que el incumplimiento de funciones, que lo acarrea una responsabilidad política susceptible de juicio político, debe ser el incumplimiento de su cargo. y un año después de su finalización.

Por lo que, en el análisis de este elemento, el sujeto que se le imputa el incumplimiento de funciones, debe haber sido responsable de este incumplimiento único y exclusivamente en su periodo de autoridad, sobre el cual se pretende ser juzgado, de ninguna manera se podrá analizar otros elementos que sean extemporáneos. Si bien este no es un elemento legal o constitucional para atribuir una *responsabilidad política* es necesario conocer si la autoridad imputada es o fue *incompetente* en sus funciones.

## 6. CUANDO OPERA EL REQUISITO DE PREJUDICIABILIDAD EN EL JUICIO POLÍTICO

Basándose en el texto constitucional, el Presidente y Vicepresidente de la República solo podrán ser enjuiciados políticamente por la comisión de delitos contra la seguridad del Estado o por delitos de concusión, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito. El constitucionalista Rafael Oyarte menciona que “las causales para iniciar el enjuiciamiento del primer y segundo mandatarios son delitos penales. Así que se podría argumentar que, al tratarse de infracciones, se debería aplicar el principio de

presunción de inocencia que solo se desvanece con una sentencia donde se declare su culpabilidad” (OYARTE, DERECHO CONSTITUCIONAL, 2016).

Para evitar el eventual argumento de prejudiciabilidad que al efecto se podría plantear, esto es, que para iniciar el enjuiciamiento político se debe realizar un proceso penal previo en el que se declare la responsabilidad de estos funcionarios, el constituyente expresamente señaló que no será necesario enjuiciamiento penal para iniciar este proceso.

Apoyándonos en el principio de supremacía constitucional, no se pueden interpretar las normas constitucionales en contra de sus propias disposiciones: los delitos de concusión, peculado, cohecho y enriquecimiento ilícito se sancionan penalmente con penas privativas de libertad. Por lógica si estas autoridades fueran sancionadas con estas penas, sus derechos políticos se verían suspendidos tal como lo establece el artículo 64 de la Constitución. Lo mencionado en los artículos ya citados anteriormente eliminarían la relevancia del enjuiciamiento político ya que no tendría efectos al no poderse destituir a una persona impedida de ejercer el cargo. Por lo que en este caso, las consecuencias del juicio político las cuales corresponde a la censura o destitución del sujeto pasivo, vendrían a ser obsoletas y menores con respecto a las consecuencias de un juicio de carácter penal el cual tiene como sanción la privación de la libertad del procesado.

## 6.1. PRIMER NIVEL DE IMPORTANCIA

Con respecto a la responsabilidad política del Presidente y Vicepresidente de la República, Hernán Salgado Pesantes menciona que “estas autoridades no pueden ser destituidos como cualquier otro funcionario por dos razones: por ser elegidos en sufragio popular universal y por la importancia del cargo” (SALGADO PESANTES , TEORIA Y PRACTICA DEL CONTROL POLITICO, 2003).

Esto quiere decir que si en un sistema presidencial, el Legislativo invoca a cualquier causa de destitución al Presidente o Vicepresidente de la República, provocará una afectación total a la voluntad soberana del pueblo que lo eligió como su mandatario.

Un claro ejemplo fue el juicio político al Ex vicepresidente de la República Jorge Glas Espinel, en donde se lo acusó de haber incurrido en delitos de concusión, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito, delitos que se establecen como causales para que proceda el enjuiciamiento político en el numeral 2 del artículo 129 de la Constitución de la República.

En cuanto al procedimiento penal Jorge Glas Espinel, fue sentenciado a la máxima pena por delito de asociación ilícita por lo cual fue sentenciado a 6 años de prisión, de igual forma pesan dos sentencias más en su contra por los delitos de cohecho y peculado.

El 18 de diciembre del 2017, el presidente de la Asamblea Nacional de la mencionada época José Ricardo Serrano Salgado, aplica lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley Orgánica De la Función Legislativa (LOFL) que menciona que “La Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional pondrá en conocimiento del Consejo de Administración Legislativa la solicitud de enjuiciamiento político a la Presidenta o Presidente, o Vicepresidenta o Vicepresidente de la República. Una vez conocida la solicitud y verificado el cumplimiento de los requisitos, el Consejo de Administración remitirá la misma a la Corte Constitucional, a fin de que emita el dictamen previo de admisibilidad” (LEY ORGANICA DE LA FUNCION LEGISLATIVA , 2009). La Corte Constitucional mediante dictamen No. 001-17-DDJ-CC declara “la constitucionalidad de la solicitud de juicio político y dispone notificar al presidente de la Asamblea Nacional para que comunique al Consejo de Administración Legislativa con el objeto de dar inicio al trámite de juicio político”. (DICTAMEN No. 001-17-DDJ-CC, 2017)

La Comisión de Fiscalización de la Asamblea Nacional decide no continuar con el mencionado juicio político con el ex vicepresidente Jorge Glas, quien ya tenía una sentencia de 6 años de privación de libertad por el delito de asociación ilícita en el caso Odebrecht, la presidenta de la Comisión de Fiscalización, María José Carrión señaló que la decisión de suspender en juicio político se tomó por falta de competencia, debido a que Glas ya no ostentaba el cargo de Vicepresidente el cual fue otorgado a María Fernanda Vicuña, la Constitución no contempla el trámite de enjuiciamiento político en contra de un ex vicepresidente.

Remitiéndonos al texto constitucional se menciona que para que recaiga una responsabilidad política, que pueda proceder a un juicio político debe ser en el incumplimiento de su cargo y un año después de terminado, de igual forma debe ser responsable de este incumplimiento única y exclusivamente en su periodo de autoridad pública.

## 6.2. SEGUNDO NIVEL DE IMPORTANCIA

Con respecto a este nivel de importancia podríamos encontrar a las autoridades a las cuales se les designan funciones y los establecidos en el artículo 131 de la Constitución siendo el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS) cuyo objetivo es promover el ejercicio de los derechos de participación, lo cual pretende una mayor participación social en la toma de decisiones que suceden en el gobierno.

El artículo 208 de la Constitución menciona que es atribución de los deberes del CPCCS es designar a la primera autoridad de la Procuraduría General del Estado, Superintendencias, Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, Fiscalía General del Estado, Contraloría General del Estado, Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral y Consejo de la Judicatura. Dichas autoridades son representantes del pueblo con respecto a su participación dentro del Estado, por lo cual se necesitaría su mayor desempeño en el desarrollo de sus funciones, es de ahí que surge la importancia de las mencionadas autoridades.

En cuanto a los Ministros de Estado, su importancia nace debido a la designación que es realizada por el representante del Ejecutivo en un área determinada, dicha atribución consta en el artículo 147, numeral 9 de la Constitución donde menciona que son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, “Nombrar y remover a las ministras y ministros de Estado y a las demás servidoras y servidores públicos cuya nominación le corresponda” (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR , 2008).

Un caso que podemos resaltar es de la ex Ministra del Interior María Paula Romo a quien, mediante oficio No. 001-RGA-AN-EC-2020 presentado el 15 de enero de 2020, signado con el número de trámite 393436, los asambleístas de aquel periodo, María de Lourdes Cuesta,

Roberto Gómez Alcívar y Priscila Amapola Naranjo Alvarado, presentaron ante el presidente de la Asamblea Nacional, la solicitud de Juicio Político en su contra. Romo fue juzgada por el incumplimiento de sus funciones y por las acciones de los agentes de seguridad que estaban bajo su dirección, durante las protestas de octubre, al emplear armas no letales caducadas, los ataques a centros de acogida humanitaria, convertidos en centros de paz, las omisiones en implantar protocolos para proteger a periodistas y salvaguardar su integridad física, esto debido al alza del precio de los combustibles decretado por el Gobierno de Moreno y que luego fue derogado.

La comisión concluyó que hay una responsabilidad política de la ministra y que hubo incumplimiento de funciones en dos de las tres causales, la primera consiste en que la policía usó bombas lacrimógenas caducadas, que podrían ser consideradas como armas letales por los efectos químicos que pueden tener por el paso del tiempo. La segunda sobre el uso de bombas lacrimógenas en los alrededores de los albergues humanitarios, la comisión concluyó que existen las pruebas suficientes para que proceda el enjuiciamiento. Finalmente, sobre la protección de periodistas, el informe señala que esta no era potestad de la ministra de Gobierno, sino de la Secretaría Jurídica de la Presidencia. Por lo tanto, esa causal no fue considerada en el pleno.

El pleno de la Asamblea Nacional resolvió la censura y destitución de la ministra de Gobierno, la resolución se tomó con 104 votos a favor, 18 en contra y 12 abstenciones. Se pueden evidenciar diferencias en cuanto al procedimiento de juicio político con las autoridades de primer y segundo nivel de importancia, como se menciona anteriormente, con las autoridades de primer nivel sus causales son delitos penales, los cuales serán puestos a conocimiento con los jueces competentes, mientras que los de segundo nivel de importancia, se debe dar un incumplimiento de funciones para activar el juicio político y este será tratado por la Asamblea Nacional ejerciendo su facultad fiscalizadora.

## 7. AVANCES EN LA INSTITUCIÓN DEL ENJUICIAMIENTO POLÍTICO EN EL ECUADOR

El autor Iván Riera menciona que, en el Ecuador, a partir del retorno a la democracia en el año de 1979, cuando fue elegido el binomio Roldós - Hurtado, el control político ha encontrado varios momentos los cuales los divide en los siguientes períodos. De 1979 a 1983, donde el juicio político fue entendido como “un mecanismo para controlar exclusivamente al Ejecutivo por parte del Legislativo, una de las dimensiones de la confrontación entre el Ejecutivo y el Legislativo que han sido característica de la política ecuatoriana” (RIERA RONQUILLO , 2021).

Un segundo momento va desde 1983 a 1998, período durante el cual se amplía la capacidad fiscalizadora de la Función Legislativa, con la Constitución de 1998 en la que se suspende la destitución vía juicio político de los ministros de Estado, esta quedaba a criterio del Ejecutivo. Iván Riera menciona que, “en el gobierno de León Febres Cordero, a pesar de estar vigente una Constitución que contemplaba la posibilidad de la censura y destitución de los Secretarios de Estado por parte de la función Legislativa, éste se negó a acatar tales decisiones, lo que convirtió en letra muerta la Constitución, con una vigencia únicamente formal de su texto, ya que en la vida real no se acataba” (RIERA RONQUILLO , 2021).

Finalmente, “el juicio político lo encontramos en el período comprendido entre el 20 de octubre de 2008 y los momentos actuales, en los que se pasó de un período de acentuada inestabilidad a uno de coordinación entre el Ejecutivo y el Legislativo que deja atrás décadas de inestabilidad, sin embargo, este período no ha estado exento de críticas” (RIERA RONQUILLO , 2021).

El juicio político ha variado en su aplicación con las reformas constitucionales, no obstante, es un mecanismo de control político, por medio del cual se puede censurar autoridades públicas, dependiendo de la fuerza legislativa dentro del Parlamento. En la actualidad el control político a través de juicios sigue radicándose en el poder Legislativo a pesar de las múltiples reformas constitucionales. El papel desempeñado por la Corte Nacional de Justicia o la Corte Constitucional siempre ha

sido secundario en las crisis políticas, de modo que, en esta Asamblea Nacional, el establecimiento de responsabilidades puede entenderse como un reflejo de un enfrentamiento entre bloques legislativos, actores políticos y sociales más que por el cometimiento de infracciones establecidas en la ley.

## 8. ESTADO DE SITUACIÓN DEL JUICIO POLÍTICO. - FONDO Y PROCEDIMIENTO

### 8.1. CASOS

La presente Asamblea Nacional ejerciendo su facultad fiscalizadora a las autoridades del Estado, ha presentado varios juicios políticos a funcionarios que, por acciones u omisiones, han incumplido sus respectivas obligaciones y responsabilidades que se derivan de sus cargos, a partir de los cuales, el Pleno realizó cuatro juicios políticos contra: Defensor del Pueblo, Superintendente de Compañías, Excontralor General del Estado y Exministro de Energía y Recursos Renovables.

PROCESOS DE JUICIO POLÍTICO	
Solicitante del juicio político	Autoridad contra la que se dirige
As. Yeseña Guamani Vásquez As. Ricardo Vanegas Cortázar	Freddy Vinicio Carrión Intriago, Defensor del Pueblo CENSURADO Y DESTITUIDO
As. Juan Lloret	Pablo Celi de la Torre CENSURADO
As. Luis Almeida As. Salvador Quishpe	René Ortiz, Ex Ministro de Energía CENSURADO
As. Ricardo Vanegas Cortázar	Víctor Anchundia, Superintendente de Compañías. CENSURADO Y DESTITUIDO

Como se puede observar la presente Asamblea Nacional ha realizado juicios políticos a varias autoridades que se encuentran establecidas en el segundo nivel de importancia siendo estos los que se encuentran mencionados en el Art 131 de la Constitución y varios ministros de Estado, todos estos cumpliendo la causal de incumplimiento de funciones.

## 8.2. PROCEDIMIENTO

El procedimiento se encuentra explícito en la Ley Orgánica de la Función Legislativa y menciona que el proceso inicia con “la solicitud que deberá contar con el respaldo de al menos una cuarta parte de las y los miembros del órgano legislativo y será presentada ante el Presidente dentro del formulario correspondiente; en cuanto al trámite una vez que el Presidente de la Asamblea reciba dicha solicitud pondrá en conocimiento del Consejo de Administración Legislativa (CAL); el Consejo de Administración Legislativa que verificará el cumplimiento de los requisitos y dará inicio al trámite. En esta instancia el presidente de la Asamblea Nacional remitirá por medio de su Secretaría General la solicitud de Juicio Político acompañado de toda la documentación que sirva de sustento a la solicitud al Presidente de la Comisión de Fiscalización y Control Político para que este avoque conocimiento y sustancie el procedimiento” (LEY ORGANICA DE LA FUNCION LEGISLATIVA , 2009).

“La Comisión de Fiscalización y Control Político, avocará conocimiento de la solicitud y verificará que cumpla con lo dispuesto en el artículo 131 de la Constitución de la República, en caso de no ser así, el procedimiento se archivará. Calificado el procedimiento, notificará al funcionario o funcionaria sobre el inicio del trámite en su contra, acompañando la solicitud de enjuiciamiento y toda la documentación, una vez cumplidos los requisitos antes señalados, la Comisión de Fiscalización y Control Político deberá remitir al presidente de la Asamblea Nacional, un informe que detalle, de manera motivada, las razones por las cuales archivó el trámite o la recomendación de juicio político” (LEY ORGANICA DE LA FUNCION LEGISLATIVA , 2009).

## 8.3. PROBLEMÁTICA Y POSIBLE SOLUCIÓN

El desarrollo de la problemática planteada en este trabajo es que la institución del juicio político al tener una naturaleza híbrida, esto es una producción e iniciación de carácter político pero con reglas de juego estrictamente jurídicas; o en su defecto y en específico al ser una atribución constitución de un órgano de representación política que fiscaliza

actuaciones legales, produce una disfuncionalidad en cuanto al entendimiento de la misma, el acto de inicio, la sustanciación y la sanción.

Cuando se da esta dispersión normativa y de naturaleza institucional se vulneran los principios de seguridad y certeza jurídica, ya que los casos que son sometidos a esta situación no van a tener las mismas consecuencias, es decir no se produce el ejercicio jurídico básico de subsunción jurídica ya que las valoraciones no son estables y el resultado depende de factores externos como la coyuntura política, el juego de contrapoderes en el legislativo y hasta los arreglos y subterfugios jurídicos que se han vuelto una práctica en los últimos años.

Es importante que al darse esta problemática se especifiquen estándares de incumplimiento normativo y las pruebas de los mismos a efectos de que la consecuencia jurídica sea la adecuada a través de simples test y hasta valoraciones de la prueba así como el auxilio procesal de prueba, que es la parte fundamental del juicio político; con esto se eliminaría la discrecionalidad valorativa de la misma. Aquí es donde toma razón este trabajo cuando, se ponen de manifiesto los niveles de importancia de las autoridades que pueden ser sometidas a un juicio político, debido a que las pruebas que se pueden ejecutar a efectos de ver el cumplimiento o incumplimiento de leyes obligatorias deberán ser especificadas.

Los juicios políticos cada día son herramientas más técnicas que pueden establecer test de cumplimientos normativos a través de ejercicios no retóricos de si de comprobación con prueba bien actuada, con un simple paso evaluatorio como los que ha realizado la Corte Constitucional:

Argumento / pronunciamiento	Prueba y valoración eficaz	Norma aludida o posibles normas incumplidas	Cumplimiento o incumplimiento no norma

Los niveles de autoridades deberán tener requerimientos probatorios mínimos y actuaciones aunque no jurisdiccionales, que se rijan a los principios generales del debido proceso.

## 9. CONCLUSIONES

- Como podemos ver lo que acontece en el sistema jurídico ecuatoriano no existen una diferenciación entre los diferentes niveles de los funcionarios que pueden ser sujetos a un enjuiciamiento político; lo que dificulta el enfoque en cuanto al planteamiento por la dispersión de normas de cumplimiento que estos tienen a efectos de sistematizar su responsabilidad, lo que genera valoraciones arbitrarias al momento de la actuación de las pruebas que no tienen un simbolismo jurisdiccional o un procedimiento determinado.
- La dispersión de las atribuciones y funciones de los servidores públicos a nivel ejecutivo hacen que el incumplimiento de normas, no sean coherentes o determinables al cargo sino a todo el sistema jurídico ecuatoriano, lo que hace que el servidor pueda ser enjuiciado por incumplimientos normativos que no tienen una correlación con sus funciones, sino que estos, pueden incurrir inclusive en omisiones de normas seccionales o de nivel subnacionales en ejercicio de sus funciones lo que acarrearía una posible destitución; a diferencia de los servidores que responden a un sistema de designación por parte del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.
- El tratamiento de los niveles de ejecución del proceso de control político deberá ser especializado en virtud de las atribuciones y funciones y la naturaleza del funcionario, para lo que la creación de sistema diferenciados puede ser la solución a efectos especializar el proceso de una manera tal en la que se ofrezca seguridad jurídica, al menos porque la política se considera una variable no conducente dentro del proceso.
- La habilitación de nulidad procesales como mecanismos de actuar las pruebas de incumplimientos y no estrictas valoraciones deberá ser incorporada como protocolo o incorporada a la Ley Orgánica de la Función Legislativa para que se pueda dar una

diferenciación de procesos y precautelar el principio de inocencia de los interpelados.

- A pesar de encontrarnos en un nuevo proceso en el cual el juzgamiento se vuelve obligatorio y se eliminan las generalidades y discrecionalidad de actuación en la comisión especializada, aun se tienen estándares imponderables que puede al menos ser aminorados con dos procesos de especialización diferentes.

## 10. RECOMENDACIONES

De lo expuesto se puede señalar que a pesar de caer en el formalismo de una reforma a la Ley Orgánica de la Función Legislativa, es estrictamente necesario al menos realizar dos vías de juzgamiento político a diferentes autoridades: una, a nivel ejecutivo para funcionarios que tienen origen en el nombramiento por parte del Presidente de la República como los ministros de estado; y otra, de acuerdo a la naturaleza de autoridades que hayan llegado a través del sistema de participación y designación por parte del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social especializando así la vía procedimental en cuanto a la sustanciación de la normativa y pruebas que puedan haber incumplido.

Por otro lado, dentro de esta misma reforma, incorporar principios procesales mínimos para las actuaciones de la prueba que si bien se alejan del campo jurisdiccional, se manejen con probidad mínima de actuaciones y señalamiento exclusivo de la prueba a sustentarse con la subsunción jurídica de la norma incumplida al menos en los procesos de los funcionarios que tienen un régimen propio a través de leyes orgánicas de la institución a la representan.

Para los casos de nivel ejecutivo, en la dispersión del sistema jurídico del país, se recomienda que dentro de las reformas se realice un mínimo estándar probatorio de normas que están al alcance de las funciones de estos miembros del servicio público.

## 11. BIBLIOGRAFÍA

- Aragon Reyes, M. (2014). *El Control Parlamentario Como Control Politico*. Valladolid.
- Constitución De La República Del Ecuador . (2008). Montecristi .
- Dictamen No. 001-17-Ddj-Cc, Caso No. 0001-17-Dj (Corte Constitucional Del Ecuador 21 De Diciembre De 2017).
- Estrada, J. M. (2013). *Cursos De Derecho Constitucional* . Buenos Aires .
- González, J. (2009). *Manual De La Constitucion Argentina*. Buenos Aires.
- Grijalva Jiménez, A. (2007). *Constitucion Sin Constitucionalismo*. Quito: Foro.
- Ley Organica De La Funcion Legislativa . (2009).
- Medinaceli Rojas, G. (2013). *La Aplicacion Directa De La Constitucion*. Quito : Corporacion Editora Nacional .
- Montes De Oca, M. (2009). *Lecciones De Derecho Constitucional* . Buenos Aires : Abeledo-Perrot.
- Oyarte, R. (2005). *El Juicio Politico En La Constitucion Ecuatoriana*.
- Oyarte, R. (2016). *Derecho Constitucional*. Quito: Cooperaciones De Estudios Y Publicaciones.
- Ramirez Rivera, J. C. (16 De Dicimebre De 2020). *Precisiones Del Juicio Politico En Ecuador*. Obtenido De Precisiones Del Juicio Politico En Ecuador: <https://derechoecuador.com/precisiones-del-juicio-politico-en-ecuador/#:~:Text=La%20materia%20constitucional%20y%20legal,Proceder%20con%20un%20juicio%20pol%C3%Adtico>.
- Riera Ronquillo, I. O. (2021). *El Juicio Politico, Sus Reformas En El Derecho Constitucional Ecuatoriano* .
- Salgado Pesantes, H. (2003). *Teoria Y Practica Del Control Politico*. Legales .
- Salgado Pesantes, H. (2004). *Teoria Y Practica Del Control Politico. El Juicio Politico En La Constitucion Ecuatoriana* . Unam.

SECCIÓN VIII

NUEVAS CRIMINALIDADES Y AVANCES  
EN SU PERSECUCIÓN

---

## LA INCOMPATIBILIDAD DEL USO DE LAS ARMAS AUTÓNOMAS CON LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, ¿HACIA LA CREACIÓN DE UN NUEVO TRATADO?

---

DR. MOHAMED SAAD BENTAOUET  
*Universidad de Sevilla*

### 1. INTRODUCCIÓN

El hombre ha necesitado varios siglos para poder alcanzar avances significativos en muy diferentes áreas tecnológicas. En el ámbito de las armas, conforme avanzaba el ser humano avanzaban los medios con los que se defendía y atacaba. La evolución en este campo a lo largo de la historia de la humanidad ha estado muy ligada e impulsada por las ventajas que supone adquirir un ejército hacia otro. La introducción de las armas de fuego puso en marcha un proceso imparable de transformación de la estrategia militar. Y con la evolución tecnología<sup>504</sup>, y el perfeccionamiento de la inteligencia artificial (IA), en el contexto geopolítico actual han forzado a contemplar nuevos métodos de hacer la guerra<sup>505</sup>. Puesto que la guerra contemporánea ha desbaratado la lógica de la guerra circunscrita a ciertos sujetos y espacios. Eso ha demandado idear nuevas armas, nuevos métodos y nuevas posibilidades de destruir la capacidad de resistencia del adversario. En este período en el que la tecnología aplicada experimentó una aceleración tan rápida contribuyó a cambiar sustancialmente el rostro de la guerra y la experiencia de los

---

<sup>504</sup> AZNAR LAHOZ, J.L., (2020) “La robótica en la guerra del futuro”, Revista del Instituto español de Estudios Estratégicos, IEEE, 02/2020, p.5.

<sup>505</sup> FOJÓN, E., (2020), “La era digital y la evolución del carácter de la guerra en Occidente”, Revista del Instituto español de Estudios Estratégicos, IEEE, 49/2020 p.2.

que la sufrieron<sup>506</sup>. Este progreso tecnológico ha provocado desajustes entre las incipientes tácticas bélicas de la modernidad y los códigos de honor militar tradicionales. En este sentido Aznar Fernández-Montesinos señala que “las nuevas tecnologías de la información aplicadas al mando y control de las unidades militares en operaciones están transformando el modo de entender la guerra”<sup>507</sup>. La robotización de los ejércitos ya es un hecho y es irreversible. Los avances técnicos logrados apuntan a un posible y paulatino remplazo de los soldados en el campo de batalla. A través de contingente más pequeños y robotizados, distribuidos en red, y organizados de forma modular según la misión pretendida. Sus aplicaciones, directas o en colaboración con otros recursos tecnológicos, son muchas y muy diversas. Van desde la gestión y análisis de datos, la vigilancia y reconocimiento, la alerta de ataques, simulación y apoyo logístico, hasta, en un paso sin marcha atrás, seleccionar objetivos, destruir y, finalmente, matar. Basta con echar un vistazo a la actualidad internacional para comprobar que en el conflicto militar entre Ucrania y Rusia. Moscú está utilizando ampliamente la llamada "munición merodeadora" o "Drones kamikaze" de fabricación iraní<sup>508</sup>. Esta arma es una mezcla entre un dron "normal" y un cohete, que pueda bombardear una zona concreta, buscando y determinando el objetivo de forma independiente, y causando mucho daño.

Las ventajas que puedan ofrecer las máquinas autónomas son sobradamente tentadoras para los militares, por su facilidad, por el poco o nulo desgaste popular y por la preservación de fuerzas convencionales. Esos sistemas no sufren ni miedo, ni fatiga, ni estrés, ni se ven afectadas por las dudas o por sentimientos como la rabia o la venganza. Sin embargo, el debate que generan es el grado de autonomía que se le pueda otorgar.

---

506 VIÑAS MARTÍN, A., (2017), “El rostro cambiante de la guerra”, Guerra y tecnología interacción desde la Antigüedad al Presente, en GAJATE BAJO, M., (coord.), GONZÁLEZ PIOTE, L., (coord.) Fundación Ramón Areces, p.35.

507 AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, F. y GONZÁLEZ MARTÍ, A., (2015) “Las generaciones de guerra. Guerras de segunda y tercera generación” (II), Boletín Electrónico del Instituto Español de Estudios Estratégicos, Documento de Análisis 59/2015, p. 18.

508 Irán es firmante del Protocolo Adicional I, pero no lo ha ratificado, por lo que para Estado Persa no tienen carácter vinculante. Esta situación es aprovechada por este tipo de Estados para violar las reglas internacionales impunemente.

Precisamente por esta razón, son potencialmente más peligrosas y amenazantes que otras armas comunes y suponen un riesgo para la seguridad global. Y en concreto por dos cuestiones, la de una revolución permanente, en el sentido de una transformación radical que no deja lugar para la vuelta a ningún *statu quo* anterior. Y la perspectiva de un vacío de responsabilidad provocado por la desaparición de un alguien al que pedir responsabilidad por las consecuencias ilegales o inaceptables de una decisión tomada por un algo<sup>509</sup>. Por ello, el asunto principal que nos ocupa, es cómo conseguir que el empleo de los sistemas de armamento autónomo pueda garantizar el respeto de los principios de distinción, proporcionalidad, necesidad militar, precaución general, y poder atribuirles la responsabilidad de sus acciones. En cualquier caso, desde el inicio del desarrollo de estos Robot se planteó la necesidad de que existiera un control que garantiza su correcto funcionamiento, el cumplimiento de las órdenes establecidas y, en general, el respeto de las normas establecidas por el Derecho Internacional, especialmente el Derecho Internacional Humanitario. No obstante, ante la incapacidad de que cumplan con estas exigencias, por el momento, sería necesario un tratado internacional que los limite o incluso los prohíba completamente por esas razones legales y éticas. De lo contrario sería como señaló Bobbio, la guerra moderna se ubica fuera de todo posible criterio de legitimación y legalización, más allá de todo principio de legitimidad o de legalidad<sup>510</sup>.

## 2. LA NECESIDAD URGENTE DE UN TRATADO INTERNACIONAL QUE PROHÍBA LOS SISTEMAS DE ARMAS AUTÓNOMAS LETALES

Por ahora, no existe un concepto generalmente aceptado acerca de qué debe entenderse por sistemas de armas autónomas letales (SAAL). Se pudiera definirlos “como aquellas-armas- programables que, una vez

---

509 TAMBURRINI, G. (2020), *Etica delle macchine. Dilemmi morali per robotica e intelligenza artificiale*, Carocci, Roma, p.77.

510 BOBBIO, N., (1984) *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa, p.60.

activadas o lanzadas al entorno, no necesitan de la intervención humana para seleccionar y atacar blancos<sup>511</sup>. Las capacidades de estas máquinas son muy atractivas. Sin embargo, esconden un sinfín de amenazas<sup>512</sup>. Ante la dudosa aplicación del derecho de los conflictos armados por sí solas, y los serios problemas que se presentan a la hora de atribuirles la responsabilidad de sus acciones, genera efectos nocivos sobre la seguridad internacional. Esa preocupación ha llevado a varias organizaciones no gubernamentales a conformar *la Campaña de Prohibición de Robots Asesinos*<sup>513</sup> que inició sus esfuerzos en octubre de 2012 para concienciar la opinión pública sobre los riesgos de estas armas. En 2015, en un encuentro que reunía a más de mil expertos en tecnología alertaba sobre la posibilidad de que aparecieran sistemas de armas autónomos, capaces de seleccionar objetivos y atacarlos sin intervención humana. Conforme a esto, en 2019, la *Campaign to Stop Killer Robots*<sup>514</sup> elaboró un texto sobre los elementos clave para un tratado sobre armas totalmente autónomas. La campaña pretendía aumentar la presión sobre los Gobiernos para que accedan a impulsar una norma internacional que prohíba estas armas<sup>515</sup>.

Ante la insistencia de la Sociedad Civil, los gobiernos restablecieron el debate y agregaron el tema a la agenda del *Convenio sobre Prohibiciones o Restricciones en el Empleo de Ciertas Armas Convencionales* (CCW). Desde 2014, los Estados Partes en este Convenio celebraron

---

<sup>511</sup> CALVO PÉREZ, J.L., (2020), "Debate internacional en torno a los sistemas de armas autónomos letales. Consideraciones tecnológicas, jurídicas y éticas Autores", *Revista general de marina*, vol. 278, pp. 457-469.

<sup>512</sup> La amenaza de los robots asesinos, <https://es.unesco.org/courier/2018-3/amenaza-robots-asesinos> (última consulta: 10/04/2023).

<sup>513</sup> Esta alianza cuenta con el apoyo del Secretario General de Naciones Unidas, que señaló por su parte en una reunión celebrada en Lisboa el 5 de noviembre de 2018, que "La militarización de la inteligencia artificial representa un grave peligro". Al igual que el Sr Antonio Guterres, varios personajes de la vida pública, y diferentes parlamentos incluidos el (europeo) han manifestado su rechazo a estas máquinas autónomas Letales.

<sup>514</sup> Hasta febrero de 2023, la Campaña contaba con 190 miembros en 67 países. La Campaña contra Robots Asesinos fue galardonada con el Premio de la Paz de la Ciudad de Ypres, Bélgica, en 2020.

<sup>515</sup> La amenaza de las armas enteramente autónomas, disponible en <https://www.stopkillerrobots.org/learn/?lang=es> (última consulta: 15/04/2023).

varias reuniones informales de expertos que han examinado en profundidad los problemas relacionados con los sistemas de armas autónomos letales. En estas reuniones no se ha obtenido resultados satisfactorios de momento. Sin embargo, muchos Estados han reconocido la necesidad de abordar estas armas problemáticas de alguna manera. En 2017 la Quinta Conferencia estableció un grupo de expertos para avanzar en las discusiones.

Este Grupo de Expertos establecido por las Altas Partes Contratantes de la Convención (CCW) decidió ocuparse del debate sobre las implicaciones de los sistemas de armas autónomas para el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de Derechos Humanos. En este grupo de trabajo se encuentran representantes de la sociedad civil, de la industria, de la academia y del sector militar. Los asuntos que se tratan son de aspectos tecnológicos, efectos militares y cuestiones de índole jurídico-éticas. La sexta conferencia de revisión celebrada del 13 al 17 de diciembre de 2021 en Ginebra, era una oportunidad perdida para comenzar un camino fructífero hacia la regulación de los sistemas de armas autónomas<sup>516</sup>. Los gobiernos reunidos no pudieron acordar nuevas normas para los “robots asesinos”. Este fracaso<sup>517</sup> en las conversaciones diplomáticas demuestra que los Estados necesitan buscar una vía diferente para prohibir estas armas.

En octubre de 2022, 70 Estados, organizaciones no gubernamentales<sup>518</sup> y el Comité Internacional de la Cruz Roja, consideraron la necesidad urgente de adoptar un nuevo tratado con prohibiciones y restricciones. Por su parte el Secretario General de las Naciones Unidas el Sr. António Guterres llamó a establecer “límites acordados a nivel internacional” para los sistemas de armas que puedan, por sí mismos, elegir como

---

516 AMOROSO, D. y TAMBURRINI, G., (2022) ¿Ningún avance sobre las armas autónomas? *Política exterior*, 22 de febrero de 2022.

517 Durante esta reunión, Human Rights Watch criticó las propuestas presentadas sobre las medidas voluntarias que no constituyen una nueva legislación, y harán que se prepare el camino para el desarrollo y el uso generalizado de estos sistemas autónomos.

518 Declaración fue entregada el 13 de octubre de 2022 por Isabelle Jones, Gerente Stop Killer Robots, a los delegados que asistieron al Primer Comité de Desarme y seguridad internacional de la 77.ª Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU).

blancos a seres humanos y atacarlos, y describió esas armas como “moralmente repudiables y políticamente inaceptables”<sup>519</sup>. En febrero de 2023, en una nueva reunión, esta vez en Costa Rica, 33 Estados de América Latina y el Caribe, emitieron la Declaración de Belén<sup>520</sup> en la que manifestaron su apoyo decidido a la elaboración de un tratado jurídicamente vinculante sobre el tema de los Robot Asesinos. En este encuentro la presidenta del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Sra. Mirjana Spoljaric Egger señaló que “El CICR confía en que ahora ustedes ayudarán a encontrar la manera de elaborar una respuesta internacional eficaz a las armas autónomas que esté a la altura de las graves preocupaciones humanitarias que plantean”<sup>521</sup>. Tal como está el panorama internacional, quizá la solución sea llevar la negociación de este tratado directamente a la Asamblea General de las Naciones Unidas, o formalizar una conferencia especial fuera de Naciones Unidas, como han sugerido<sup>522</sup> las organizaciones no gubernamentales que promueven el tratado.

En todo caso, si se puede lograr una prohibición de las armas completamente autónomas sería la forma más realista y efectiva de afrontar los peligros que estas armas representan. En caso de no ser posible, se debe asegurarse que el derecho ofrezca una regulación humanizada, que por una parte prohíba abusos que se prevalgan de la tecnología y, por la otra, oriente su desarrollo de forma coherente con el debido respeto a la

---

519 Robots asesinos: e debe negociar el tratado en un nuevo foro, (2022), <https://www.hrw.org/es/news/2022/11/10/robots-asesinos-se-debe-negociar-el-tratado-en-un-nuevo-foro> (última consulta: 15/04/2023).

520 Comunicado de la Conferencia Latinoamericana y del Caribe sobre el impacto social y humanitario de las armas autónomas

521 Declaración de la presidenta del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Sra. Mirjana Spoljaric Egger, ante la Conferencia Latinoamericana y del Caribe sobre el impacto social y humanitario de las armas autónomas, San José, Costa Rica, 23–24 de febrero de 2023.

522 En consecuencia, los Estados y las ONG interesados pueden considerar la posibilidad de explorar foros alternativos para negociar un acuerdo internacional que establezca el requisito del MHC, en línea con lo sucedido con la Convención sobre la Prohibición de las Minas Antipersonales y la Convención sobre Municiones en Racimo.

dignidad humana<sup>523</sup>. No obstante, no es nada sencillo que se llegue a un consenso para la elaboración de un tratado de este tipo. Los intereses geopolíticos y económicos de las principales potencias, condicionaran cualquier debate. Tomando en cuenta la división más significativa que se plantea entre esos Estados. El primer obstáculo reside en el proceso de consensuar una definición. En el plano internacional siempre ha sido un inconveniente para la adopción de un nuevo tratado, y en este caso no sería la excepción. Dicho obstáculo obedece, por un lado, a que el establecimiento de un concepto de armas autónomas sin la debida prudencia puede conllevar una limitación al objeto de dichas armas que no resulta aconsejable. En la mayoría de las ocasiones, debido a que las distintas definiciones propuestas por los Estados suelen responder a un interés particular, o por la existencia de similitudes importantes entre las armas autónomas letales y otros medios de guerra que utilizan una tecnología similar. Sería por lo tanto necesario, por lo menos, poder identificarlas y diferenciarlas entre sí para obtener un campo de aplicación aún más específico y eficaz. Por ende, el desarrollo, como el uso de esos sistemas de armas autónomos conlleva una serie de implicaciones éticas y jurídicas. Por ello, a parte de la definición, la dificultad consiste en alcanzar un acuerdo entre diferentes Estados sobre el tratamiento que deben recibir las armas autónomas en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario<sup>524</sup>.

Por su parte, el Parlamento Europeo destaca en su última Resolución sobre “Inteligencia artificial en la era digital”, “que los sistemas armamentísticos basados en IA deben estar sometidos a normas globales y a un código ético de conducta internacional para respaldar el despliegue de tecnologías de IA en operaciones militares, dentro del pleno respeto del Derecho internacional humanitario y el Derecho en materia de

---

523 CARRILLO SANTARELLI, N., (2019), “La humanización de los usos y desarrollos tecnológicos a través de interacciones con el Derecho Internacional” IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia, Vol. 5, nº. 1, p. 191.

524 MADRID MORENO, J. A., (2022), “El derecho internacional humanitario frente al desafío de las armas autónomas”, Anuario Iberoamericano sobre Derecho Internacional Humanitario, 3, p.50.

derechos humanos, y en consonancia con el Derecho y los valores de la Unión”<sup>525</sup>.

## 2.1. DE LAS ARMAS AUTOMÁTICAS A LAS ARMAS AUTÓNOMAS

La automatización militar ha ido cambiando de forma progresiva, especialmente en los últimos dos siglos. Las armas "inteligentes" ya existían desde hace tiempo, como los sistemas de guiado para misiles y proyectiles, que permitían seleccionar y priorizar "independientemente" un objetivo entre varios sin intervención humana. Al igual que diferentes robots, específicos para cada tarea, capaces de trabajar por tierra, mar y aire. Las tareas de esas máquinas son muy diversas, desde carga de material, exploración, reconocimiento e, incluso, el propio ataque. Estos ejemplos que ya operan en el campo de batalla tienen un margen de autonomía, como el tanque de combate Armata T-14 de Rusia que puede disparar de forma autónoma, O el caso del *Sea Hunter* de la Armada de Estados Unidos, que se convirtió en el primer buque sin tripulación. O los Drones fabricados por la compañía china DJI (Phantom 4 - el Mavic Pro), que poseen una tecnología que les permite, de forma autónoma, reconocer objetivos y evitar obstáculos; por tanto, pueden seguir a un vehículo sin necesidad de comunicarse con el controlador humano remoto. Y otro ejemplo lo encontramos en los sistemas de defensa antiaérea y antimisiles de los buques, que, en caso de falta de tiempo para una decisión por parte de una persona, podían disparar ellos mismos contra lo que consideraban un misil que amenazaba al buque. Otro modelo que nos resulta interesante es el de Robot Guard Samsung SGR-A1<sup>526</sup>, es un robot guardián puede identificar y golpear objetivos automáticamente a una distancia de 3,2 kilómetros. A nuestro entender, los sistemas antiaérea y antimisiles, y el propio Robot Guard Samsung SGR-A1, son autónomos, pero tienen funciones exclusivamente defensivas, su comportamiento de acción-reacción limita su sistema de defensa, puesto que

---

525 Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital (2020/2266(INI).

526 De fabricación surcoreana Samsung Group, el Robot puede realizar las mismas tareas que la guardia de fronteras, lo que minimiza las posibles pérdidas en caso de un conflicto armado en la frontera.

impide que efectúe una acción que no haya sido programada<sup>527</sup>. Tomando los ejemplos ya mencionados o existentes, las armas robóticas pudieran dividirse en tres categorías según el grado de implicación humana en sus actividades: *las Human in-the Loop Weapons*, que pueden seleccionar objetivos y actuar sobre ellos solo a través de un comando humano, *las Human on-the Loop Weapons*, que pueden seleccionar y actuar bajo una supervisión humana que puede invalidar la acción del robot, y *las Human out-of-the Loop Weapons*, armas que son capaces de seleccionar blancos y atacarlos sin ningún tipo de intervención o input humano (Human Rights Watch, 2012)<sup>528</sup>.

Llegando a este punto, nos gustaría aclarar la diferencia en las armas automáticas y las armas autónomas. Las armas automáticas buscan replicar las decisiones del ser humano en base a un patrón específico. En cambio, las armas autónomas buscan tomar decisiones propias y, probablemente distintas a las que un humano tomaría en el mismo escenario o contexto. A pesar de que hay cierta claridad en torno a la diferenciación entre automatización y autonomía, existe un complejo debate con relación al nivel de independencia que puedan tener estas armas en cuestión. Por consiguiente, si el arma cuenta con la autonomía suficiente para despegar, navegar, aterrizar, pero no cuenta con la capacidad de iniciar un ataque de manera autónoma, no debería ser considerada como un arma autónoma letal. Ante esta complejidad, el reporte del Comité Internacional de la Cruz Roja para la Reunión de Expertos sobre las Armas Autónomas en 2014 sugería que la discusión se centre únicamente en la autonomía de funciones importantes y críticas del arma por encima de la autonomía no sustancial.

La preocupación, por tanto, gira, exclusivamente, en torno a las armas autónomas Letales, en tanto tendrían un control propio y no sería necesaria la intervención del ser humano para realizar funciones críticas,

---

527 OBREGÓN FERNÁNDEZ, R., LAZCOZ MORATINOS, G., (2021) "La supervisión humana de los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo. Aportaciones desde el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de la Unión Europea" REEI, n.º. 42, p.9.

528 CAMPIONE, R., (2022) "Desafíos filosóficos de las Armas Autónomas", Inteligencia artificial y Filosofía del derecho LLANO ALONSO, F. H., (dir.), / coord. GARRIDO MARTÍN, J., VALDIVIA GIMÉNEZ, R. D., p. 266.

como ocurre con las armas semiautónomas. Y por lo tanto, no es nada baladí que una pequeña evolución técnica como la sustitución del brazo mecánico de un robot utilizado para bonificar campos de minas por una Ametralladora, esta pequeña modificación es la que plantea una gran discusión ético-jurídica. Según ha informado Naciones Unidas, el primer caso registrado de un sistema autónomo que mata a una persona sin la participación de un operador, ocurrió en la primavera de 2020 en Libia. Entonces, las tropas del Gobierno de Favez al Sarraj, del Gobierno Acuerdo Nacional (GAN) utilizaron drones autónomos de fabricación turca contra soldados que apoyaban a su contrincante el Mariscal Jalifa Haftar.

## 2.2. LOS DETRACTORES Y LOS DEFENSORES DE LAS ARMAS AUTÓNOMAS LETALES, SUS ARGUMENTOS EN CONTRA Y A FAVOR.

Las guerras protagonizadas por sistemas militares dotados de diferentes grados de autonomía no acapara la atención de los especialistas por poner en peligro a los ser humanos, sino porque no se sabe exactamente los márgenes de actuación bélica de tales aparatos, volviendo opaco el funcionamiento de los procesos decisionales, el vínculo de imputación de actos y, por tanto, la cadena de responsabilidad técnica, política y militar. Esta ambigüedad ha originado el malestar dentro de la comunidad científica internacional<sup>529</sup>, y ha alertado a la sociedad civil organizada, a las Organizaciones internacionales y a los Estados no poseedores de esta tecnología, e impulsó el debate y análisis de la cuestión, logrando la celebración de reuniones informales de expertos como hemos señalado en páginas anteriores.

Los detractores de esos Robot asesinos han levantado la voz pidiendo su prohibición absoluta. Frente a esta prohibición innegociable surgió otra línea que pedía una moratoria, al menos hasta que pueda darse un

---

529 Un debate, este, que ya han originado el malestar dentro de la comunidad científica internacional. El punto de ruptura se alcanzó con de la Conferencia Internacional de Inteligencia Artificial, celebrada el 28 de julio de 2015 en Buenos Aires. Durante esa cita, más de 1.000 científicos y expertos en inteligencia artificial y otras tecnologías firmaron una carta abierta contra el desarrollo de robots militares que sean autónomos y prescindan de la intervención humana

acuerdo más amplio sobre la definición de lo que se pretende disciplinar porque, además, una prohibición preventiva desatendería el imperativo moral a usar la tecnología siempre que sirva para reducir los errores y las atrocidades humanas. Lo que significa, que según esta postura, los sistemas autónomos de ningún modo deberían ser utilizados como remplazo de los soldados, sino para acompañarlos en el campo de batalla<sup>530</sup>. Mientras los defensores de los sistemas de armas autónomos (SAAL) se dividen en dos categorías, de una parte los que prefieren destacar sus ventajas militares, y de otra, los que hacen hincapié en las justificaciones morales. Asimismo, hay quien sostiene que la misma existencia de las armas nucleares tuvo el efecto disuasivo de que todos quisieran evitar la guerra, de modo que se pudiera preguntarse si el imparable proceso de sofisticación de la tecnología militar produciría armas inteligentes de tal calibre destructivo que desalentarían definitivamente cualquier atisbo de guerra<sup>531</sup>.

Aunque se admitan las ventajas militares y “morales”, queda el requisito de que estas armas tengan el carácter legítimo. A la hora de tomar decisiones, tienen que ser capaces tanto de definir el problema como de diseñar una solución práctica, algo que requiere conjugar en la ecuación no sólo factores situacionales y estratégicos, sino también conceptos de honor, derecho. Este es en especial el principal argumento de los detractores de los SAAL, encabezados por la organización *Human Rights Watch*, que afirman la incompatibilidad absoluta de estas máquinas con los principios del derecho internacional humanitario. Su dudosa legalidad a la luz de los principios y normas del Derecho Internacional Humanitario y, en concreto, de las disposiciones recogidas en el *Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1977*, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Por consiguiente, la mejor forma de estigmatizar el uso de los sistemas de armamento

---

530 ARKIN, R., (2015), “The Case for Banning Killer Robots. Counterpoint”, en: *Communications of the ACM* 58, 12, pp. 46-47.

531 TEGMAN, M., (2018), *Vida 3.0. Qué significa ser humano en la era de la inteligencia artificial*, Taurus, Madrid, p.141.

autónomos sería un tratado internacional específico que estableciera una prohibición absoluta<sup>532</sup>.

### 3. EL IMPACTO DE LAS ARMAS AUTÓNOMAS LETALES EN EL CAMPO NORMATIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El derecho internacional contemporáneo se torna especialmente exigente en lo relacionado con el uso de la fuerza en los conflictos armados. Sin embargo, por el momento el debate internacional generado en torno a la legalidad o no de los sistemas de armas autónomas letales (SAAL) es de los pocos instrumentos con que cuentan los Estados militarmente menos poderosos para mantener una situación de cierto equilibrio frente a aquellos que disponen de la capacidad tecnológica y militar para el desarrollo de nuevos y sofisticados sistemas de armas<sup>533</sup>. No obstante, el hecho de que no haya normas específicas aplicables a estas sofisticadas armas, no quiera decir que no exista norma alguna. Así, a falta de tratados concretos que regulan o prohíban las armas autónomas letales, éstas pudieran ser dictaminadas bajo los estándares aplicados a otras armas<sup>534</sup>. De ahí, la necesidad de aprovechar los instrumentos que proporcionan tanto el Derecho Internacional Humanitario como la propia *Convention on Certain Conventional Weapons* (CCW) de las Naciones Unidas.

Las principales discusiones jurídicas que plantean<sup>535</sup> los sistemas de armas autónomas letales (SAAL) en relación a su desarrollo y uso, es si

---

532 GOOSE, S., (2015), "The Case for Banning Killer Robots. Point", en: Communications of the ACM 58, 12, 43-45.

533 CALVO PÉREZ, J. L., (2020) "Debate Internacional en torno a los sistemas de armas autónomas letales. Consideraciones tecnológicas, jurídicas y éticas", op.cit., p. 466.

534 MULL, N. W., (2017) "The Robotization of Warfare with Lethal Autonomous Weapon Systems (Laws): Mandate of Humanity or Threat to It?". Houston Journal of International Law, Forthcoming. p.465.

535 JIMÉEZ-SEGOVIA, R., (2019), "Los sistemas de armas autónomos en la Convención sobre ciertas armas convencionales: Sombras legales y éticas de una autonomía ¿bajo el control humano?" La Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI), p.12.

estas son capaces de garantizar *per se* el respeto a los principios del derecho internacional humanitario, por un lado, y a la implementación de los exámenes de revisión de armas previsto en el Art. 36 del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, que en su justa medida permite afrontar la aparición de nuevos armamentos. Conjuntamente, con la Cláusula de Martens invocada por algunos como el mecanismo legal que sirve de estándar moral para evaluar las nuevas armas autónomas que vayan surgiendo.

### 3.1. EL CUMPLIMIENTO DEL MARCO JURÍDICO Y DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

La costumbre o el derecho internacional consuetudinario es la práctica general aceptada como derecho, según lo estipulado a través del artículo 38.b del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Para poder alcanzar un conceso en lo que se respecta a un tratado sobre las Armas autónomas Letales sería imprescindible analizar aquellas normas consuetudinarias que se encuentran ligadas al uso de tecnología emergente en los medios de guerra, y determinar si existe compatibilidad entre las armas autónomas letales y el derecho internacional. Dentro de este debate generado por estas máquinas hay algunos expertos militares que van más allá en su defensa de los SAAL sosteniendo que los sistemas de armamento autónomos no solo aportan amplias ventajas estratégicas y tácticas en el campo de batalla, sino también en base a los principios morales<sup>536</sup>.

El veloz desarrollo tecnológico indica que este tipo de armas ya es una realidad. Por consiguiente, es necesario examinar las exigencias requeridas por el Derecho Internacional Humanitario<sup>537</sup>. Para que un sistema de armas autónomas sea considerado legítimo a la luz del Derecho

---

536 ETZIONI, A. y ETZIONI, O., (2017), "Los pros y los contras de los sistemas de armamento autónomos", MILITARY REVIEW, Cuarto Trimestre 2017.

537 PORCELLI, A. M., (2021), "La inteligencia artificial aplicada a la robótica en los conflictos armados. Debates sobre los sistemas de armas letales autónomas y la (in)suficiencia de los estándares del derecho internacional humanitario", Revista Estudios Socio-Jurídicos, Vol. 23, nº. 1.

Internacional Humanitario<sup>538</sup> es preciso acudir en primer lugar a las disposiciones contenidas en el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949. Sus principios<sup>539</sup> son los de la distinción, proporcionalidad, precaución y necesidad militar, tienen su reflejo tanto en normas de derecho consuetudinario<sup>540</sup> como en el Derecho de la Haya, de Ginebra y de Nueva York (Derecho Internacional Humanitario convencional)<sup>541</sup>. A falta de normas convencionales de Derecho Internacional, estos principios son los que se sobreponen.

### 3.1.1. El principio de la distinción.

Pese a la desarrollada tecnología que compone las armas autónomas, estas de ningún modo puedan, hasta la fecha, distinguir entre un combatiente y un civil. El principio de distinción gira alrededor del término “combatiente”, siendo la primera categoría de determinación de aquellos sujetos que forman parte de las hostilidades. Este principio rector del derecho internacional humanitario se encuentra estipulado tanto a nivel consuetudinario como convencional y forma parte de los pilares que regulan las actividades durante un conflicto armado.

El principio de la distinción, al igual que los otros principios codificado en el Protocolo I adicional<sup>542</sup>, viene a establecer la necesidad de distinguir entre civiles y combatientes, entre objetos civiles<sup>543</sup> y objetos

---

538 HENCKAERTS, J. M., (2010), “Desarrollo del derecho internacional humanitario y la continua pertinencia de la costumbre”. Anuario. Mexicano de Derecho Internacional, vol.10, Ciudad de México, ene. 2010.

539 HERNÁNDEZ CAMPOS, A., (2000), 1 “El derecho de los conflictos armados no internacionales: una visión introductoria”, Agenda Internacional, Vol.7, n°.14.

540 En este sentido, el CICR llevó a cabo un estudio en 2005 sobre las normas que integran el Derecho Internacional Consuetudinario, recogiendo un total de 161. Estas normas recogen o vienen inspiradas por los principios del DIH, disponible en: <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf>; (última consulta 08/04/2023).

541 HURTADO GRANADA, M. I. (2017), “Los límites del DIH a las armas autónomas”. Revista Científica General José María Córdoba. Vol. 15, n°. 20, julio-diciembre, pp. 96-97.

542 Artículos 48, 51 y 52 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949.

543 A priori podría parecer un requisito objetivo y sencillo de comprender e incluso de cumplir, pues un objetivo o es militar o no lo es. No obstante, aceptar esto como cierto sería incurrir en el reduccionismo con respecto a los conflictos contemporáneos. FOY, J., “Autonomous

militares<sup>544</sup>. Los combatientes, cuando toman parte de una operación militar, están obligados a llevar algún distintivo<sup>545</sup> que les señale, sea un uniforme o cualquier otra insignia<sup>546</sup>. El principio de distinción es básico, que exclama como único objetivo de la guerra “la debilitación de las fuerzas enemigas”. La no diferenciación entre lo civil y lo militar es una violación flagrante del Derecho Internacional Humanitario. Para que un sistema de armas autónomas letales obedezca este principio tendría que ser capaz de determinar, por ejemplo, el uso, ubicación y función de cualquier objeto, y tomar decisiones especialmente estratégicas al establecer los objetivos militares precisos de cada país, independientemente de qué objetivos militares se consideran legítimos<sup>547</sup>. En este sentido Noel E. Sharkey ha manifestado con rotundidad de que las armas autónomas letales que existen hoy en día carecen de los principales elementos exigibles para asegurar el cumplimiento del principio de distinción<sup>548</sup>. La prohibición de los ataques indiscriminados como forma de proteger a los civiles y a sus pertenencias se desenvuelve en dos principios, el de la distinción que hemos analizado y el principio de

---

weapons systems: taking the human out of International Humanitarian Law”, *Dalhousie Journal of Legal Studies*, vol.23, 2014, p.56.

544 ALLENBY, B. R., “Are new technologies undermining the laws of war?”, *Bulletin of the Atomic Scientists*, vol.70, n.º.1, 2014, p.23.

545 En una guerra convencional de los siglos pasados, esta distinción era más fácil que hoy día. En cambio, cuando una de las partes es un grupo armado, esta distinción es difícil porque en muchos casos sus miembros no suelen llevar informe. Al contrario, sus combatientes se reclutan muchas veces de la población civil o de ex miembros de fuerzas de seguridad. En enfrentamientos en áreas urbanas es más difícil diferenciarlos de civiles cuando se entremezclan con la población civil.

546 Art. 44.3 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977.

547 ROFF, H. M., (2014), “The Strategic Robot Problem: Lethal Autonomous Weapons in War”, *Journal of Military Ethics*, vol.13, n.º.3, pp.216–218.

548 SHARKEY, Noel E. (2008), “Grounds for discrimination: Autonomous Robot Weapons”, *RUSI Defence Systems*, pp. 86-89, disponible en <http://www.rusi.org/downloads/assets/23sharkey.pdf>; (última consulta 20/04/2023); ASARO, P., (2012), “On banning Autonomous Weapons Systems: Human rights, automation and the dehumanisation of lethal decision-making”, *International Review of the Red Cross*, 94, n.º. 886, pp. 696 ss.; DINSTEIN, Y. (2012), “The principle of distinction and cyber war in International Armed Conflicts”, *Journal of Conflict and Security Law*, 17, n.º. 2, 2012, pp. 261-277.

proporcionalidad que conlleva también la interdicción de los ataques que causen muertes o daños excesivos<sup>549</sup>.

### 3.1.2. El principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad se define como aquel que establece que las actividades de un combatiente deben resultar adecuadas a sus objetivos militares, y sus respuestas ajustadas a las circunstancias. Dicho eso, los beligerantes deberían hacer un uso gradual de la fuerza, no empleando sus medios más potentes y destructivos si no es necesario. Es probablemente el principio más complejo de satisfacer en sus requerimientos éticos y cuya evaluación implica complicados procesos psicológicos hoy por hoy fuera del alcance de la Inteligencia Artificial.

La evaluación de todas las circunstancias precisas para aplicar correctamente el principio de proporcionalidad no es seguro que pueda ser manejado por los Sistemas de Armas Autónomas. De hecho, su función reposa en conceptos como la “buena fe” o el “sentido común”. No sé, si sería posible, percatar a día de hoy si este tipo de conceptos puedan ser “asumidos y comprendidos” por los programas informáticos que proveen a estos Sistemas<sup>550</sup>. Por todo ello, expertos como Kastan consideran que, sea cual sea el avance tecnológico que pueda producirse, los análisis y evaluaciones pertinentes sobre el principio de proporcionalidad tendrán que dejarse inicialmente a los seres humanos y no a los SAAL<sup>551</sup>.

---

549 PONTI, C., (2015), “The Crime of Indiscriminate Attack and Unlawful Conventional Weapons: The Legacy of the Icty Jurisprudence”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 6, nº. 1, 2015, p.120.

550 SHARKEY, N. E., (2007), “Automated killers and the computing profession”, *Computer*, 40, nº. 11, pp. 122-124, p. 124, Disponible: <http://www.computer.org>; (última consulta 21/04/2023); WAGNER, M., “The dehumanization of International Humanitarian Law: legal, ethical and political implications of Autonomous Weapon Systems”, pp. 1-60, pp. 28-38, disponible en <http://www.robots.law.miami.edu>; (última consulta 20/04/2023).

551 KASTAN, B., “Autonomous Weapons Systems: A coming legal ‘singularity’”, *Journal of Law, Technology & Policy*, 2013, nº. 1, pp. 61-62, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2037808>, (última consulta 22/04/2023).

### 3.1.3. El principio de precaución

El principio de precaución incumbe sobre todo a la preparación de un ataque. Exige que las operaciones militares se desarrollen, de acuerdo con el artículo 57 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra<sup>552</sup> de 1949. Según este principio se deben tomar todas las medidas necesarias para proteger a las personas y a los bienes civiles en los ataques bélicos<sup>553</sup>. Ello supone la necesidad de hacer lo posible para comprobar, con carácter previo y atendiendo a la información disponible, que el objeto del ataque es un objetivo militar legítimo. Asimismo, requiere la adopción de todas las medidas necesarias para evitar, o al menos, minimizar los daños colaterales. En la lucha urbana, este principio es también un reto para las partes beligerantes, por la presencia de civiles y combatientes en zonas concurridas. En este contexto, la mayor capacidad de reconocimiento y análisis de datos puede suponer una ventaja para tener en cuenta a la hora de sopesar la conveniencia del empleo de sistemas de armas autónomos<sup>554</sup>.

### 3.1.4. Principio de necesidad militar

El principio de necesidad militar establece que los objetivos deben limitarse a aquellos cuya destrucción, en base a sus características, fuera a redundar en una contribución efectiva a la lucha, en una ventaja militar concreta<sup>555</sup>. En estrecha relación con la prohibición de causar

---

552 El art. 57 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949), según el cual "... quienes preparen o decidan un ataque deberán: [...] ii) tomar todas las medidas factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil; iii) abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, que serían excesivos con la ventaja militar concreta y directa prevista...".

553 DE SALAS CLAVER, J., (2019), "De la flecha al ratón. Consideraciones jurídicas de las operaciones ofensivas en el ciberespacio", Cuadernos de estrategia, nº. 201, pp. 159-160.

554 LÓPEZ-CASAMAYOR JUSTICIA, A., (2019), "Armas letales autónomas a la luz del derecho internacional humanitario: legitimidad y responsabilidad", Cuadernos de estrategia, nº. 201, p.189.

555 LÓPEZ DÍAZ, P., (2009), "Principios Fundamentales del Derecho Internacional Humanitario", revista marina, 3/2009, p.232.

sufrimientos innecesarios, viene a exigir que las armas estén diseñadas de la forma que empleen sólo la fuerza necesaria para obtener la ventaja militar que sea legítima. Por tanto, analizar el cumplimiento de este principio supone también determinar si los daños y muertes causados por un arma son de carácter superfluo<sup>556</sup>. Finalmente, hay que subrayar que todos estos principios deben ser constantemente interpretados entre sí, procurando un adecuado equilibrio entre necesidad militar y humanidad, ya que aquél es el resultado pretendido por todo el derecho de los conflictos armados<sup>557</sup>.

3.1.5. El enfoque de las armas autónomas letales desde la perspectiva del derecho internacional humanitario, los exámenes de revisión de (SAAL): cláusula Martens, y el artículo 36 (PAI de 1977).

Ante la ausencia de un marco legal regulado que codifique los Robot Asesinos, estas armas siempre pueden encuadrarse en la normativa vigente del *jus in bello*. Por tanto, hay que acudir a los convenios de la Haya, de 1899 y 1907, sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Que contienen en sus respectivos preámbulos la denominada Cláusula Martens, que sigue vigente y se revela como un instrumento útil y pertinente para afrontar “la evolución tecnológica militar”<sup>558</sup>.

### 3.2.1. LA CLÁUSULA MARTENS

El derecho internacional humanitario contiene una cláusula de cierre, la Cláusula Martens<sup>559</sup>. Esta cláusula surgió con una finalidad clara: colmar las lagunas del Derecho Positivo, aquello que no está previsto por

---

556 THURNHER, J. S. (2012), “No one at the controls: legal implications of fully autonomous targeting.” JFQ: Joint Force Quarterly, vol.67, n.º.4, p.80.

557 Para más abundancia sobre este tema, MANGAS MARTÍN, A., (1990). *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, Ed Universidad de Salamanca.

558 FOJÓN, E., (2019) “Desarrollos tecnológicos militares frente a nuevos conceptos operativos”, Real Instituto Elcano 86/2019 – 25 julio 2019.

559 La Cláusula Martens recogida por primera vez en el Preámbulo del (II) Convenio de la Haya de 1899, relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, con firma el 29 de julio de 1899 y entrada en vigor el 4 de septiembre de 1900.

los tratados existentes<sup>560</sup>. Por tanto, su aplicabilidad a la cuestión de los sistemas de armas autónomas letales (SAAL), es indiscutible, en la medida en que constituye una cuestión de interpretación y aplicación del *ius in bello*<sup>561</sup>. Justamente, para examinar la legalidad<sup>562</sup>, o al menos la moralidad de estas armas.

No obstante, no hay una interpretación unánime sobre la aplicación de la Cláusula Martens. Su práctica está sujeta a diferentes interpretaciones. Ni los propios juristas, ni los Estados se ponen de acuerdo en la interpretación de esta cláusula. El problema radica en que los Estados poderosos hacen una interpretación literal e interesada, mientras el resto defiende la postura de que lo que no está explícitamente prohibido por un tratado no está permitido *per se*. Es decir, la interpretación de la norma se encuentra muy ligada a los intereses particulares que defiende cada Estado miembro<sup>563</sup>.

El artículo 36 del Protocolo Adicional I de 1977 de la Convención de Ginebra puede ser un buen instrumento al igual que la cláusula Martens puede ser útil en la regulación de nuevo armamento y por lo tanto de los SAAL.

---

560 MULL, N. W., (2017) "The Robotization of Warfare with Lethal Autonomous Weapon Systems (Laws): Mandate of Humanity or Threat to It?", op. cit. pp.518-519.

561 MERON, T., (2000), "The Martens Clause, principles of humanity, and dictates of public conscience", American Journal of International Law, vol.94, n.º.1, p.78. (Disponible en [https://www.researchgate.net/publication/269896928\\_The\\_Martens\\_Clause\\_Principles\\_of\\_Humanity\\_and\\_Dictates\\_of\\_Public\\_Conscience](https://www.researchgate.net/publication/269896928_The_Martens_Clause_Principles_of_Humanity_and_Dictates_of_Public_Conscience);( última consulta 20/04/2023)

562 CASSESE, A., (2000), "The Martens Clause: half a loaf or simply a pie in the sky?" European Journal of International Law, vol.11, n.º.1, pp.189-191.

(Disponible en <http://www.ejil.org/pdfs/11/1/511.pdf>; (última consulta 18/04/2023).

563 La mayoría de los tratados de derecho humanitario no ha sido ratificada universalmente: por ejemplo, los protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, de 1977, la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado y sus protocolos, y la Convención de 1980 sobre Ciertas Armas Convencionales y sus protocolos. Su alcance geográfico depende del número de ratificaciones de cada tratado. Este es un problema que no afecta a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, dado que hoy gozan de ratificación universal.

### 3.2.2. El artículo 36 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1977

El artículo 36 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1977 referente a las nuevas armas, es otra base jurídica de suma importancia, admitida internacionalmente, y íntimamente unida a los principios básicos del derecho internacional humanitario. Los mecanismos de revisión de armas previstos en este artículo sirven para verificar que tales principios son plenamente aplicables a los sistemas de armas autónomos con carácter previo a su adquisición, desarrollo, despliegue y uso.

Este mecanismo pueda aportar al menos una orientación temporal, hasta que la comunidad internacional regule el asunto en cuestión de forma específica. Las Partes contratantes deben estimar si un sistema de armas autónomo cumpliría con la legislación internacional antes de ser desplegada. El artículo 36 dispone que: “Cuando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a esa Alta Parte Contratante”<sup>564</sup>. En virtud de este artículo los combatientes no disponen de un derecho ilimitado a elegir sus medios y métodos de guerra, encomienda a los Estados la responsabilidad de verificar que las nuevas armas<sup>565</sup> que experimenten, desarrollen, adquieran o adopten sean respetuosas con el derecho internacional de los derechos humanos<sup>566</sup>.

En este sentido, reflexionando sobre las distintas interpretaciones que puedan venir haciendo de la cláusula Martens, y la falta de aplicación

---

564 Guía para el examen jurídico de las armas, los medios y los métodos de guerra nuevos, medidas para aplicar el artículo 36 del protocolo adicional de 1977, Comité Internacional de la Cruz Roja Ginebra, enero de 2006, pp.9-10

565 A la vista de esta regulación puede afirmarse que un sistema autónomo que no portara armamento, como un dron de vigilancia, debe someterse al mismo análisis legal que otros sistemas de armas.

566 JIMÉEZ-SEGOVIA, R., (2019) “Los sistemas de armas autónomos en la Convención sobre ciertas armas convencionales: Sombras legales y éticas de una autonomía ¿bajo el control humano?” op. cit., p. 37.

del citado artículo 36<sup>567</sup>. Es sumamente imperioso ajustar los sistemas de armas autónomas letales a un marco legal con el fin de prevenir situaciones de impunidad originadas por la falta de una regulación determinada. Dicho esto, hay que subrayar por lo menos dos circunstancias que pudieran en jaque a los sistemas jurídicos e impiden aplicar el concepto de responsabilidad asentado en la ciencia jurídica tradicional: una es la paulatina desaparición de la intervención humana en la cadena de actuaciones que determinan el nexo de imputación entre la fuente de la acción y su resultado. La otra tiene que ver con la imprevisibilidad de las decisiones tomadas por los sistemas autónomos guiados por algoritmos cuyos ‘enlaces de razonamiento’ acaban siendo inaccesibles incluso para quienes los han programado.

### 3.2.3. Los sistemas de armas autónomas letales y la asignación de responsabilidad

Frente al debate sobre la legalidad de los sistemas de armas autónomas letales, se plantea el problema de la atribución de responsabilidad por las eventuales vulneraciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas a través de su uso. Así como la posibilidad de exigir la frente a Estados o sujetos determinados, evitando así escenarios de vacío de responsabilidad. La utilización de sistemas de armas autónomas no debe suponer un problema para atribuir la responsabilidad a los Estados que los manejen<sup>568</sup>. Sin embargo, aplicar la responsabilidad individual resultaría mucho más complicado. Esta responsabilidad será de mayor dificultad en su determinación cuanto mayor sea el grado de autonomía del sistema, pero no debe suponer en ningún caso un vacío legal que lleve a

---

567 SÁNCHEZ PÉREZ, J., (2016), “La difícil adaptación del Derecho Internacional de los conflictos Armados ante la evolución de los sistemas de armas autónomos”, *Armas y Cuerpos* nº 131, p.15.

568 Los Estados son responsables de las violaciones del Derecho internacional humanitario *ius in bello* que le son imputables; por otra, las personas que cometen los crímenes de guerra son personalmente responsables de ellos. En este principio se basan el funcionamiento de los tribunales penales internacionales de Nuremberg, Tokyo y el de la antigua Yugoslavia, así como el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

una situación de impunidad<sup>569</sup>. El experto Robert Sparrow destaca este asunto ético, afirmando que una condición fundamental del *jus in bello*, requiere que se deba responsabilizar a alguna persona por la muerte de civiles. Es preciso pronunciarse sobre la cuestión de si es posible imputar dicha responsabilidad a uno o varios sujetos determinados<sup>570</sup>. Los procedimientos de responsabilidad se asientan tradicionalmente, como defiende Geiss<sup>571</sup>, en la existencia de un cierto grado de control o previsibilidad del resultado. A ello debe añadirse la presencia de un ente con personalidad jurídica propia que pueda ejercer dicho control y asumir, en consecuencia, dicha responsabilidad. En este sentido, ello excluye por su propia naturaleza a los SAAL, que no pueden responder de las eventuales vulneraciones del derecho internacional que los mismos puedan ocasionar en tanto que carecen de personalidad e intencionalidad. La presencia de humanos en el ciclo de decisión de los sistemas de armas controlados remotamente (*man in the loop*) y en los sistemas de armas automatizados (*man on the loop*) hace que recaiga sobre ellos la responsabilidad de su utilización. Sin embargo no existe un marco legal que sea capaz de regular cómo atribuir la responsabilidad al emplear sistemas de armas autónomos, en los que el ser humano se encuentra fuera del ciclo de decisión (*man out of the loop*)<sup>572</sup>.

Cualquier arma u otro medio de guerra que hace imposible la determinación de responsabilidad por las bajas causadas no obedecen a los requerimientos de *jus in bello* y, por lo tanto, no se deberían usar en el

---

569 LÓPEZ-CASAMAYOR JUSTICIA, A., (2019), "Armas letales autónomas a la luz del derecho internacional humanitario: legitimidad y responsabilidad", op. cit., p. 198.

570 Artículos 4-11 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Comisión de Derecho Internacional. Informe sobre la labor realizada en su 53º período de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001). Asamblea General: Documentos oficiales. Quincuagésimo sexto período de sesiones. Suplemento nº 10 (56/10), Naciones Unidas, Nueva York, 2001, pp. 10-405. Para un comentario sobre los mismos vid. GUTIÉRREZ ESPADA, C. , (2005), *El hecho ilícito internacional*, Madrid: Dykinson, pp. 75-108.

571 GEISS, R. (2016), "Autonomous Weapons Systems: Risk Management and State Responsibility". Comunicación ante la Conferencia de desarme en la reunión informal de expertos gubernamentales sobre sistemas de armas autónomos letales. Ginebra, abril 2016.

572 CALVO PÉREZ, J. L., "Debate Internacional en torno a los sistemas de armas autónomos letales. Consideraciones tecnológicas, jurídicas y éticas", op.cit., p.461.

campo de batalla<sup>573</sup>. Por estas razones, y por varias conjeturas antes mencionadas, *Human Rights Watch* recomienda prohibir totalmente “el desarrollo, la producción y el uso de armas completamente autónomas a través de un instrumento internacional legalmente vinculante”<sup>574</sup>.

#### 4. CONCLUSIÓN

La guerra es un acto político y social que muta con la política y la sociedad que la llevan a término. La tecnología permite adaptar los instrumentos a las necesidades de la guerra, pero también condiciona el entorno social que da lugar a la misma. Ante la sospecha de que se haya ensayado con muchos prototipos de sistemas de armas autónomas letales en varios laboratorios de determinados países. De ahí nace la necesidad forzosa de negociar un tratado internacional que regularice o prohíba este tipo de armas. Un sistema de armas, por muy sofisticado que sea, no puede ser un agente moral porque no tiene ningún vínculo emocional con las personas. La carencia de sentimientos y conciencia en las máquinas totalmente autónomas es una espada de doble filo. En principio puede parecer una ventaja, sin embargo, esos robots pudieran ser adquiridos por regímenes represivos, o terroristas, y no especialmente respetuosos con las normas internacionales. Es la principal razón por la que el hombre debería mantener siempre el control sobre las máquinas. Y dado que el marco legal actual ni desautoriza, ni prohíbe estas armas autónomas. Lo que exclama que ese desarrollo técnico debería ser normativamente obstaculizado, prohibido preventivamente para evitar que conduzca a una autonomía plena de los sistemas de armamento.

---

573 SPARROW, R., (2007), “Killer Robots”, *Journal of Applied Philosophy* 24, nro. 1 pp. 62-77.

574 La organización no gubernamental Human Rights Watch publicó en 2020 el informe Cuidado con el vacío - La falta de responsabilidad con respecto a los robots asesinos, p.6.

## 5. REFERENCIAS

- ALLENBY, B. R., “Are new technologies undermining the laws of war?”, *Bulletin of the Atomic Scientists*, vol.70, nº.1, 2014.
- AMOROSO, D. y TAMBURRINI, G., (2022) ¿Ningún avance sobre las armas autónomas? *Politica exterior*, 22 de febrero de 2022.
- ARKIN, R., (2015), “The Case for Banning Killer Robots. Counterpoint”, en: *Communications of the ACM* 58, 12.
- ASARO, P., (2012), “On banning Autonomous Weapons Systems: Human rights, automation and the dehumanisation of lethal decision-making”, *International Review of the Red Cross*, 94, nº. 886.
- AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, F. y GONZÁLEZ MARTÍ, A., (2015) “Las generaciones de guerra. Guerras de segunda y tercera generación” (II), *Boletín Electrónico del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, Documento de Análisis 59/2015.
- AZNAR LAHOZ, J.L., (2020) “La robótica en la guerra del futuro”, *Revista del Instituto español de Estudios Estratégicos*, IEEE, 02/2020.
- BOBBIO, N., (1984) *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa, p.60.
- CALVO PÉREZ, J. L., (2020) “Debate Internacional en torno a los sistemas de armas autónomos letales. Consideraciones tecnológicas, jurídicas y éticas”, *op.cit.*, p. 466.
- CALVO PÉREZ, J.L., (2020), “Debate internacional en torno a los sistemas de armas autónomos letales. Consideraciones tecnológicas, jurídicas y éticas Autores”, *Revista general de marina*, vol. 278, pp. 457-469.
- CAMPIONE, R., (2022) “Desafíos Iusfilosóficos de las Armas Autónomas”, *Inteligencia artificial y Filosofía del derecho* LLANO ALONSO, F. H., (dir.), / coord. GARRIDO MARTÍN, J., VALDIVIA GIMÉNEZ, R. D., pp.263-284.
- CARRILLO SANTARELLI, N., (2019), “La humanización de los usos y desarrollos tecnológicos a través de interacciones con el Derecho Internacional” *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, Vol. 5, nº. 1, p. 191.
- CASSESE, A., (2000), “The Martens Clause: half a loaf or simply a pie in the sky?” *European Journal of International Law*, vol.11, nº.1, pp.189-191. (Disponible en <http://www.ejil.org/pdfs/11/1/511.pdf>; (última consulta 18/04/2023).

- DE SALAS CLAVER, J., (2019), “De la flecha al ratón. Consideraciones jurídicas de las operaciones ofensivas en el ciberespacio”, *Cuadernos de estrategia*, nº. 201.
- DINSTEIN, Y. (2012), “The principle of distinction and cyber war in International Armed Conflicts”, *Journal of Conflict and Security Law*, 17, nº. 2, 2012.
- ETZIONI, A. y ETZIONI, O., (2017), “Los pros y los contras de los sistemas de armamento autónomos”, *MILITARY REVIEW*, Cuarto Trimestre.
- FOJÓN, E., (2019) “Desarrollos tecnológicos militares frente a nuevos conceptos operativos”, *Real Instituto Elcano* 86/2019 – 25 julio.
- FOJÓN, E., (2020), “La era digital y la evolución del carácter de la guerra en Occidente”, *Revista del Instituto español de Estudios Estratégicos*, IEEE, 49/2020 p.2.
- FOY, J., “Autonomous weapons systems: taking the human out of International Humanitarian Law”, *Dalhousie Journal of Legal Studies*, vol.23, 2014.
- GEISS, R. (2016), “Autonomous Weapons Systems: Risk Management and State Responsibility”. Comunicación ante la Conferencia de desarme en la reunión informal de expertos gubernamentales sobre sistemas de armas autónomos letales. Ginebra.
- GOOSE, S., (2015), “The Case for Banning Killer Robots. Point”, en: *Communications of the ACM* 58, 12, 43-45.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., (2005), *El hecho ilícito internacional*, Madrid: Dykinson.
- HENCKAERTS, J. M., (2010), “Desarrollo del derecho internacional humanitario y la continua pertinencia de la costumbre”. *Anuario. Mexicano de Derecho Internacional*, vol.10, Ciudad de México.
- HERNÁNDEZ CAMPOS, A., (2000), 1 “El derecho de los conflictos armados no internacionales: una visión introductoria”, *Agenda Internacional*, vol. 7, nº.14.
- HURTADO GRANADA, M. I. (2017), “Los límites del DIH a las armas autónomas”. *Revista Científica General José María Córdoba*. Vol. 15, nº. 20, julio-diciembre, pp. 85-100.
- JIMÉEZ-SEGOVIA, R., (2019), “Los sistemas de armas autónomos en la Convención sobre ciertas armas convencionales: Sombras legales y éticas de una autonomía ¿bajo el control humano?” *La Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*.

- KASTAN, B., “Autonomous Weapons Systems: A coming legal ‘singularity’”, *Journal of Law, Technology & Policy*, 2013, n.º. 1, pp. 61-62, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2037808>, (última consulta 22/04/2023).
- La amenaza de las armas enteramente autónomas*, disponible en <https://www.stopkillerrobots.org/learn/?lang=es> (última consulta: 15/04/2023).
- La amenaza de los robots asesinos*, <https://es.unesco.org/courier/2018-3/amenaza-robots-asesinos> (última consulta: 10/04/2023).
- LÓPEZ DÍAZ, P., (2009), “Principios Fundamentales del Derecho Internacional Humanitario”, *revista marina*, 3/2009.
- LÓPEZ-CASAMAYOR JUSTICIA, A., (2019), “Armas letales autónomas a la luz del derecho internacional humanitario: legitimidad y responsabilidad”, *Cuadernos de estrategia*, n.º. 201, pp. 177-213.
- MADRID MORENO, J. A., (2022), “El derecho internacional humanitario frente al desafío de las armas autónomas”, *Anuario Iberoamericano sobre Derecho Internacional Humanitario*, 3 pp. 49-84.
- MANGAS MARTÍN, A., (1990) *Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario*, Ed Universidad de Salamanca.
- MERON, T., (2000), “The Martens Clause, principles of humanity, and dictates of public conscience”, *American Journal of International Law*, vol.94, n.º.1, p.78. (Disponible en [https://www.researchgate.net/publication/269896928\\_The\\_Martens\\_Clause\\_Principles\\_of\\_Humanity\\_and\\_Dictates\\_of\\_Public\\_Conscience](https://www.researchgate.net/publication/269896928_The_Martens_Clause_Principles_of_Humanity_and_Dictates_of_Public_Conscience);( última consulta 20/04/2023)
- MULL, N. W., (2017) “The Roboticization of Warfare with Lethal Autonomous Weapon Systems (Laws): Mandate of Humanity or Threat to It?”. *Houston Journal of International Law, Forthcoming*. p.465.
- OBREGÓN FERNÁNDEZ, R., LAZCOZ MORATINOS, G., (2021) “La supervisión humana de los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo. Aportaciones desde el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de la Unión Europea” *REEI*, n.º. 42.
- PONTI, C., (2015), “The Crime of Indiscriminate Attack and Unlawful Conventional Weapons: The Legacy of the Icty Jurisprudence”, *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, vol. 6, n.º. 1, 2015.
- PORCELLI, A. M., (2021), “La inteligencia artificial aplicada a la robótica en los conflictos armados. Debates sobre los sistemas de armas letales autónomas y la (in)suficiencia de los estándares del derecho internacional humanitario”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 23, n.º. 1.

- Robots asesinos: se debe negociar el tratado en un nuevo foro, (2022), <https://www.hrw.org/es/news/2022/11/10/robots-asesinos-se-debe-negociar-el-tratado-en-un-nuevo-foro>
- ROFF, H. M., (2014), “The Strategic Robot Problem: Lethal Autonomous Weapons in War”, *Journal of Military Ethics*, vol.13, nº.3.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J., (2016), “La difícil adaptación del Derecho Internacional de los conflictos Armados ante la evolución de los sistemas de armas autónomos”, *Armas y Cuerpos* nº 131.
- SHARKEY, N. E., (2007), “Automated killers and the computing profession”, *Computer*, 40, nº. 11, Disponible: <http://www.computer.org>; (última consulta 21/04/2023).
- SHARKEY, Noel E. (2008), “Grounds for discrimination: Autonomous Robot Weapons”, *RUSI Defence Systems*, pp. 86-89, disponible en <http://www.rusi.org/downloads/assets/23sharkey.pdf>; (última consulta 20/04/2023).
- SPARROW, R., (2007), “Killer Robots”, *Journal of Applied Philosophy* 24, nro. 1 pp. 62-77.
- TAMBURRINI, G. (2020), *Etica delle macchine. Dilemmi morali per robotica e intelligenza artificiale*, Carocci, Roma.
- TEGMAN, M., (2018), *Vida 3.0. Qué significa ser humano en la era de la inteligencia artificial*, Taurus, Madrid.
- THURNHER, J. S. (2012), “No one at the controls: legal implications of fully autonomous targeting.” *JFQ: Joint Force Quarterly*, vol.67, nº.4.
- VIÑAS MARTÍN, A., (2017), “El rostro cambiante de la guerra”, *Guerra y tecnología interacción desde la Antigüedad al Presente*, en GAJATE BAJO, M., (coord.), GONZÁLEZ PIOTE, L., (coord.) Fundación Ramón Areces.
- WAGNER, M., “The dehumanization of International Humanitarian Law: legal, ethical and political implications of Autonomous Weapon Systems”, pp. 1-60, pp. 28-38, disponible en <http://www.robots.law.miami.edu>; (última consulta 20/04/2023).

## PASADO Y PRESENTE DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO: REFLEXIONES SOBRE LA HISTORIA DE LA VIOLENCIA Y LA CRIMINALIDAD

---

YENNESIT PALACIOS VALENCIA

*Investigadora Posdoctoral María Zambrano  
GIR Derecho de Familia y Derechos Humanos  
Universidad de Valladolid, España*

### 1. INTRODUCCIÓN

Los niveles excepcionalmente altos de violencia estatal o “pública” han sido una característica distintiva de las diecinueve repúblicas latinoamericanas desde la separación de casi todas ellas, hace dos siglos, de las monarquías de España y Portugal (Holden, 2020). No obstante, épocas más recientes demuestran, acorde a la proyección internacional, que América Latina y el Caribe (ALC) ha desarrollado importantes cambios en este sentido y en relación a la reducción de la pobreza y la desigualdad (CEPAL, 2010; CEPAL, 2019); proyectando un panorama más equilibrado en términos de estabilidad financiera.

A la postre, como región ha dado grandes pasos para generar cambios económicos, sociales y políticos muy notables en las últimas décadas (Bértola, & Ocampo, 2016). Hecho que se ha visto afectado, en los dos últimos años, por la proliferación del Covid-19 y sus efectos adversos en la región (CIDH, 2020), desestabilizando todas las actividades, desde las operaciones comerciales, hasta el accionar de pandillas locales y organizaciones criminales transnacionales, aunque al mismo tiempo, se han presentado hechos relevantes, como las significativas reducciones de la violencia en El Salvador, Guatemala, Honduras y Venezuela, que históricamente han sido algunos de los países más violentos (Asmann & Jones, 2021) en el continente americano, lo cual no ha ocurrido en el

caso colombiano, al menos después de la negociación de los Acuerdos de Paz, en La Habana, Cuba.

Coyunturalmente, por tanto, la investigación advierte que, en el caso de ALC, si bien la situación es alarmante en el hemisferio, en lo relativo a los índices de violencia y criminalidad, el caso colombiano es complejo y multifacético por la variedad de participantes en el contexto del conflicto armado y por la mutación de nuevos actores bajo la modalidad de criminalidad organizada. Así, el marco problematizador gira en torno a las siguientes preguntas: ¿En el contexto del conflicto armado cómo se manifiesta la criminalidad en Colombia, quiénes intervienen o quiénes son los participantes, en qué ámbitos se desarrolla y cómo se identifican a esos participantes?

## 2. OBJETIVO

El objetivo, a partir de lo anterior, es desarrollar elementos teóricos y epistemológicos en relación a tres categorías de estudio, esto es, criminalidad, violencia y conflicto armado, lo cual desde del método documental, desarrolla diacrónicamente un estudio contextual sobre la realidad colombiana, sugiriendo que en este escenario los factores de violencia y criminalidad se entrecruzan.

## 3. METODOLOGÍA

El estudio se sustenta, desde un enfoque mixto (cualitativa y cuantitativamente), en la triangulación de datos oficiales de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC); el Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH), Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz (Indepaz) y documentos oficiales de organismos internacionales como la Comisión Económica para América Latina de las Naciones Unidas América y el Caribe (CEPAL) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), entre otras fuentes.

El estudio desarrolla tres premisas básicas: (1) Actualmente en Colombia las formas de la criminalidad tanto urbana como rural, han dado un giro trascendental, lo cual entrecruza la mutación del conflicto armado

con la proliferación de bandas criminales emergentes. (2). Pese a la transformación del conflicto armado y la evolución de los Acuerdos de La Habana, el narcotráfico ha evolucionado como uno de los medios y no de menor importancia, que potencian la criminalidad. (3). La proliferación de las bandas criminales emergentes plantea un problema jurídico por su conformación híbrida y no existe total claridad, en torno a su tratamiento fuera o dentro del conflicto armado.

La conclusión final, en este sentido, es que el escenario colombiano es único en la región y urge un estudio a mayor profundidad sobre las mutaciones de los actores y las implicaciones de sus comportamientos, en un escenario donde los gobernantes continúan dialogando con las FARC en el camino hacia la justicia transicional, pero dejando una sombra de penumbra en relación a las nuevas formas de criminalidad organizada.

## 4. RESULTADOS

### 4.1. APROXIMACIÓN AL CASO COLOMBIANO

Colombia es un país que se enfrenta de manera paralela y difusa al conflicto armado y al narcotráfico, sin embargo, estas dinámicas se entrecruzan con la violencia común y el crimen organizado. Desde tiempo atrás —no solo desde el gobierno del expresidente Álvaro Uribe— la seguridad ciudadana ha sido impulsada legislativamente con la elección de mandatarios o gobernantes “antifarc”, que han desarrollado “mareas legislativas”, o en los términos Carl Schmitt y García de Enterría (1999), una “motorización legislativa” instituida en la idea de lucha contra el “enemigo interno” simbolizado en las guerrillas.

No obstante, es de anotar, que después de los Acuerdos de La Habana (2016), hace poco más de 5 años, se desarrolló un importante avance para el logro de la paz, con políticas de “dejación de armas”, que han involucrado, en un primer momento, a los miembros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC. Se estima, acorde a comprobación internacional, que la relación entre el número de armas por desmovilizados para el caso de las FARC, dio un resultado exitoso (1,3 armas por desmovilizado), pues el promedio más alto había sido

Afganistán, donde se entregaron 0.76 armas por desmovilizado. Cifra, como expresa Bartolomé (2018), no tiene precedentes en los procesos de ese tipo.

Las expectativas, son muy positivas, mientras que en el Caguán, en 1998 (durante el gobierno del expresidente Andrés Pastrana), la paz se “negociaba en medio de la guerra, con una agenda inabarcable, con un equipo negociador de parte de la guerrilla más beligerante que cooperativo” (Sierra, 2015, p. 63), en el 2012, cuando se iniciaron los diálogos en La Habana, la realidad fue otra: un conflicto armado persistente, pero con menor nivel de intensidad, se involucró a las víctimas en un intento de llegar a un consenso entre las partes, acompañado esto, de la comunidad internacional en el proceso.

No obstante, por otra parte, a pesar del Marco Jurídico para la Paz derivado de los Acuerdos de La Habana, una de las preocupaciones procedente de los diálogos entre el Gobierno colombiano y las FARC y entre el Gobierno y el Ejército de Liberación Nacional (ELN), “ha sido la sostenibilidad de un acuerdo de deposición de armas y una desmovilización masiva de combatientes en un contexto social y económico marcado por la presencia de mercados ilícitos y de múltiples incentivos para la criminalidad” (Rettberg, Leiteritz, Nasi, & Prieto, 2018, p. 3).

Lo grave, en este panorama es que la criminalidad ha tenido diferentes manifestaciones y matices, antes, durante, y después, de la oleada del narcotráfico, en los años 80 y 90. Desde la década de los 70 hasta el 2015, por ejemplo, la historicidad del conflicto armado sugiere una variante elevadamente representativa, donde los actores armados eran, relativamente invisibles —a la mutación posterior del conflicto en la década de los 80— que los vinculó directamente con el narcotráfico. Más bien los datos, con creciente protagonismo, apuntan a otra clase de criminalidad, dada la proliferación de las bandas criminales emergentes, diferentes en su *modus operandis* a los tradicionales grupos guerrilleros.

Se suma a lo anterior, que los actores implicados en estas nuevas formas de criminalidad y las consecuencias derivadas de su actuar (extorsión, tráfico de droga, control sobre la tierra, secuestro, asesinatos), junto con los niveles y variaciones han sido distintos y estas variables deben ser

tenidas en cuenta para entender la mutación diacrónica de la criminalidad, en un país con regiones heterogéneas, pero con consecuencias, en la mayoría de los casos, similares.

La criminalidad (Salvatore, 1998), en suma, acorde a los propósitos de este estudio, debe ser entendida, desde su espíritu epistemológico, no solo como el resultado de una acción delictiva, sino el conjunto de **situaciones que convierten ese acto, en criminal**. Así, la cuestión en juego no es simplemente la de derrotar el delito sino la de racionalizar la operatividad de los sistemas que admiten “gestionar” la criminalidad sobre la base de valoraciones de tipo estadístico y actuarial (Pavarini, 2009).

Es de anotar, no obstante que, en el contexto del conflicto armado el fenómeno de la violencia y la criminalidad se entrecruzan, aunque la primera no necesariamente es consecuencia de la segunda, sí que pueden conectarse. El narcotráfico, por ejemplo, es una categoría que ayuda a entender, en parte, la proliferación de las bandas criminales (Massé, 2011) emergentes, también conocidas como las Bacrim, en el argot popular.

El marco descrito, entonces, permite reflexionar que la criminalidad es un fenómeno que acompaña las distintas manifestaciones de violencia en Colombia. Aquella, como expresa Uribe (1990), no constituye un evento patológico, exógeno o ajeno al devenir de las sociedades o a su existencia colectiva; por el contrario, es un fenómeno que acompaña el desenvolvimiento de las relaciones sociales en su más amplio espectro.

## 5. DISCUSIÓN

### 5.1. PROBLEMA JURÍDICO RELATIVO LAS BANDAS CRIMINALES EMERGENTES

Para responder a las preguntas descritas, en el epígrafe anterior, es necesario contextualizar, en un primer momento, que los fenómenos de la violencia en Colombia son algo más que coyunturales; constituyen un eje perviviente en la historia del país. De allí la necesidad de abordarlos no sólo a la luz de la crisis actual, sino también desde una perspectiva diacrónica, tal como ha sugerido Uribe (1990, p. 4), pues es allí, insiste

la autora, donde puede encontrarse una alternativa interpretativa que dé cuenta de la especificidad del fenómeno.

Al respecto, debe resaltarse que los altos índices de violencia, en particular, desde finales de los años setenta, han sido aún más notorios cuando el narcotráfico se convirtió en una importante fuente de delincuencia y la violencia se expandió más allá de las fronteras locales (Echeverry-Garzón & Partow, 1997), razón por la cual, las regiones del país han considerado el surgimiento del tráfico de cocaína como un fenómeno extrarregional que incluye el auge de la *narcoinsurgencia*.

En términos generales, a lo largo de la historia el narcotráfico ha evolucionado como uno de los medios, y no de menor importancia, que potencian la criminalidad, junto con otras muchas modalidades de comercio ilegal (de armas, de productos robados o falsificados, de bienes importados o exportados ilícitamente, de personas y órganos), robo, extorsión, agresión y asesinato, explotación laboral o sexual, secuestro, fraudes y estafas (De la Corte, 2011). La criminalidad, en este contexto, implicaría también, la actuación coordinada de un grupo de personas, empero, la criminalización de algunos actores armados puede llegar a generar su conversión en agrupaciones híbridas, aunque estén totalmente despolitizadas.

Si bien, las FARC-EP no son la única organización guerrillera que realizó actividades armadas en contra del Estado a partir de la década de los sesenta, sí lograron convertirse en la principal fuerza subversiva dentro del conflicto armado interno y tuvieron una notable expansión territorial desde la década de los ochenta (Melamed, 2018, p. 57), por la propagación de las guerrillas con la industria del narcotráfico y con el secuestro de civiles con fines económicos. Circunstancia que hace cada vez más borrosa la línea divisoria entre la violencia política y la criminalidad (Montenegro & Posada, 1994).

A partir de entonces, como plantea Melamed (2018), se torna evidente la adopción e implementación de una paulatina estrategia de expansión territorial y vínculo indirecto con el narcotráfico a través de la figura del gramaje, esto es, financiación con los derechos por gramo de coca procesada que cobraban a los narcotraficantes (Martínez, 2001).

Si bien, aunque el auge del narcotráfico fue lo que permitió afianzar de manera sólida la presencia guerrillera en las regiones de cultivo, beneficiarse de las redes de tráfico de armas por droga y multiplicarse con nuevos frentes en otros lugares de expansión guerrillera, debe, al respecto, hacerse algunas precisiones, pues como expresa Pécaut (2008), el *ethos* campesinista de las FARC ha tenido sin duda que reorientarse en función de las mutaciones relativas del mundo rural y de esta manera la separación con respecto al mundo urbano se ha mitigado.

Ahora bien, agravando y ampliando la magnitud de la criminalidad en Colombia, el surgimiento de las bandas criminales emergentes, permite agregar otros elementos para el análisis, pues después de la desmovilización de más de 36.000 paramilitares (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2015), al amparo de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), el panorama se ha tornado un poco más ambiguo y complejo, paralelamente.

En tal sentido, “aún falta claridad sobre su naturaleza, sus motivaciones y su forma de actuar, para establecer los riesgos que representan y la estrategia para combatirlas” (Massé, 2011, p. 42), pues mientras el gobierno las ha calificado como “bandas criminales” dedicadas al servicio del narcotráfico y la extorsión, las organizaciones de la sociedad civil las han llamado “neoparamilitares” (Granada, Restrepo, & Tobón, 2009; Guerra, 2016; Ávila, 2018, Arias, 2011; “tercera generación de paramilitares” (Massé, 2011) o, simplemente, “paramilitares”.

Al respecto, investigaciones del Centro Nacional de Memoria histórica, arrojan que si de los 36.000 paramilitares desmovilizados de las Autodefensas Unidas de Colombia – AUC, se descontaban aquellos muertos, capturados y condenados, más los que estaban ante la jurisdicción de Justicia y Paz, el panorama sería el siguiente:

Quedaban unos 26.000. De ellos, 16.000 entraron al programa de reintegración que maneja la Agencia Colombiana para la Reintegración y firmaron el acta de compromiso en el marco de la Ley 1424, pero, sobre cerca de diez mil no se conocía su paradero ni su situación: de 6.400 el gobierno sabe quiénes son, pero no entraron al programa, y hay 4.000 que nunca ingresaron (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2015, 221).

Las cifras citadas no son el único problema, sino la ambigüedad y la multiplicidad de los términos utilizados, pues reflejan cierta dificultad para describir el fenómeno, entender cómo se manifiesta, quiénes son los protagonistas y en qué ámbitos se desarrollan. A la par, la discusión no es puramente semántica, pues tiene imprecisos alcances desde el plano jurídico-político, pues de su caracterización o no, como banda criminal o grupo armado “dependen las entidades encargadas de combatir las. El debate sobre el carácter político de las autodefensas y de los nuevos grupos ha tenido también implicaciones sobre cómo definir legalmente a estos grupos con base en los estándares legales, nacionales e internacionales” (Massé, 2011, p. 42).

En un primer punto, si se parte de lo establecido en la ley 1908 de 2018 (Julio 9), los Grupos Armados Organizados (GAO), son “aquellos que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte del territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas (art. 2). Específicamente, para identificar si se está frente a un Grupo Armado Organizado se tendrían en cuenta los siguientes elementos concurrentes:

Que use la violencia armada contra la Fuerza Pública u otras instituciones del Estado; la población civil; bienes civiles, o contra otros grupos armados.

Que tenga la capacidad de generar un nivel de violencia armada que supere el de los disturbios y tensiones internas.

Que tenga una organización y un mando que ejerza liderazgo o dirección sobre sus miembros, que le permitan usar la violencia contra la población civil, bienes civiles o la Fuerza Pública, en áreas del territorio nacional (ley 1908 de 2018, art. 2).

La misma ley establece que será un Grupo Delictivo Organizado (GDO): “El grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves (...), con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material” (art. 2). No obstante, algunos expertos consideran la anterior definición como demasiado laxa y recomiendan restringir el uso del concepto de crimen organizado para designar agrupaciones delictivas de máxima entidad,

complejidad y durabilidad y con mayor impacto social y económico (De la Corte, 2011).

- Al respecto, una organización con estructura jerárquica debe presentar, según la doctrina especializada, una cadena de mando lineal. La cual se identifica, acudiendo a Granada, Tobón, & Restrepo (2009), por la existencia de una cabeza visible, mayor tendencia hacia la disciplina militar y uniformidad en sus miembros (v.g. uso de distintivos o uniformes). Mientras que una organización con estructura híbrida cuenta con una cadena de mando no lineal y conformada por federaciones de grupos que responden directamente a un mando central, aunque conservan una relativa autonomía. Además, pueden reconocerse porque tienen varias cabezas visibles y se distribuyen en el territorio de tal forma que cada estructura actúa de modo independiente, pero con objetivos comunes (Granada, Tobón García, & Restrepo, 2009, p. 475).

En este escenario, datos actualizados sobre un informe del Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz - Indepaz (2020) relativos a grupos Narcoparamilitares, para el segundo semestre de 2018 y el año 2019 y Grupos Post Farc-EP, permite observar la evaluación sobre las dinámicas de los grupos y el riesgo de las poblaciones a las que aqueja este fenómeno, visibilizando un reacomodo armado que agudizó la violencia, principalmente en zonas de los departamentos de Antioquia, Bolívar, Caquetá, Cauca, Chocó, Córdoba, Guaviare, Meta, Norte de Santander, Putumayo y Valle.

En este escenario las organizaciones que en Colombia aparecen como principales protagonistas son “los “Urabeños” (Clan Úsuga, Autodefensas Gaitanistas de Colombia o Clan del Golfo) y los “Rastrojos”, mientras que el resto de agrupaciones con alguna actividad considerable (Bloque Meta, Libertadores del Vichada, Machos, Coordillera, etc.), quienes en muchas ocasiones, son el resultado de pugnas internas, arreglos territoriales y padrinzago proveniente de organizaciones más relevantes y reducen su accionar a la esfera local” (Guerra, 2016, p. 26). Si bien, en el año 2007 se señalaba la presencia de 34 agrupaciones, las

investigaciones indican un paulatino proceso de concentración de recursos, integrantes y territorios controlados por las dos organizaciones principales, lo que ha desembocado en nuevas dinámicas y acciones de fuerza (2016, p. 26).

Al respecto, aunque para gobiernos anteriores (2002-2021), las organizaciones paramilitares ya no existían por los procesos de desmovilización, desarme y reinserción, asumiendo que se presentaba un fenómeno nuevo de Bandas Criminales (Bacrim), no se dimensionó la magnitud del fenómeno del narcoparamilitarismo, demostrando, según datos contrastados que, “entre 2014 -2015, estas organizaciones han hecho presencia en 338 municipios, en especial en la Costa Caribe y Cesar, Pacífico y en la Orinoquía” (Indepaz, 2015).

Ahora bien, en términos de criminalidad cabe preguntarse, qué implicaciones ha tenido para un país como Colombia, la proliferación de este neoparamilitarismo. Datos relevantes confirman, por una parte, un desvío “hacia el predominio de intereses económicos en la conducta de la mayoría de los actores ilegales, especialmente paramilitares, narcotraficantes y mafias organizadas, sin que la guerrilla sea la excepción en todos los casos” (Velásquez, 2009); (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2015, p. 234).

En suma, las Barcrim delinquen, bajo tres comportamientos típicos delictuales: el más preocupante, el sicariato, el segundo, el narcotráfico y el tercero, la micro-extorsión, pues están buscando, esencialmente, fuentes de financiación y aunque no están uniformados y no ejercen control territorial, si ejercen intimidación ( El Tiempo, 2010), en la población civil y el miedo, en este contexto, es una categoría que puede propiciar en la agenda pública, una relativa marea legislativa frente al tema.

## 6. CONCLUSIONES

El estudio arroja, con suficiente claridad, que el panorama de ALC frente a la criminalidad es persistente y complejo. Pese a esto, “la historia del crimen y la justicia en América Latina muestra algunos apuntes prometedores en este momento: nuevos resultados de investigación, múltiples metodologías y perspectivas, y la concreción, en buenas

historias narrativas, de conceptos debatidos durante décadas” (Salvatore, 1998, p. 7). Para el caso de Colombia, de manera particular y diferenciada, el panorama es preocupante porque pervive una situación única y ambivalente en el continente.

A la par, queda demostrado que para la superación del fenómeno de violencia en la región ante lo multifacético y a veces incompresible en cuanto a su dimensión (esfera pública como privada), es necesario un estudio a profundidad diacrónico, para entender sus variaciones y persistencia, con miras a desarrollar políticas que, en esencia, no se centren únicamente en la ocurrencia sino en el todo (protagonistas, afectaciones, persistencia, calidad de vida, índices de pobreza, etc.).

Dado que el contexto del conflicto armado, pese a los Acuerdos de La Habana, Colombia refleja una mutación entre los participantes, ubicando a otros protagonistas, mismo que, jurídicamente, actúan en una zona de penumbra, ante la falta de claridad sobre qué tratamiento corresponde a las bandas criminales emergentes en, o por fuera, del conflicto armado.

La mutación del conflicto, pese a su menor nivel de intensidad, refuerza la idea en relación a que el narcotráfico, la extorsión, el tráfico ilegal de armas, entre otros factores descritos, son unas de las tantas fuentes de criminalidad, que sostienen a un sector importante en la economía del narcotráfico, por ello, entonces, nos enfrentamos al auge de la narcosurgencia.

Las cifras estudiadas, por otra parte, no son el único problema, sino la ambigüedad y la multiplicidad de los términos utilizados, en el caso colombiano, a la hora de situar el análisis en el neoparamilitarismo. Lo cierto es, que se vive una nueva época de expansión de grupos diferentes a los bandos tradicionalmente enfrentados, en circunstancias donde la criminalidad avanza y hay cierta dificultad no solo para describir el fenómeno, sino para entender cómo se manifiesta, quiénes son los protagonistas y en qué ámbitos se desarrolla.

En suma, la discusión traspasa la idea de criminología de la vida, pues las variables del caso colombiano deben permitir un estudio a mayor profundidad de las mutaciones de los actores y las implicaciones de sus

comportamientos, en un escenario donde los gobernantes continúan dialogando con las FARC en el camino hacia la justicia transicional, pero dejando una sombra de penumbra en relación a los nuevos protagonistas en un escenario de acuerdos de paz, pero con nuevas formas de criminalidad, donde es necesario desentrañar el conflicto para entenderlo y por fin terminarlo.

## 7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Este estudio es resultado parcial del proyecto de investigación: “Problemas actuales de la justicia transicional y el sistema de responsabilidad penal internacional: Estudio sobre las víctimas de violaciones de derechos humanos en el conflicto armado colombiano”, como parte del Programa Posdoctoral para la atracción de talento internacional “María Zambrano”, vinculado al Grupo de Investigación Derecho de la familia y Derechos Humanos, de la Universidad de Valladolid.

## 8. REFERENCIAS

- Alape, A. (2019). El bogotazo: memorias del olvido: Visión comunista acerca del asesinato de Jorge Eliécer Gaitán (Vol. 134). New York: LAVP.
- Arias, A. (2011). Neoparamilitares – Bacrim: Acciones de Interferencia para las Elecciones Locales de 2011, Mapas y factores de riesgo electoral: elecciones locales y regionales, Grupo técnico mapas de riesgo electoral, MOE. 250-255.  
[https://moe.org.co/home/doc/moe\\_mre/2011/mre2011/14\\_NeoparamilitaresBacrim.pdf](https://moe.org.co/home/doc/moe_mre/2011/mre2011/14_NeoparamilitaresBacrim.pdf).
- Asmann, P., & Jones, K. (29 de Enero de 2021). Balance de InSight Crime de los homicidios en 2020. InSight Crime.  
<https://es.insightcrime.org/noticias/analisis/balance-insight-crime-homicidios-2020/>.
- Ávila, A. F. (2018). Paramilitares, neoparamilitares y grupos privados de seguridad ilegal. Vanguardia dossier(68), 40-45.
- Bértola, L., & Ocampo, J. (2016). América latina. En J. Baten (Ed.), A History of the Global Economy: 1500 to the Present, pp. 121–166. Cambridge: Cambridge University Press.  
<http://doi.org/10.1017/CBO9781316221839.005>.

- Bartolome, M. C. (2018). *Violencia y criminalidad en Colombia, un año después. Anuario en Relaciones Internacionales*, 1-4.
- Benito Sanchez, D. (2020). *Evidencia empírica y populismo punitivo: el diseño de la política criminal*. Barcelona: Bosch.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2014). *Guerrilla y población civil. Trayectoria de las FARC 1949-2013*. Bogotá: CNMH.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2015). *Desmovilización y reintegración paramilitar. Panorama posacuerdos con las AUC*. Bogotá: CNMH.
- CEPAL. (2010). *El Progreso de América Latina y el Caribe hacia los objetivos de desarrollo del milenio. Desafíos para lograrlos con igualdad*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.  
[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2977/1/S2010622\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2977/1/S2010622_es.pdf)
- CEPAL. (2019). *Panorama Social de América Latina 2018*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- CEPAL. (2019). *Panorama Social de América Latina, 2018*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- CIDH. (2020). *Pandemia y derechos humanos en las Américas. Resolución No. 1*. Washington: OEA.
- Costa, G. (Diciembre de 2012). *La Situación de la Seguridad Ciudadana en América Latina. Aportes Andinos. Revista electrónica de derechos humanos*(31), 1-11.
- De la Corte, I. L. (Enero/febrero de 2011). *Criminalidad organizada y conflictos armados. Revista Ejército (Ministerio de Defensa)*(838), 18-26.
- Echeverry-Garzón, J. C., & Partow, Z. (1997). *Why Justice is Unresponsive to Crime: The Case of Cocaine in Colombia?* (B. d. República, Ed.) *Borradores de Economía*, 1-26. doi:<https://doi.org/10.32468/be.87>.
- El Tiempo. (18 de Diciembre de 2010). *Bandas emergentes: 10 mil capturas desde el 2007 y siguen vivas*.  
<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-8630728>.
- García de Enterría, E. (1999). *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas.
- Granada, S., Restrepo, J., & Tobón, A. (2009). *Neoparamilitarismo en Colombia: una herramienta conceptual para la interpretación de dinámicas recientes del conflicto armado colombiano. Guerra y violencias en Colombia: herramientas e interpretaciones*. En J. Restrepo, & D. Aponte (Edits.), *Guerra y violencias en Colombia: herramientas e interpretaciones* (págs. 467-500). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas.

- Guerra, J. (2016). Guerra Castañeda, J. (2016). Neoparamilitarismo en Colombia: criminalidad, acumulación de capital y control social. *Mundo siglo XXI, Revista del CIECAS-IPN, XII(40)*, 25-41.
- Heinemann, A., & Verner, D. (2006). Crime and violence in development: a literature review of Latin America and the Caribbean. Policy, Research Working Paper.  
<http://documents.worldbank.org/curated/en/813051468017075350/Crime-and-violence-in-development-a-literature-review-of-Latin-America-and-the-Caribbean>.
- Hilgers, T. & Macdonald, L. (Eds.). (2017). *Violence in Latin America and the Caribbean: Subnational Structures, Institutions, and Clientelistic Networks*. Cambridge: Cambridge University Press, doi:10.1017/9781108140553.
- Instituto de Estudios Para el Desarrollo y la Paz (2020). Informe sobre presencia de grupos armados en Colombia. Actualización 2018-2 y 2019, Bogotá.  
<http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2020/11/INFORME-GRUPOS-ARMADOS-2020-OCTUBRE.pdf>.
- Instituto de Estudios Para el Desarrollo y la Paz. (2015). X informe sobre grupos narcoparamilitares. Bogotá: Estudios para el Desarrollo y la Paz.  
<http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2017/02/11-Informe-2015.pdf>
- Martínez, A. (2001). Economía crimen y conflicto. En: Martínez, A. (ed.), *Economía, crimen y conflicto*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Económicas, pp. 9-40.
- Massé, F. (2011). ¿Bandas criminales o neoparamilitares? *Foreign Affairs Latinoamérica, 11(2)*, 42-49.
- Melamed, J. D. (2018). *Transformación de la violencia y la criminalidad en Colombia: el caso de las FARC-EP*. Barranquilla, Colombia: Universidad del Norte.
- Montenegro, A., & Posada, C. E. (1994). Criminalidad en Colombia. (B. d. República, Ed.) *Serie Borradores de Economía(4)*, 1-50.  
 doi:<https://doi.org/10.32468/be.4>
- Pavarini, M. (2009). *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad (Vol. 8)*. Quito: Flasco.
- Pécaut, D. (2008). Las FARC: Fuentes de su longevidad y de la conservación de su cohesión. *Análisis Político, 21(63)*, 22-50.  
<http://www.scielo.org.co/pdf/anpol/v21n63/v21n63a02.pdf>.

- PNUD. (2013). Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014 Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina. Nueva York: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
- Salvatore, R. (1998). Criminal justice history in Latin America: promising notes. *Crime, Histoire & Sociétés/Crime, History & Societies*, 2(2), 5-14.  
doi:<https://doi.org/10.4000/chs.960>
- Sierra, J. (2015). Del Caguán a La Habana. Los diálogos de paz con las FARC en Colombia: una cuestión de correlación de fuerzas. *RESI: Revista de estudios en seguridad internacional*, 1(1), 63-83.
- Uribe, M. T. (1990). Los destiempos y los desencuentros: una perspectiva para mirar la violencia en Colombia. *Rev. U. deA*, 59(220), 4-17.  
<https://core.ac.uk/download/pdf/286649799.pdf>.
- Velásquez, F. (2009). Las otras caras del poder. Territorio, conflicto y gestión pública en municipios colombianos. (Fundación Foro, Ed.), Bogotá.

## LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD COMO CONSECUENCIA JURÍDICA DEL DELITO EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

---

CECILIA CUERVO NIETO  
*Universidad de Salamanca*

### 1. INTRODUCCIÓN

Modernamente, el delito puede definirse como aquella acción típica, antijurídica y culpable

Es decir, para que en un sentido técnico jurídico pueda hablarse en puridad de delito, debe tratarse en primer lugar de un comportamiento humano- la llamada un tanto equívocamente acción en un sentido muy causalista y naturalista-, en el sentido de dirigido y controlado por la voluntad (ya sea activo u omisivo) no estando incurrido por tanto en causas de exclusión de la acción (tales como la fuerza irresistible o los estados de plena inconsciencia) y que provoca un resultado.

Asimismo, ese comportamiento debe ser penalmente típico, a los efectos de que debe estar previsto expresamente por el legislador en la ley penal, como única fuente válida habilitante para crear normas penales en el modelo penal español (claramente enmarcado en el sistema jurídico continental del *Civil Law* y en la corriente eminentemente positivista basada en el carácter escrito de la norma jurídica, frente al modelo anglosajón del *Common Law* de carácter interpretativo y jurisprudencial que carece de códigos penales escritos) por mor del principio de legalidad y seguridad jurídica.

Además, el comportamiento en cuestión debe ser antijurídico, en el sentido de estar prohibido por el ordenamiento jurídico, en tanto que contraviene al mismo- este sería el concepto propio de la antijuridicidad formal, entendida como la contraposición entre la conducta del sujeto y

el ordenamiento jurídico concebido a su conjunto- al tiempo que también lesiona un bien jurídico protegido- en cuyo caso sería el ámbito propio de la antijuridicidad material que implica ya la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico-.

Finalmente, ese comportamiento habrá de ser personalmente imputable, en el sentido de ser plenamente atribuible, a su autor a título de dolo o culpa- ya que no existe responsabilidad penal ante casos fortuitos o meras fatalidades-, debiendo el autor del hecho, quien realiza el comportamiento, ser motivable ante el mandato (de actuar en los delitos omisivos o de no actuar en los delitos de acción) inherente a toda norma penal.

Precisamente, vinculado íntimamente al concepto de la imputabilidad o posibilidad de atribución de la responsabilidad penal, se encuentra la materia objeto de análisis en este trabajo.

Es decir, las penas, al igual que las medidas de seguridad, forman parte no ya del propio hecho delictivo, sino por el contrario, de la reacción, de la respuesta articulada al mismo. Por ello, es importante tener en cuenta que, pese a que la pena canaliza y articula la gran mayoría de la intervención penal del Estado de Derecho, el ejercicio monopolístico-salvo el supuesto excepcionalísimo de la legítima defensa ex. art. 20. 4 CP- del *Ius Puniendi* estatal no se agota ni se consume en su totalidad en la sola imposición de las penas.

Por el contrario, el sistema jurídico-penal español es evidentemente de naturaleza dualista en cuanto a las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de un hecho delictivo. A tal efecto, el Código Penal español actualmente vigente, y que data de 1995- el que fuera llamado “Código Penal de la democracia”, en tanto que fue el primero, y hasta ahora único, código penal de nueva planta promulgado *ex novo* en España tras la muerte de Franco -acoge sin asomo de dudas un sistema penal dualista que articula y hace descansar la intervención punitiva estatal en dos instituciones necesariamente diferentes aunque evidentemente complementarias en tanto que se derivan ambas de un hecho común, cual es la comisión de delito; las penas y las medidas de seguridad.

De esta manera, la comisión de un hecho típico y antijurídico llevará consigo la imposición de una pena o de una medida de seguridad en

función de que en ese hecho típico y antijurídico realizado concurra o no el último elemento señalado, la culpabilidad.

A tal efecto, el estudio de las medidas de seguridad requiere un notable conocimiento de las diferentes categorías dogmáticas de la Teoría Jurídica del Delito, toda vez que es precisamente en el ámbito propio de las medidas de seguridad donde más se agudizan o se evidencian las diferencias entre unas y otras, hasta el punto de que una persona puede cometer un hecho típico y antijurídico y, sin embargo, no ser penalmente culpable ( en un sentido dogmático *strictu sensu*) del mismo, por mor de la concurrencia en él de una circunstancia eximente de la responsabilidad penal, en los términos que luego se expondrán.

## 2. OBJETIVOS

- Puesto que, como ya se ha apuntado, el modelo penal español es de corte dualista es imperativo poder distinguir entre las dos clases de consecuencias jurídicas del delito que existen en el Derecho Penal español.
- De esta manera, para poder delimitar penas y medidas es fundamental conocer las medidas de seguridad. Es decir, se pretende presentar aquí unas nociones generales acerca del concepto de las medidas de seguridad, su fundamento, sus clases y por supuesto, su origen y nacimiento.
- Teniendo ya esas nociones, será mucho más sencillo conocer cuándo se recurre a las penas y cuándo a las medidas, y ello aun cuando, como se verá, no existe un régimen jurídico propio de las medidas de seguridad, privativo de esta institución, sino que, desgraciadamente, nuestro legislador ha optado por una suerte de trasmutación o asimilación automática de las categorías propias de las penas al ámbito de las medidas, ignorando en ocasiones las singularidades propias de éstas.

### 3. METODOLOGÍA

Para poder abordar el estudio propuesto y cumplir con los objetivos señalados, es preciso, como corresponde a todo trabajo de naturaleza jurídica, realizar un estudio exhaustivo de las normas que regulan la institución o figura objeto de análisis.

En el presente caso, es necesario proceder al análisis y comprensión del régimen jurídico en materia de medidas de seguridad.

A tal efecto, en España la normativa en materia de medidas se encuentra fundamentalmente contenida en el Código Penal de 1995 (aprobado en virtud de la LO 10/1995 de 23 de noviembre), que presenta, a diferencia de la mayoría de países de nuestro entorno jurídico, una clara vocación omincompreensiva y de exhaustividad, con un muy escaso espacio para la vigencia de leyes especiales en la materia penal.

De hecho, tan solo existen leyes penales especiales respecto de materias muy específicas, tales como la represión del contrabando, la responsabilidad penal de los menores, la protección penal del jurado o las infracciones penales en materia electoral- leyes estas respecto de las cuales el CP tiene además un carácter supletorio en todo lo no previsto expresamente en ellas, y con la salvedad de la disposiciones del Título Preliminar del CP que son en todo caso aplicables a cualesquiera leyes especiales de conformidad con el art. 9 CP- sin perjuicio de la existencia además de un Código Penal Militar.

En este sentido, el grueso del régimen jurídico de las medidas de seguridad se encuentra desarrollado en el Título IV- *De las medidas de seguridad*- del Libro I del CP- *Disposiciones Generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal*-, concretamente en los artículos 95 a 108 respectivamente, ambos incluidos.

No obstante, es importante tener en cuenta las expresas referencias que al efecto se contienen en el propio Título Preliminar del Código Penal, en materia fundamentalmente de garantías derivadas del principio de legalidad penal- art. 1.2; art. 2.1; art. 3.1; art.3.2, respectivamente- sin

perjuicio del capital por su importancia artículo 6 CP, verdadera clave de bóveda en la vigente construcción jurídica de las medidas de seguridad.

A tal efecto, el citado art. 6 señala lo siguiente:

1.Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.

2.Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

Pues bien, partiendo del análisis de los citados preceptos, a continuación se hace necesario acudir a la fuente jurídica máxima de nuestro ordenamiento jurídico, la norma de las normas, que no es otra que la Carta Magna. En este sentido, la Constitución Española de 1978 contiene dispersos a lo largo de su articulado, especialmente en su Título Primero- *De los Derechos y Deberes Fundamentales*- una serie de preceptos relativos al ámbito penal, que han recibido la acertada calificación por parte de la doctrina del Programa penal de la Constitución.

Es decir, aunque no existe ninguna rúbrica expresa en el texto constitucional relativa al Derecho Penal- mientras que sí existen Títulos expresamente relativos a cuestiones tales como el Poder Judicial, Título VI, la Administración Pública, Título IV o la Corona, Título II, respectivamente – ello no implica en modo alguno que el Constituyente olvidara una materia tan sensible y relevante como la penal.

De esta manera, la Constitución Española incorpora una serie de preceptos de los que se derivan claros mandatos y orientaciones que limitan y condicionan sensiblemente la elaboración por el legislador de las diferentes políticas criminales.

A tal efecto, baste apuntar, entre otros preceptos constitucionales, los siguientes; el art. 25- clave en materia de resocialización al contener su apartado segundo un mandato tan expreso como imperativo para la orientación resocializadora de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad, amén del principio de legalidad penal consagrado en su apartado primero- el art. 9.3 -que consagra los principios de

legalidad, seguridad jurídica e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras- el art. 10.1- que configura el respeto a la dignidad humana como elemento nuclear e inspirador de toda intervención pública- o el propio art. 15- que categoriza el derecho fundamental a la vida como el primero de los derechos-

Asimismo, y con un carácter ya más secundario respecto del tema propio de esta investigación, podrían citarse los art. 24- en materia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva- o el art. 117- cuyo apartado tercero reconoce expresamente el principio de exclusividad jurisdiccional, con arreglo al cual corresponde exclusivamente a los Jueces y Magistrados el ejercicio de la potestad jurisdiccional consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado- directamente conectado este último con la garantía jurisdiccional prevista en el art. 3.1 del Código Penal, con arreglo a la cual tanto las penas como las medidas de seguridad solo pueden imponerse en virtud de una sentencia judicial firme (quedando de todo punto excluida la posibilidad de intervención a tal efecto de la Administración Pública, que en ningún caso podrá imponer una medida de seguridad).

Partiendo ya de esta base estrictamente normativa, derivada fundamentalmente del Código Penal y de la Constitución, es necesario acudir a otras dos fuentes secundarias, cuales son la doctrina y la jurisprudencia.

Es decir, son fuentes secundarias en tanto que no encierran en sí mismas en puridad auténticas normas jurídicas. Esto es, ni la jurisprudencia ni la doctrina son capaces en España- conforme al ya apuntado modelo de *Civil Law* de herencia francesa que caracteriza al sistema de Derecho Continental en cuyas coordenadas se enmarca e incardina el Derecho Penal español- de crear *ex novo* Derecho nuevo, sino que tan solo se limitan a complementar o a ayudar a determinar mejor el alcance e interpretación de normas jurídicas preexistentes, creadas ya anteriormente en virtud de las fuentes primarias, auténticamente creadoras, y que en el ámbito que nos ocupa del Derecho Penal se ciñe a la ley en sentido amplio englobando también los tratados internacionales ex. art. 93 y ss CP.

Para precisar más, cuando se habla de ley, la referencia se extiende tanto a la ley ordinaria de las Cortes Generales como a la Ley Orgánica, imperativa en el caso habitual por otra parte en el ámbito penal, de que la

materia en cuestión objeto de regulación afecte al desarrollo y ejercicio de los derechos fundamentales (típicamente la libertad ex art. 17 CE) por mor de lo exigido en el art. 81 CE- rigidez material de la ley orgánica- en cuyo caso serán necesarios unos requerimientos procedimentales de técnica legislativa *sui generis*, relativos a la necesidad de aglutinar una mayoría absoluta en la Cámara Baja- el Congreso de los Diputados- para la inicial aprobación de la ley, y en su caso también para la eventual modificación o derogación de la misma, dada la rigidez formal caracterizadora de las leyes orgánicas.

Si bien se ha discutido mucho en la literatura científica en la materia sobre la acertada o errónea asimilación de la ley penal con la ley orgánica- asimilación con la que no puedo por menos que estar en desacuerdo, toda vez que considero que en puridad no toda regulación penal tiene directa y obligada incidencia en el ejercicio o disfrute de derechos fundamentales *strictu sensu*, piénsese en el caso de la pena de multa, de incidencia esencialmente patrimonialista o pecuniaria, o en la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas- adentrarse en este debate supondría una digresión excesiva en cuanto a extensión y magnitud en el tema que ocupa esta investigación.

Recapitulando pues, una vez conocida la realidad normativa en materia de medidas de seguridad, procede conocer el tratamiento que a esta cuestión han dado tanto la jurisprudencia como la doctrina teniendo en cuenta lo ya apuntado en los párrafos precedentes.

Respecto a la jurisprudencia, esta no ha sido especialmente ilustradora al efecto. En este sentido, la importancia de la jurisprudencia radica fundamentalmente en las aportaciones realizadas por el Tribunal Constitucional en sus primeros años de funcionamiento- téngase en cuenta que el Tribunal Constitucional como órgano *sui generis* al margen del Poder Judicial y por tanto diferenciado de los órganos jurisdiccionales, comenzó su andadura en el año 1980, dictando su primera sentencia en el año 1981-.

Es decir, la labor realizada por el TC en tanto que supremo intérprete de la Constitución en esos primeros años de existencia fue crucial para tratar de depurar el ordenamiento jurídico español de ciertas normas

jurídicas preconstitucionales y, no solo eso, sino también contrarias al texto constitucional- y ello a pesar de que el apartado tercero de la Disposición Derogatoria única de la CE señala que se entenderán derogadas cuantas disposiciones se opongan a la Constitución-.

De esta manera, es preciso conocer la jurisprudencia del TC recaída en materia de medidas de seguridad. Evidentemente, no se pretende traer a estas páginas un análisis minucioso y pormenorizado de tales resoluciones judiciales. No es ese el propósito de este texto, ya que ello excedería notablemente la extensión dada al efecto. Baste ahora señalar de entre los distintos pronunciamientos recaídos, esto es, rescatar por su especial relevancia, la STC 23/1986 de 14 de febrero que, en virtud de un recurso de amparo, declaró categóricamente la frontal incompatibilidad con la Constitución de las llamadas medidas de seguridad predelictuales, herederas de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social- ley que por cierto no sería derogada expresa y formalmente hasta la entrada en vigor del CP de 1995, en virtud de su Disposición Derogatoria, apartado 1.c)- al entender que resultaban de todo punto incompatibles con los postulados mínimos del Derecho Penal de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Respecto de la doctrina, considero que esta es insuficiente, escasa y circunscrita en su mayoría a los años inmediatamente posteriores a la promulgación de nuestro CP de 1995.

Es decir, la regulación que en materia de medidas de seguridad se contiene en el CP suscitó el lógico interés por parte de la doctrina patria, fundamentalmente porque, como ya se ha adelantado, el CP de 1995 supone un trascendental punto de inflexión en la evolución normativa de las medidas de seguridad en España, configurándose así como un hito legislativo capital del que se derivó la necesaria democratización de una institución intrínsecamente controvertida y compleja como son las medidas de seguridad. No obstante, precisamente en ese intento loable del legislador de romper con la tendencia anterior en la materia- que amparaba medidas predelictuales basadas no en nociones de peligrosidad criminal exteriorizada en la comisión de un delito, sino en nociones de peligrosidad meramente social- se incurrió en una suerte de asimilación de las penas y las medidas de seguridad, de modo que prácticamente se

llevó a cabo una traslación automática de las categorías propias de las penas al ámbito propio de las medidas.

A tal efecto, este planteamiento legislativo ha sido similar al posteriormente desarrollado por la mayoría de la doctrina, que no ha sido capaz de articular o elaborar un cuerpo doctrinal sólido, a modo de una Teoría General de las medidas de seguridad capaz de contar con sus propias construcciones dogmáticas y de pensamiento que reconocieran sus singularidades propias y su necesaria autonomía respecto de las penas.

Por tanto, la doctrina en materia de medidas de seguridad es escasa y antigua en su mayoría, habiendo muy pocos autores entre cuyas materias de estudio o especialización se encuentre el que ahora analizan o comentan estas páginas.

#### 4. DISCUSIÓN

Teniendo en cuenta lo ya apuntado, es preciso comenzar con un intento de conceptualización de las medidas de seguridad que no resulta en absoluto sencillo.

En primer término, es necesario poner de manifiesto nuevamente algo que ya se ha venido indicando en las páginas precedentes, que es la naturaleza compleja y polémica incluso de las medidas de seguridad. A tal efecto, a ello contribuye, como se exponía, la escasa atención que a la misma se ha prestado por parte de la doctrina penal, contribuyendo con ello notablemente a incrementar la dificultad de aprehensión de esta materia.

No existe una definición legal del término de medidas de seguridad. En este sentido, es preciso reconocer que ello no es una suerte de agravio característico por otra parte del carácter secundario o incluso residual que históricamente han sufrido las medidas de seguridad, sino que responde al propio planteamiento del Código Penal, verdaderamente escaso en cuanto a definiciones legales (piénsese que son muy pocas las conceptualizaciones expresamente recogidas en el texto legal, siendo los art 24, 25 o 26 en materia definiciones de autoridad y funcionario público, de personas con discapacidad necesitadas de especial protección y de

documento, respectivamente, de las pocas que se contienen en el Código).

Es por ello que, ante la inexistencia de una definición legal, los autores (en este punto justo es reconocerlo) sí han elaborado diferentes y aun imaginativas definiciones de las medidas de seguridad, más o menos extensas. El problema surge aquí por lo difícilmente acotable que resulta el término de las medidas en tanto que hay un considerable número de ellas- a tal efecto, es importante indicar que *grosso modo* existen dos clases de medidas de seguridad tal y como se expone en el art. 96 CP; privativas de libertad, o de internamiento por un lado, y no privativas de libertad, por otro lado- siendo por tanto difícil esbozar una definición lo suficientemente amplia e integradora como para acoger a todas ellas.

De esta manera, me permito contribuir al abundante listado de definiciones de medidas de seguridad con la siguiente; aquella consecuencia jurídica del delito impuesta al autor de un hecho típico y antijurídico, que por mor de su inimputabilidad presenta un elevado nivel de peligrosidad criminal puesto precisamente de manifiesto mediante ese hecho, y a través de la cual se persiguen fundamentalmente fines de prevención especial.

Teniendo esto en cuenta es menester a continuación ofrecer en las siguientes líneas una serie de consideraciones acerca del origen de las medidas de seguridad.

En este sentido, y sin ánimo de profundizar excesivamente en esta cuestión, hay que apuntar que el origen normativo de las medidas de seguridad en un sentido técnico-jurídico se encuentra en al Anteproyecto de Código Penal suizo elaborado por el jurista suizo Carl Stooss en 1893, que consagra por primera vez el sistema dualista de respuesta penal integrado por penas y medidas de seguridad que, con ciertas variantes acogen la mayoría de sistemas penales de nuestro entorno jurídico, incluido evidentemente el español.

No obstante, el nacimiento de las medidas de seguridad, en un plano ya más teórico y filosófico, se enmarcaría en unas concretas coordenadas tanto de tiempo como de espacio. Tales coordenadas son las de la Italia de la segunda mitad del siglo XIX, en el tránsito en lo político y en lo

jurídico del Estado liberal al verdadero Estado social. Concretamente, hay que señalar que no podrían entenderse las medidas de seguridad sin las aportaciones que en el terreno de la fundamentación teórica realizaron los integrantes de la llamada Escuela Positivista italiana- o Escuela del Positivismo Criminológico- surgida de las obras y esfuerzos de Lombroso, Ferri y Garófalo, cuyos planteamientos predeterministas y criminológicos hoy denostados mayoritariamente supusieron en su tiempo una verdadera revolución en el campo del Derecho Penal- especialmente en la materia propia de las medidas de seguridad- y de la incipiente Criminología (concepto este precisamente acuñado por el propio Garófalo, en su obra *La Criminología, estudio sobre el delito, sus causas y la teoría de la represión*, de 1885).

Asimismo, a lo largo de estas páginas ya se ha hecho mención del carácter históricamente controvertido de las medidas de seguridad. A tal efecto, ello se deriva de la circunstancia de que, durante buena parte del pasado siglo XX las medidas fueron utilizadas como instrumento legitimador de graves vulneraciones y violaciones de los derechos humanos, perpetradas por regímenes políticos de diverso signo ideológico.

Por ejemplo, cabe destacar por su fuerza simbólica que la política antisemita emprendida por el Tercer *Reich* alemán durante las décadas de los años de 1930 y 1940 y que culminaría con el terrible Holocausto- la *Shoá* en hebreo- del pueblo judío de Europa, se fundamentó normativamente en gran medida en la existencia de medidas de seguridad, evidentemente predelictuales que gravitaban en torno al concepto de peligro para el sano sentimiento del pueblo alemán. Compréndase que con un precedente semejante las medidas de seguridad sigan incluso a día de hoy siendo vistas con cierto recelo y desconfianza por parte de ciertos sectores.

No obstante, también en nuestro país las medidas de seguridad cuentan con su propio pasado, no mucho menos oprobioso. En España, tras una primera aparición de las medidas de seguridad en el panorama jurídico penal de la mano del Código Penal de 1928 aprobado en el marco de la Dictadura de Primo de Rivera, su verdadera consolidación se produciría con la conocida Ley de Vagos y Maleantes de 1932, en el contexto ya de la Segunda República. Esta ley se caracterizaba por erigirse como

una ley especial diferenciada así del Código Penal republicano (también de ese mismo año de 1932 que derogó el anterior CP de 1928) y por recoger los postulados predeterministas e incluso higienicistas del Positivismo Criminológico italiano y también del Correccionalismo, de planteamientos mucho más benévolos respecto del tratamiento del delincuente (y objeto de un especial predicamento en España gracias a la labor del salamantino Pedro Dorado Montero), fundamentalmente de la mano de quien fuera uno de los principales artífices de la ley, el insigne jurista Luis Jiménez de Asúa.

Esta ley presenta además la notable singularidad de haber sobrevivido al cambio de régimen operado en España tras la Guerra Civil a partir del 1 de abril de 1939, en el sentido de ser una de las pocas leyes republicanas cuya vigencia se mantuvo a lo largo de los años del Franquismo. De hecho, la Ley de Vagos y Maleantes será mantenida en vigor- sin perjuicio de una reforma operada en el año 1954- hasta 1970, año en que entra en vigor la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (que ya se apuntó que no sería derogada expresamente hasta 1995 en virtud del llamado “Código Penal de la democracia”), de contenido no obstante, marcadamente continuista de su predecesora.

En todo caso, ambas leyes incorporaban medidas de seguridad de naturaleza predelictual, que se imponían a sujetos que no habían cometido delito alguno pero en quienes concurrían algunos de los llamados estados de peligro establecidos por el legislador (tales como la toxicomanía, la mendicidad, el proxenetismo o la homosexualidad- circunstancia esta incorporada precisamente en la reforma apuntada de 1954-), basados todos ellos en consideraciones imprecisas de peligrosidad meramente social, y que por tanto debieran quedar al margen del Derecho Penal. No obstante, a través de estas medidas predelictuales se articulaban largos periodos de reclusión o internamiento, muy frecuentemente de duración ilimitada e indefinida en el tiempo, de las personas que incurrían en algunos de los estados de peligro contemplados en la ley.

No puede sorprender por tanto la contundencia con que el Tribunal Constitucional declaró la incompatibilidad de estas medidas predelictuales con la Constitución y con los principios inspiradores de lo que debe ser el Derecho Penal de un Estado Social y Democrático de

Derecho. Es decir, esta clase de medidas desconocía las exigencias mínimas del principio de legalidad y del principio de responsabilidad personal y por el hecho, toda vez que no castigaban la comisión de delitos tipificados en las leyes penales, sino (en el marco propio de un Derecho Penal de autor) solamente especiales o particulares maneras de ser, en ocasiones objetivamente no muy loables- tales como la toxicomanía o el proxenetismo- pero que no eran en puridad constitutivas de delitos con arreglo a la legislación penal vigente y por tanto, no podían ser merecedoras en ningún caso de una medida de reclusión indefinida absolutamente injustificable.

Es por ello que el CP de 1995 se embarca en la necesaria tarea de democratizar las medidas y adecuarlas a los cánones del llamado programa penal de la Constitución, consagrando en primer término en el apartado primero del artículo sexto del CP el carácter de consecuencia jurídica del delito de las medidas de seguridad, estableciendo como presupuesto mínimo de su aplicación la comisión de un hecho delictivo- en consonancia con el art. 95. 1. 1ºCP-. Por lo tanto, solo serán válidas aquellas medidas de seguridad de naturaleza postdelictual.

De esta manera, se constata así la vinculación evidente de las medidas de seguridad con las penas, toda vez que ambas son los dos puntales en que descansa la intervención del Estado en el ejercicio del *Ius Puniendi*, en tanto que tienen un presupuesto común, cual es la comisión de un hecho delictivo o, al menos, tal como se apuntaba al inicio de estas páginas, de un hecho típico y antijurídico.

Procede pues, una vez que se tienen unas nociones generales de lo que son las medidas de seguridad, centrar el estudio en la necesaria delimitación entre penas y medidas de seguridad. Es decir, llegados a este punto, la pregunta que surge es la siguiente; ¿qué determina el recurso a las medidas de seguridad o a las penas?

En este sentido, considero que el principal elemento de discernimiento entre una y otra consecuencia jurídica del delito estriba en el sujeto que realiza el hecho típico y antijurídico y sobre el cual va a recaer la respuesta penal. De esta manera, si el autor del delito es un sujeto imputable, la respuesta penal será la pena, basada en nociones, no de

peligrosidad (social, en el pasado, criminal en la actualidad) características de las medidas de seguridad, sino de culpabilidad.

Para comprender mejor esta cuestión, es necesario detenerse en el concepto de la imputabilidad, verdaderamente nuclear en lo que ahora nos ocupa. A tal efecto, la imputabilidad puede definirse como aquella capacidad de culpabilidad del sujeto que realiza un hecho delictivo, es decir, implica que el sujeto en cuestión es responsable de su acción y esta le resulta así personalmente atribuible y reprochable en condiciones de igualdad.

La imputabilidad podría definirse aproximativamente por tanto como una suerte de facultad de índole biológica y psicológica para comprender el carácter antijurídico del comportamiento realizado- el hecho delictivo- y actuar en consecuencia de conformidad a esa comprensión. De esta manera, la noción de culpabilidad se encuentra así íntimamente vinculada a la motivabilidad del sujeto ante la norma jurídica.

Toda norma penal cumple una importante función motivadora, señalando a los ciudadanos el deber de abstenerse de realizar la conducta prohibida en que consiste el delito- respecto de los delitos de acción- o el deber de realizar la conducta exigible- en los delitos de omisión-. Por tanto, el sujeto que, percibiendo el mensaje motivador de la norma y comprendiendo por tanto el carácter contrario a Derecho de su conducta, opta finalmente por llevarla a cabo cometiendo el delito es un sujeto motivable, imputable y culpable en un sentido dogmático-jurídico de su conducta. A ese sujeto debe por ello imponérsele una pena.

Teniendo esto en cuenta, las medidas de seguridad se aplicarán a aquellos sujetos que, realizando igualmente el hecho típico y antijurídico (exigido por los art. 6 y 95 CP respectivamente- ya se ha dicho que solo son admisibles las medidas postdelictuales) no son culpables del mismo por cuanto ni son imputables ni son penalmente responsables *strictu sensu* del delito. Es decir, existen determinadas circunstancias de base biológica aunque también social en ocasiones, que impiden que un sujeto actúe en condiciones normales de motivabilidad, determinando por tanto que el mismo no sea capaz biológica y psicológicamente de percibir ese mensaje motivador inherente a toda norma penal.

Tales circunstancias se engloban bajo la denominación genérica de circunstancias eximentes de la responsabilidad penal y se encuentran previstas en los números 1, 2 y 3 respectivamente del art.20 del CP, que regula así las causas de inimputabilidad, cuya concurrencia en un sujeto que ha realizado una conducta típica y antijurídica determina el recurso a las medidas de seguridad.

Es decir, la situación fáctica sería la siguiente; un sujeto inimputable comete un delito. Es evidente que a ese sujeto que, póngase por ejemplo padece una esquizofrenia, no se le puede castigar con el mismo rigor que a cualquier otro sujeto perfectamente sano o “normal” si se quiere que comete el mismo hecho delictivo. Pero es igualmente evidente que esa conducta realizada, que en tanto delictiva ha lesionado un bien jurídico protegido, no puede quedar absolutamente impune. El Estado debe por tanto articular ante ella algún tipo de reacción o respuesta a fin de cumplir su función de garante de los bienes jurídicos protegidos y de la convivencia y paz social en que descansa el correcto funcionamiento de las sociedades modernas. Pues bien, esa respuesta sería para el caso planteado la medida de seguridad.

De esta manera, cuando en el sujeto autor de un delito (entendiendo por tal un hecho típico y antijurídico) concurra una anomalía o alteración psíquica- ex art. 20.1 CP- o una intoxicación plena o síndrome de abstinencia- ex. art. 20.2 CP- o alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia- ex. art. 20. 3 CP- ese sujeto será considerado penalmente inimputable a efectos de imposibilidad de imponerle una pena (debiendo en todo caso acreditarse la concurrencia de las citadas circunstancias a través del correspondiente proceso penal celebrado con todas las garantías). No obstante, también puede ocurrir que las citadas circunstancias eximentes descritas concurren en el sujeto de manera solamente parcial y no total, en cuyo caso se produciría el supuesto de la llamada semiimputabilidad o eximente incompleta prevista en el art. 21. 1 CP, cuyo estudio excede de la pretensión de estas páginas, y que llevaría consigo, *grosso modo*, la imposición de una pena atenuada por mor del art.68 CP y, en su caso si el juez así lo decidiera, también de una medida de seguridad de internamiento conforme a lo indicado en el art.

104 CP, regulándose la relación entre penas y medidas con arreglo al sistema vicarial descrito en el art. 99 CP.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que existen tres clases de medidas de seguridad de internamiento (también llamadas medidas de seguridad privativas de libertad). Tales medidas de internamiento son las siguientes; la medida de internamiento en centro psiquiátrico, prevista para sujetos que padece anomalías psíquicas (art. 101 CP en relación con el art. 20.1 CP); la medida de internamiento en centro de deshabitación, prevista para sujetos que actúan bajo los impulsos de una intoxicación plena o de un síndrome de abstinencia (art. 102 CP en relación con el art. 20.2 CP); o la medida de internamiento en centro educativo especial para aquellos sujetos que padecen graves alteraciones de la percepción desde su nacimiento o infancia (art. 103 CP en relación con el art. 20.3CP).

Asimismo, es fundamental no perder de vista que conforme al art.95.2 CP, las citadas medidas de internamiento solo podrán en su caso acordarse por el juez sentenciador cuando el delito cometido por el sujeto al que se imponen tenga por ley señalada una pena de igual naturaleza, es decir, se trate de una pena privativa de libertad. Se evidencia así, el carácter fragmentario de la medida de seguridad de internamiento, cuya imposición es facultativa para el juez, que solo la acordará por tanto “*si fuere necesaria*”, cuando considere que no hay otros instrumentos más adecuados y menos lesivos para contener la peligrosidad criminal del sujeto y garantizar su adecuada resocialización- manifestándose así la orientación preventivo especial caracterizadora e intrínseca a las medidas de seguridad-.

## 5. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta todo lo ya expuesto, se puede concluir el presente trabajo en los siguientes términos:

Las medidas de seguridad se configuran como auténticas consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de un delito- al menos como hecho típico y antijurídico-.

Las medidas de seguridad se imponen a los sujetos cuya imputabilidad es inexistente- inimputables- o muy disminuida- semiimputables, por mor de los art.21.1; art. 68; art. 99 y art. 104 CP respectivamente- y ello sin perjuicio, no obstante, de la reciente posibilidad desde el año 2010 de imponer una medida de seguridad, la de la libertad vigilada, a sujetos imputables, lo que constituye una excepción particularísima del régimen general de las medidas de seguridad.

Las medidas de seguridad presentan tradicionalmente un carácter controvertido y complejo como consecuencia de su muy cuestionable pasado histórico. Por ello, es de resaltar la trascendencia que supuso el CP de 1995 actualmente vigente, por cuanto derogó expresamente la normativa anterior (la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970) al tiempo que consagró el carácter exclusivamente postdelictual de las medidas, fundamentadas únicamente en la peligrosidad criminal del sujeto al que se imponen, exteriorizándose dicha peligrosidad precisamente en la comisión del delito.

Las penas presentan un carácter esencialmente objetivo y retrospectivo, que toma como fundamento el hecho delictivo- ya pasado- cometido por aquel al que se impone la misma. Por ello, responde a criterios fundamentalmente de prevención general, tanto positiva (dirigida a reforzar la confianza social en el correcto funcionamiento y eficacia del sistema), como negativa (a modo de disuasión o amenaza dirigida a la sociedad en su conjunto).

Frente a ello, la medida de seguridad se dirige al futuro con una naturaleza eminentemente prospectiva, que persigue que la persona que ya ha cometido un delito se abstenga de delinquir nuevamente (prevención especial, por tanto). Asimismo, la medida valora más que el propio delito cometido, las particulares circunstancias personales del sujeto que lo comete, con un marcado carácter personalista y subjetivo.

Del mismo modo, la pena presenta un carácter certero al hacerse descansar en un diagnóstico de culpabilidad (imponiéndose pues a sujetos plenamente imputables) mientras que la medida de seguridad en tanto que depende de un *“pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”* (art. 95. 1. 2º CP) gravita

en torno al concepto mucho más poroso e inseguro de la peligrosidad criminal.

Finalmente, quisiera concluir señalando que, si bien penas y medidas de seguridad son instituciones que son y deben ser diferentes, ambas, en tanto que se derivan de la común circunstancia de la comisión de un delito, deben compartir el absoluto respeto a las garantías penales propias de un Estado de Derecho, entre las que destaca el principio de legalidad y el mandato resocializador del art. 25. 2 de la Constitución Española de 1978.

## 6. REFERENCIAS

- Leal, J.(2008). Un estudio de las actuales medidas de seguridad y los interrogantes que plantean en la moderna dogmática del derecho penal. Aranzadi
- Martínez, A. (2004). Nuevas tendencias político-criminales en la función de las medidas de seguridad: su repercusión en la regulación española. Dykinson
- Romeo, C.M. (1986). Peligrosidad y derecho penal preventivo. Bosch
- Rubio, P.A. (2011). Las medidas de seguridad tras la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, del Código Penal: perspectivas doctrinales y jurisprudenciales: problemas y soluciones. Aranzadi
- Sanz, A.J. (2003). Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal. Lex Nova

## LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA Y SU APLICACIÓN EN EL DELITO DE HOMICIDIO

---

MARINA DEL PILAR OLMEDA GARCÍA

*Universidad Autónoma de Baja California*

MARÍA STELLA CABRALES DELGADO

*Universidad Autónoma de Baja California*

### 1. INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva oficiosa es una medida cautelar creada por el Legislador mexicano, que tiene su fundamento jurídico tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como en la legislación secundaria, en este caso, el Código Nacional de Procedimientos Penales. La intención del Legislador mexicano al establecer esta medida cautelar, es la de procurar una correcta o mejor impartición de justicia como parte del avance que se dio con el Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio Adversarial. Sin embargo, el Legislador no previó algunas consecuencias de su aplicación, como la restricción de derechos y afectaciones en el ámbito personal y familiar del imputado, así como el menoscabo económico para él, su familia y el sistema laboral, entre otros.

Se destaca que la prisión preventiva oficiosa no tiene armonía con el procedimiento penal y se aleja de los principios que orienta el Nuevo Sistema de Justicia Penal. Este Sistema de Justicia Penal tiene su origen en la Reforma Constitucional del 18 de junio de 2008 y su principal objetivo es el “esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917).

Es justamente la oficiosidad de esta medida cautelar la que no se acepta. Ser oficioso, significa que será aplicada sin necesidad de justificar su

imposición, lo que se sustenta únicamente en el artículo 19 de la Constitución, en el caso de que “se trate de ciertos delitos catalogados como graves”.

Ahora bien, en el caso del delito de homicidio doloso, éste es catalogado como “grave” y cabe precisar que por el tiempo tan corto que existe entre la formulación de imputación y la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, es evidente que no ha transcurrido el tiempo suficiente para que la autoridad investigadora determine y califique la “intencionalidad” del delito. Cabe considerar, que el Agente del Ministerio Público requiere de un tiempo especial, que varía conforme a la complejidad del caso, lo que la misma Ley le autoriza, para determinar con certeza el grado de intención en la comisión de este delito, mediante una investigación amplia, detallada y verificación de los elementos del caso; este tiempo facilita alcanzar una mayor certeza en la investigación y poder decidir si la verdadera intención del imputado era querer realizar el delito de homicidio, lo que tiene como consecuencia la imposición de una medida cautelar que vulnera derechos como el de presunción de inocencia y el de libertad personal, al no existir certeza sobre si la comisión del ilícito fue dolosa o culposa.

## 2. NATURALEZA E IMPLICACIONES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

A raíz de la Reforma Constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008 (Diario Oficial de la Federación, 2008), la figura de prisión preventiva oficiosa se incorporó en el Sistema Penal Mexicano tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como en la legislación secundaria; es decir, este tipo de restricción a la libertad, forma parte de las características del Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio Adversarial.

En efecto, con la entrada en vigor del Nuevo Sistema de Justicia Penal en México, comenzaron a aplicarse las medidas cautelares, que “son aquellas disposiciones impuestas por un juez al imputado, por un tiempo determinado, a fin de asegurar su presencia en el procedimiento, evitar

que obstaculice su desarrollo y garantizar la seguridad de la víctima, ofendido o testigo” (Secretaría de Gobernación, 2017).

La prisión preventiva oficiosa, es una medida cautelar de aplicación automática cuando la persona es imputada por determinados delitos previstos en el artículo 19 Constitucional y “sin considerar las circunstancias del caso concreto” (Naciones Unidas Derechos Humanos, 2018). Cabe aclarar, que la medida cautelar de prisión preventiva, se diferencia de la oficiosa, al ser su imposición en forma justificada para garantizar las finalidades del Sistema de Justicia.

Así, el objetivo de abordar el presente trabajo, es analizar la naturaleza e implicación que conlleva aplicar la prisión preventiva oficiosa, conforme a la teoría, que conforme lo expresan diversos doctrinistas e incluso Magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que esta medida cautelar debe ser considerada como una pena anticipada, en estos términos lo expuso el Ministro Luis María Aguilar Morales, en sesión del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 24 de noviembre de 2022:

La concepción de la prisión preventiva oficiosa como una medida que opera en forma automática e irreflexiva debe considerarse como una pena anticipada, contraria a los derechos humanos y, por tanto, debe ser inadmisibles en un Estado constitucional de derecho. (11)

Así se caracteriza la prisión preventiva oficiosa “como aquella medida con la que se condena y se castiga, de manera automática, sin juicio de por medio y prácticamente sin la intervención de la autoridad judicial, a una persona a quien, según el derecho, se presume inocente” (Salcedo, 2019).

Esta medida cautelar de prisión preventiva oficiosa que vulnera derechos reconocidos a favor de los imputados, llegó al proceso penal para limitar y restringir de los jueces, la facultad de analizar cada caso concreto, ya que solo basta la solicitud del Agente del Ministerio Público y que se justifique su imposición en el artículo 19 de la Constitución para que el Juez la otorgue. En estos casos, puede afirmarse oficiosa e insuficiencia de otras medidas cautelares, la voluntad del juez no cuenta (Salcedo, 2018).

Además para aplicar la prisión preventiva oficiosa se debe estar en el supuesto de que la persona imputada haya cometido alguno de los delitos graves consagrados en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los que estableció el Legislador como los siguientes:

Abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud. (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917)

Como se puede advertir, son en demasía los delitos graves que el Legislador a considerado calificarlos por graves, lo que implica que en su mayoría serán más los delitos a los que se les deberá aplicar esta medida cautelar y por consecuencia, serán cada vez más las personas imputadas que se les restringirá su libertad.

Ahora y sin restarle importancia a la privación de la libertad en la que se encontrará una persona que haya cometido alguno de los delitos considerados graves, esta privación no solo afectará su ámbito personal, sino que también al privar al procesado de la libertad de tránsito, le impide buscar, localizar, preparar y aportar las pruebas de su inocencia (Salcedo, 2018). Con esto quiero decir que al privar de la libertad al imputado por aplicar la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, limita poder involucrarse de forma activa para aportar, o en su defecto, buscar pruebas que garanticen su inocencia.

Cabe considerar en este tema, para el imputado, varios ámbitos de afectación de vital importancia como la familia, los estudios y el trabajo, entre otros. Habrá que considerar también, que el imputado al ser privado de su libertad, una consecuencia inmediata naturalmente es la limitación en su persona de impedir continuar atendiendo sus

responsabilidades y convivencia familiar, sus estudios, y en dado caso su trabajo y como lo declaró la Corte Suprema mexicana, “hasta destruyendo familias enteras” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022). Ciertamente, privar de la libertad en forma injustificada a través de la prisión preventiva oficiosa, provoca que quienes sean padres o madres de familia, estudiantes y trabajadores, se ocasionen consecuencias de gran afectación; en el caso de la familia el abandono, la pérdida de la autoridad moral y guía para los hijos e hijas, la pérdida económica también en este caso, el tener que abandonar los estudios y la pérdida del trabajo.

### 3. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL PROCEDIMIENTO PENAL DEL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

A partir de la entrada en vigor del Sistema de Justicia Penal Acusatorio Adversarial, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, inició la vigencia de este Sistema, y con ello los importantes principios procesales que lo sustentan, los que resultan ser a favor de las partes involucradas.

Estos principios procesales además de las bases constitucionales se consagran en el Código Nacional de Procedimientos Penales, en donde resaltan los siguientes, sin ser limitativos: principio de publicidad, de contradicción, de inmediación, de concentración, de continuidad, de presunción de inocencia, de juicio previo y debido proceso.

La publicidad es un principio que se centra en la visibilidad de las actuaciones judiciales desarrolladas en todo proceso y que permite distinguir, “la publicidad de las actuaciones procesales que se encuentran en trámite, lo que significa que las mismas han de llevarse a efecto ante el órgano judicial, en audiencia pública” (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, s.f.).

El principio de contradicción parte de la convicción, de que “las partes tienen el derecho de aportar las pruebas conducentes a fin de justificar su teoría del caso, y la contraria el derecho de controvertirlas” (González, s.f.).

Por su parte, los principios de continuidad y concentración buscan, “la ausencia de interrupciones en las audiencias, así como el aglutinamiento o condensación de las audiencias en un solo día o en la menor cantidad de días posibles” (Martínez, 2022). Estos principios tienen la característica de asegurar, que en una sola audiencia, se desahoguen las mayores actuaciones judiciales posibles, con la intención de evitar una dilación innecesaria.

El principio de inmediación por su parte, “tiene por objeto garantizar que el juez debe estar presente en la audiencia” (Carbonell, 2018). Esta presencia que se debe garantizar por parte del juez en las audiencias y, derivado de la emergencia sanitaria mundial provocada por el virus SARS-CoV-2 (Covid-19), comenzó a garantizarse tanto en forma física o presencial, en el recinto judicial o por vía remota, a través de diversas plataformas electrónicas; lo importante es que en todo momento durante las audiencias debe estar la presencia del juez.

El principio de juicio previo y debido proceso, es caracterizado en forma amplia en el precepto 12 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en los siguientes términos:

Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de resolución dictada por un Órgano jurisdiccional previamente establecido, conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho, en un proceso sustanciado de manera imparcial y con apego estricto a los derechos humanos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen (2014)

En el caso del principio de presunción de inocencia, resalta como eje rector en el procedimiento penal y opera a favor del imputado. Este principio no sólo se encuentra en el ámbito Nacional reconocido en la Constitución y en la legislación secundaria, sino que parte del derecho internacional humanitario y se consagra en diversos Tratados Internacionales. En el caso del derecho mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado, que “la presunción de inocencia tiene diversas directrices y debe entenderse tanto como regla procesal, así como regla probatoria y regla extra procesal” (Bermúdez, 2018).

Lo que aquí conviene dejar en claro, es que la presunción de inocencia tiene por objeto que se debe de tratar al imputado como inocente durante

todo el procedimiento. Es una obligación, que “se impone de tratar a un imputado como inocente hasta que no se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme por parte del juzgador” (Bermúdez, 2018).

Así se encuentra, que los principios que sustentan el Sistema de Justicia Penal Acusatorio en México tienen como finalidad garantizar un correcto desarrollo del procedimiento penal. Sin embargo, el principio de presunción de inocencia es el que resulta mayormente vulnerado cuando se aplica la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa; esta medida cautelar violenta no sólo la presunción de inocencia, sino también a la libertad de los imputados.

### 3.1. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS

En abundamiento al apartado anterior, el principio de presunción de inocencia es un derecho que garantiza que el imputado es inocente durante todo el procedimiento, hasta en tanto no exista una sentencia condenatoria por parte del Juez. Este principio de gran relevancia, cobra fuerza al ser reconocido en base constitucional en el precepto 20 de la ley fundamental mexicana y debe ser entendido a través de las siguientes vertientes:

“Garantía del proceso penal. De tal manera que actúa como un freno de cara a la configuración de los hechos delictivos, debiendo recaer la carga de la prueba a la parte que acusa.

Regla de tratamiento. Esto implica que a la persona a la cual se le aplica la presunción de inocencia se le va a tratar, precisamente de inocente, produciéndose la menor limitación posible respecto de sus derechos, aunque sabiendo que en todo caso ello no implica una incompatibilidad con las medidas cautelares.

Regla relativa a la prueba. De tal manera que en el supuesto de una falta de prueba suficiente, prevalecerá la inocencia de la persona” (Villanueva, 2019).

Cabe precisar, que en el ámbito forense se aplica como sinónimo los términos “principio” y “derecho” de presunción de inocencia, y su esencia radica en que el imputado deberá permanecer y figurar ante la sociedad como inocente, sin prejuzgarlo ni señalarlo. La obligación de probar

lo contrario debe recaer a la parte acusadora, en el caso de México, al Agente del Ministerio Público.

Entre uno de los Tratados de mayor trascendencia que incorpora la presunción de inocencia es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se protege y garantiza en el artículo 8.2, como la presunción de inocencia a favor de los imputados. En efecto, la Convención salvaguarda que los imputados no puedan ser privados de su libertad de forma arbitraria, por lo que la prisión preventiva oficiosa, es sin duda una forma de privación arbitraria al no ser justificada en cada caso concreto. Así mismo, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos determina en el artículo 14.2, que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

Ambos ordenamientos internacionales procuran una protección a este principio rector y fundamental a favor del imputado. Es un derecho, “que trae inmerso el derecho a la libertad y la dignidad, que debe ser respetado por todos los operadores de justicia” (Bermúdez, 2018).

Cuando no se respeta el derecho de presunción de inocencia, se vulnera el Derecho Humano que no solo la Constitución ordena impere en todo el procedimiento penal, sino también en lo que refieren los Tratados Internacionales, Esto sucede cuando se aplica la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, que como se ha reiterado, es una medida que prejuzga, estigmatiza y restringe la libertad del imputado.

### 3.2. RESTRICCIÓN AL DERECHO DE LIBERTAD PERSONAL MEDIANTE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

La libertad de una persona es uno de los más altos derechos. Su valía se ubica en el derecho de un ser humano a decidir y actuar en todo lo que implica su ámbito de personalidad, para poder desarrollar su libre advenir con la dignidad en sus diferentes ámbitos, relaciones familiares, convivir, trabajar, estudiar, entre otros. La libertad es el derecho que garantiza el desarrollo para tener la posibilidad de ejercer una vida digna.

La doctrina explica, que “será libre quien no esté sujeto a ningún poder, no solamente a ningún poder jurídico, sino a ninguna otra forma de

poder, es decir, a cualquier tipo de influencia o determinación de su conducta. Si alguien puede ejercer cualquier tipo de poder sobre nuestra persona, entonces podemos decir que no somos completamente libres” (Carbonell, 2021).

La libertad se consagra en la en la ley fundamental mexicana desde su texto original en el precepto 14, que a la letra determina:

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho. (1917)

En esta forma, es indiscutible que la prisión preventiva oficiosa es una forma de restringir la libertad personal del imputado, porque no se justifican los objetivos que persiguen las medidas cautelares, ya que se está en presencia de una evidente violación al coartar la libertad del imputado sin necesidad. Así lo expresó el Ministro Luis María Aguilar Morales, quién en la sesión del Pleno del más alto Tribunal mexicano el 22 de noviembre de 2022, “las afectaciones a la libertad personal solamente pueden darse de manera excepcional” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022). En efecto, la prisión preventiva debe ser la última opción a imponer, toda vez que se limita un derecho vital de las personas.

No se niega la utilidad e importancia de la prisión preventiva, no obstante debe ser utilizada únicamente cuando es justificada y “cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917). Asimismo, con la prisión preventiva oficiosa no se buscan otras opciones para no restringir la libertad del imputado, sino que se impone a la luz del artículo 19 Constitucional, sin analizar el caso concreto ni respetar el principio de presunción de inocencia.

#### 4. LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA EN EL DELITO DE HOMICIDIO

Si la prisión preventiva oficiosa restringe los derechos, como el de presunción de inocencia y el de libertad personal, su aplicación únicamente se justifica cuando se comentan los delitos catalogados como graves en el texto constitucional. Uno de los delitos que amerita prisión preventiva oficiosa y que prevé el artículo 19 de la Constitución mexicana es el delito de homicidio doloso. A su vez este delito se encuentra tipificado en el artículo 123 del Código Penal para el Estado de Baja California como, “comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro” (1989). Cabe precisar que la comisión de este delito puede cometerse de forma dolosa, culposa o preterintencional; la consecuencia será siempre la pérdida de la vida.

Griselda Amuchategui, explica que el homicidio es doloso cuando “el agente priva de la vida a una persona teniendo la intención de causar dicho resultado” (2012). Por su parte, el homicidio será culposo cuando “se priva de la vida sin que el sujeto activo hubiera tenido la intención de matar, siempre que este daño haya resultado como consecuencia de alguna imprevisión, negligencia, etc” (Amuchategui, 2012). No menos importante, se encuentra el homicidio preterintencional y se presenta en el caso de “causar un resultado típico más grave al querido, si aquél se produce culposamente” (Código Penal para el Estado de Baja California, 1989).

Se resalta, que únicamente la comisión del delito de homicidio en la modalidad de doloso, hace acreedor a quien lo cometa, a la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, la que será impuesta dentro de la audiencia inicial una vez que el imputado sea vinculado a proceso.

Cabe señalar, que “para vincular a proceso a una persona lo primero que es necesario esclarecer es que el hecho que la ley señala como delito es el hecho que la ley prohíbe” (Díaz, 2020). La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos también determina en el artículo 19, que “para la vinculación a proceso de un imputado, solamente es necesario que existan datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la

ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión” (1917). En ese sentido, una vez convocada la audiencia inicial, esta culminará, en la mayoría de los casos con la vinculación a proceso del imputado, lo que significa que y tratándose del delito de homicidio culposo, el imputado terminará por continuar el procedimiento penal en prisión preventiva oficiosa.

Esto se concluye derivado a que al contar el Sistema de Justicia Penal Acusatorio Adversarial, con el “tan bajo estándar probatorio que suponen los datos que establecen el hecho que la ley señala como delito... y únicamente la probabilidad de que el imputado cometió o participo en el hecho, entonces trae por consecuencia que el juez no sólo vinculara a proceso a quien se le imputen, sino también a la imposición de la prisión preventiva oficiosa” (Díaz, 2020).

En el caso en específico del delito de homicidio, bastará con que el Agente del Ministerio Público determine que una persona perdió la vida y que haya la probabilidad sobre una persona que cometió el delito, para que se le imponga la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa. No obstante, se precisa que dentro del procedimiento penal y para poder vincular a proceso al imputado, se debe primeramente formular imputación. Esto consiste en “la comunicación que el Ministerio Público efectúa al imputado, en presencia del Juez de control, de que desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o más hechos que la ley señala como delito” (Código Nacional de Procedimientos Penales, 2014).

Una vez que se le hace del conocimiento al imputado sobre la investigación que hay en su contra, se procede a la vinculación a proceso, que como se refirió, únicamente se necesita la existencia de datos que hagan suponer que se cometió un delito y la probabilidad o posibilidad de que la persona a la que se le está formulando imputación, lo cometió; y así, una vez vinculado a proceso, se continua con la imposición de la medida cautelar.

No obstante, al no existir entre la formulación de imputación y la aplicación de la medida cautelar el tiempo suficiente para tener certeza si la comisión del delito de homicidio fue doloso, culposo o

preterintencional, es que se termina por aplicar esta medida cautelar tan restrictiva y violatoria de Derechos Humanos: la prisión preventiva oficiosa.

## 5. AFECTACIONES AL APLICAR LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA EN EL DELITO DE HOMICIDIO DOLOSO

Cuando se comete el delito de homicidio, nace en la familia de la víctima sentimientos de dolor, impotencia y frustración. Así también en el imputado y su familia nace el sentimiento de incertidumbre sobre la situación jurídica del homicida. Particularmente, esta incertidumbre y dolor se presenta cuando se trata de homicidio que por su naturaleza se percibe de origen que son culposos.

Resulta injusto aplicar la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa en el delito de homicidio, antes de determinar la intencionalidad del inculcado, toda vez que como se refirió en apartados anteriores, no hay una certeza sobre la intención en el imputado de tener la intención de cometer este ilícito. Tiene como consecuencia “sometérsele a una privación de libertad en una prisión sui géneris, al ordenarse por sospechas” (Barrera, s.f.). De esto resulta que por sólo ocasionar la pérdida de la vida a una persona, sin que se haya acreditado el dolo, recae en el inculcado una sanción de inmediato, que es la prisión preventiva oficiosa.

Un ejemplo típico de esta situación, es cuando se priva de la vida a una persona al conducir un vehículo, lo que puede suceder por una distracción de quien resultó inculcado o incluso de la propia víctima que falleció como consecuencia de los hechos.

Un dato importante que se encontró en esta investigación es la información proporcionada por la Secretaría de Seguridad Ciudadana del Estado de Baja California, que conforme a su estadística se registró la incidencia delictiva en el Estado durante el periodo de enero-noviembre del año 2022, que arrojó la comisión de “2,211 homicidios dolosos (Secretaría de Seguridad Ciudadana del Estado de Baja California, 2022). Estos números significan una mayor población en el centro penitenciario y que por su privación de la libertad, son personas que no “cuentan con una condena que les hubiera permitido defenderse en un proceso penal con

todas las garantías del imputado” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022).

No obstante en lo anterior, cuando una persona es privada de su libertad al imponer la prisión preventiva oficiosa, lo que provoca es que “el imputado en lo menos que piensa es en el procedimiento, ya que éste ha pasado a segundo plano, la imperiosa necesidad de conservar su vida y su integridad física y mental se ha vuelto lo único que interesa” (Salcedo, 2018). En efecto, un caso extremo y con base en la revisión teórica ya expuesta, cuando el imputado llega a un centro penitenciario, y más aún, cuando es primerizo, uno de sus mayores temores es su privación de la vida por otro interno, esto lo limita a centrarse en su procedimiento, toda vez que la prioridad es su propia vida, además de haber sido separado de sus hijos, su familia, así como la pérdida de sus estudios en algunos casos, y de su trabajo en otros.

Otra afectación que habrá que considerar para el imputado, es que la aplicación de la prisión preventiva oficiosa, es que al cumplir su condena privativa de libertad carece de trabajo, en ocasiones de redes de apoyo, y hasta pudiera darse el caso de la pérdida de su familia (Ciudad Defensora, 2021). Se expuso por parte de una persona privada de su libertad, en una entrevista realizada por la Revista Ciudad Defensora que “las puertas se cerraban y las negativas eran por mis antecedentes penales, ya que me argumentaban que “eso repercute mucho en la sociedad” (Ciudad Defensora, 2021).

La privación de su libertad no solo causa sufrimiento a la persona imputada, sino también a sus familiares más cercanos (Velasco Abogados, 2017). Como ya se expuso en la investigación, la prisión preventiva oficiosa afecta la economía familiar, porque en el caso de México es frecuente que los ingresos del imputado representen el único ingreso familiar.

## 6. PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA Y SU FUNDAMENTO JURÍDICO

La prisión preventiva oficiosa en México tiene su fundamento jurídico dentro del artículo 19 párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en la legislación secundaria, en

este caso, el Código Nacional de Procedimientos Penales, que la prevé en el artículo 167. En su texto vigente el artículo 19 de la ley suprema, se expresa en los siguientes términos:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud (1917).

Por su parte, el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales determina en su párrafo tercero:

El Juez de control en el ámbito de su competencia, ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud (2014).

Además de lo que se determina en los preceptos anteriores, el párrafo quinto de esta misma codificación secundaria, enuncia 17 delitos más, que son calificados por el Legislador como graves y que ameritan por lo

tanto, prisión preventiva oficiosa. En particular cabe referirse a los siguientes delitos:

- I. Homicidio doloso previsto en los artículos 302 en relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;
- II. Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;
- III. Violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 Bis;
- IV. Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;
- V. Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;
- VI. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;
- VII. Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;
- VIII. Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;
- IX. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lencinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204 y Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis; entre otros.

Del análisis realizado, se observa que es alto en México el número de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, lo que conlleva desde el ámbito técnico jurídico violaciones al principio de presunción de inocencia, desde el ámbito de la ejecución penal una sobrepoblación en las prisiones y desde el ámbito personal del imputado la separación de su familia, la pérdida de estudio, de trabajo y en algunos casos hasta de su vida.

## 7. OBJETIVOS

Los objetivos planteados en este estudio son analizar las implicaciones de la prisión preventiva oficiosa, como violación al principio de presunción de inocencia, la restricción injustificada de la libertad personal del imputado con sus efectos en la separación de la familia, la pérdida de estudio, la pérdida de trabajo, sin olvidar las consecuencias en el sistema de la ejecución de la pena.

## 8. METODOLOGÍA

El presente capítulo que forma parte de este importante libro colectivo se estructuró en cinco ejes temáticos. En su metodología se aplicó el método deductivo para el análisis de los elementos relacionados con la prisión preventiva oficiosa. En el primer eje temático denominado naturaleza e implicaciones de la prisión preventiva oficiosa se analizó la esencia y conceptualización de la prisión preventiva oficiosa, así como las consecuencias que tienen en el imputado y el ámbito en el que se desarrolla al aplicar esta medida cautelar; así como las implicaciones que conlleva esta medida cautelar para el propio Sistema de Justicia, en particular, en la etapa de ejecución de la pena.

En el segundo eje temático se analizaron los principios esenciales que sustentan el Sistema de Justicia Acusatorio Adversarial, que comenzaron a regir en el procedimiento penal mexicano a partir de la reforma constitucional de 2008. Estos principios, como se expuso en este trabajo son vitales para el correcto desarrollo del proceso en un buen Sistema de Justicia.

En un tercer apartado se explica la prisión preventiva oficiosa en el delito de homicidio. Se analizó y expusieron las consecuencias jurídicas y restricciones que conlleva aplicar esta medida cautelar sin que esté determinado con certeza el grado de participación del imputado. Se afirma en este punto, que conocer la intención del imputado al cometer el delito de homicidio es de gran importancia, y que pone en riesgo la libertad del imputado.

En el cuarto eje temático se examinaron las afectaciones que resultan de la aplicación de la prisión preventiva oficiosa en el caso del delito de homicidio. En esta parte del estudio se afirma, que esta medida no solo se traduce en violaciones a los derechos del imputado y al propio procedimiento penal, sino que genera un daño en la esfera familiar, laboral, de estudio y económica, entre otros. En el quinto eje, denominado prisión preventiva oficiosa se explican los fundamentos jurídicos del tema. Se analizan las bases constitucionales y la legislación secundaria, en este caso, el Código Nacional de Procedimientos Penales.

## 9. CONCLUSIONES

La prisión preventiva oficiosa se constituye como una pena anticipada. Así lo sostiene la doctrina y lo ha determinado la Suprema Corte de Justicia de México, el más alto Tribunal de Justicia de esta Nación, porque esta medida cautelar restringe la libertad de una persona, al que constitucionalmente se le dota de inocente.

En particular, el delito de homicidio doloso al ser calificado como grave por la ley fundamental mexicana lo incorpora como un caso de excepción para la aplicación de la prisión preventiva oficiosa, lo que se traduce en la pérdida de la libertad del indiciado, sin que se haya determinado previamente el grado de intencionalidad. Toda vez, que el lapso entre la vinculación a proceso y la aplicación de la medida cautelar es muy breve, lo que no permite investigar con el debido detenimiento la intención que tuvo el inculcado al cometer el supuesto delito. Debe haber certeza en la intención del imputado en la comisión del delito de homicidio, esto es determinante para la aplicación de la medida cautelar oficiosa, toda vez que su actuar puede ser dolosa, culposa o preterintencional, y que solamente es aplicable esta medida cautelar cuando este delito se cometa en su modalidad de doloso.

## 10. REFERENCIAS

- Amuchategui Requena, Griselda. (2012). Derecho penal, (4ª ed.). Oxford.
- Barreda Solórzano, Luis de la. (s.f.) Racionalizar la prisión preventiva. UNAM. Consultado el 2 de enero de 2023. <https://bit.ly/3ZodtVs>
- Bermúdez Esquivel, Ana Laura. (2018). Presunción de inocencia en el sistema acusatorio adversarial. Primera Instancia (5)10. 99-118.
- Carbonell, Miguel (2021, 08 de febrero). ¿Qué es la libertad? Miguel Carbonell. <https://bit.ly/3w5BqDz>
- Carbonell, Miguel. (2018, 05 de septiembre). El principio de inmediación. Página de Internet. <https://bit.ly/3XbgOVM>
- Ciudad Defensora. (2021). Personas privadas de la libertad: derechos humanos y reinserción social. Revista de Derechos Humanos (1)12. 1-41.
- Código Nacional de Procedimientos Penales. Cámara de Diputados. 5 de marzo de 2014. <https://bit.ly/3GXVUV3>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Cámara de Diputados. 5 de febrero de 1917. <https://bit.ly/3Qsb8Vo>
- Consultado el 30 de diciembre de 2022. <https://bit.ly/3WQzMRM>
- Diario Oficial de la Federación. (2008, 18 de junio). Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Página de Internet. <https://bit.ly/3jTc9t7>
- Díaz Aranda, Enrique. (2020, 09 de marzo), Prisión Preventiva, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://bit.ly/3GpVjKf>
- Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. (s.f.). Principio de publicidad. [dpej.rae.es](https://bit.ly/3iozcM0). Consultado el 30 de diciembre de 2022. <https://bit.ly/3iozcM0>
- González, Zurita, Israel. (s.f.). El principio de contradicción en el sistema procesal acusatorio-adversarial. Juicio Oral Oaxaca. 1-6. Consultado el 30 de diciembre de 2022. <https://bit.ly/3vKxo3h>
- Martínez, Anzures, Roberto. (2022, 26 de enero). Los principios de continuidad y de concentración en las audiencias. Foro Jurídico. <https://bit.ly/3vN6ZBD>
- Naciones Unidas de Derechos Humanos. (2018, 7 de noviembre). Prisión Preventiva Oficiosa. Página de Internet. <https://bit.ly/3GhJTYQ>
- Salcedo, Flores, Antonio. (2019). La prisión preventiva oficiosa es un crimen de lesa humanidad. Alegatos (102)103. 239-264

- Salcedo Flores, Antonio. (2018). La prisión preventiva, ¿condena anticipada? Alegatos (98). 33-56
- Secretaría de Gobernación. (2017, 07 de agosto). Las medidas cautelares en el sistema de justicia penal. Página de internet. <https://bit.ly/3vPc9xg>
- Secretaría de Seguridad Ciudadana. (s.f.). Incidencia delictiva, Estadística Estatal y Municipal. Página de internet. Consultado el 2 de enero de 2023. <https://bit.ly/3Go9yze>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2022, 08 de septiembre). Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la suprema corte de justicia de la nación, celebrada el jueves 8 de septiembre de 2022. Página de Internet. <https://bit.ly/3ZhG7HF>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2022, 22 de noviembre). Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la suprema corte de justicia de la nación, celebrada el martes 22 de noviembre de 2022. Página de Internet. <https://bit.ly/3VVJX6q>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2022, 24 de noviembre). Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la suprema corte de justicia de la nación, celebrada el jueves 24 de noviembre de 2022. Página de Internet. <https://bit.ly/3jPWlr4>
- Velasco Abogados. (s.f.). Privación injusta de la libertad. Página internet. Consultado el 30 de diciembre de 2022.
- Villanueva Turnes, Alejandro. (2019). El importante derecho a la presunción de inocencia: especial referencia a la regulación y titularidad en el ordenamiento jurídico español. Facultad de Derecho en México (69)274. 708-725

## LA FISCALÍA EUROPEA: UN PASO DE GIGANTE EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN COMUNITARIA EN MATERIA PROCESAL PENAL

---

CECILIA CUERVO NIETO  
*Universidad de Salamanca*

### 1. INTRODUCCIÓN

El 1 de junio del año 2021 inició su andadura, comenzando así a operar material y formalmente, una nueva institución dentro del complejo organigrama institucional de la Unión Europea; la Fiscalía Europea.

La creación de la Fiscalía Europea constituye en palabras del comisario europeo de Justicia, Didier Reynders, “el inicio de una nueva fase en la historia de la integración europea”.

Por su parte y en la misma línea la Vicepresidenta de Valores y Transparencia, Vera Jourová, afirmó que “Ahora nos encontramos en la recta final: estamos a punto de crear la primera oficina europea dedicada a la investigación y el enjuiciamiento de delitos que afectan al presupuesto de la UE. A partir del 1 de junio, los fiscales europeos, liderados con firmeza por Laura Kövesi, tomarán medidas drásticas contra los delincuentes y velarán por que no se malgaste ni un solo euro a causa de la corrupción o el fraude<sup>575</sup>”.

Para poder comprender cuál es el alcance real de la nueva figura de la Fiscalía Europea es preciso comprender las concretas coordenadas en que se enmarca su creación.

---

<sup>575</sup> Comunicado de prensa de la Comisión Europea, del día 26 de mayo del año 2021. “Protección del presupuesto de la Unión Europea; la Fiscalía Europea comenzar a funcionar el 1 de junio”.

A tal efecto, no podría hablarse en puridad de la Fiscalía Europea sin analizar el contexto o marco teórico que alumbra su nacimiento. En este sentido, dicho marco teórico viene presidido por la vigencia del llamado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, resultante en gran medida de las conclusiones alcanzadas en el trascendental Consejo Europeo de Tampere celebrado el 16 de octubre de 1999.

Siguiendo al catedrático Fernández Rozas, “el Consejo Europeo reunido en Tampere el 16 de octubre de 1999 aprobó un programa de trabajo para llevar a la práctica el referido Espacio de justicia, seguridad y libertad en Europa<sup>576</sup>”.

Uno de los principales instrumentos de actuación instituidos por el Consejo Europeo de Tampere en el marco del citado Espacio es el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales.

De hecho, la Conclusión número 33 del citado Consejo Europeo señala expresamente que

“un mejor reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales y la necesaria aproximación de las legislaciones facilitaría la cooperación entre autoridades y la protección judicial de los derechos individuales. Por consiguiente, el Consejo Europeo hace suyo el principio de reconocimiento mutuo, que, a su juicio, debe ser la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión. El principio debe aplicarse tanto a las sentencias como a otras resoluciones de las autoridades judiciales<sup>577</sup>”.

Asimismo, el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales a su vez, descansará en el progresivo y paulatino proceso de armonización de los derechos penales de los Estados miembros.

Esto es, dada la naturaleza particularmente compleja y sensible que presentan las cuestiones penales- recuérdese que, no en vano, el Derecho Penal ha sido históricamente uno de los últimos reductos y vestigios de la soberanía nacional de los Estados, una vez suprimida la emisión de moneda propia en el ámbito de la Unión Europea- se abogó por una

---

<sup>576</sup> Fernández, J.C. (2004). El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia consolidado por la Constitución Europea, *Revista Jurídica española La Ley*, 4, 1867-1881, página 10.

<sup>577</sup> Véase a tal efecto [https://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_es.htm](https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm) (fecha de consulta: el día 03/12/2022).

progresiva aproximación vía armonización- que no unificación ni estandarización ni asimilación- de los Derechos Penales internos de los diferentes Estados miembros, de modo que, con plenas garantías del principio de respeto de las tradiciones jurídicas propias de los Estados, se converja hacia ciertos objetivos comunes a todos ellos sobre determinadas materias.

En un primer momento, se optó por articular estos objetivos a través de Decisiones Marco – en el ámbito propio del tercer pilar y de la cooperación judicial y policial en materia penal- si bien, en la actualidad, desde el Tratado de Lisboa, con la desaparición de la Europa de los tres pilares consagrada por el Tratado de Maastrich (1992), son las Directivas, también como normas mínimas, los instrumentos normativos más idóneos para la consecución de los diferentes objetivos y finalidades perseguidos por las instituciones comunitarias en la materia.

En cuanto al marco normativo de la Fiscalía Europea, este viene fundamentalmente integrado por el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, si bien, a su vez, este texto se fundamenta en la Directiva 2017/1371 de lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión Europea a través del Derecho penal. En este punto, es importante destacar la valiosa labor armonizadora introducida por la citada Directiva en relación con la delimitación terminológica y material que lleva a cabo en materia de definiciones, sanciones y plazos de prescripción de los diferentes delitos que atentan contra los intereses financieros de la Unión Europea.

Además, es importante tener en cuenta que, desde la redacción dada por el Tratado de Lisboa del año 2007, el art. 86 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) ya apuntaba la posibilidad de crear por unanimidad, o en su defecto mediante el mecanismo de la cooperación reforzada- instaurado por el Tratado de Ámsterdam- una Fiscalía Europea.

De esta manera, el citado precepto establece que “Para combatir las infracciones que perjudiquen los intereses financieros de la Unión, el Consejo podrá crear mediante Reglamentos adoptados con arreglo a un

procedimiento legislativo especial una Fiscalía Europea a partir de Eurojust. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo”.

A tal efecto, se podría diseñar una suerte de línea del tiempo, jalonada por una serie de hitos que han determinado finalmente la creación de la Fiscalía Europea el día 1 de junio del año 2021, toda vez que es importante tener en cuenta que su establecimiento es el resultado de un largo proyecto, cuyos inicios se retrotraen casi a los inicios del proceso de integración comunitaria.

De esta manera, dicho inicio podría fijarse en el Corpus Iuris (1997) - proyecto de un código penal único para la Unión Europea elaborado por un grupo de expertos dirigido por Mireille Delmas-Marty a instancias de la Comisión Europea<sup>578</sup>- que, en materia de procedimiento penal, planteaba ya la posibilidad de crear un Fiscal Europeo con jurisdicción en todo el territorio comunitario.

El siguiente hito viene marcado por el Libro Verde de la Comisión en el año 2001, que aludía a la creación de una Fiscalía Europea para la defensa de los intereses financieros de la todavía llamada Comunidad Europea.

En el año 2007, ya se ha citado la propuesta planteada por el art.86 TFUE tras la redacción dada desde el Tratado de Lisboa. Con este fundamento normativo, en el año 2013 la Comisión presenta una propuesta de Reglamento, que culminará con el citado Reglamento 2017/1939, que entrará en vigor el 31 de octubre del 2017.

Años más tarde, en el mes de octubre de 2019, el Consejo Europeo procede a realizar el nombramiento del primer Fiscal Europeo, cargo recaído en Laura Codruta Kövesi, de nacionalidad rumana<sup>579</sup>, siendo este nombramiento posteriormente avalado por el Parlamento Europeo.

---

<sup>578</sup> El Corpus Iuris tenía por objeto la elaboración de un sistema penal de carácter mixto, estructurado a partir de las legislaciones penales internas de cada Estado miembro pero con fundamento en el Derecho Comunitario, encaminado en todo caso a la salvaguarda de los intereses financieros de la Unión.

<sup>579</sup> Ver al efecto <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2019/10/14/eu-public-prosecutor-s-office-epo-laura-codruta-kovesi-to-become-the-first-european-chief-prosecutor/> (consulta realizada el día 03/12/2022).

El año siguiente, el 29 de septiembre de 2020, el Consejo Europeo lleva a cabo el nombramiento de los 22 Fiscales Europeos, uno por cada Estado miembro que participa de la estructura e institución propia de la Fiscalía. Tanto los Fiscales Europeos como la propia Fiscal General prestan juramento de su cargo ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Finalmente, como se ha señalado, el día 1 de junio del año 2021, tras un largo periplo de más de veinte años, la Fiscalía Europea comienza a operar en el ejercicio de sus competencias.

## 2. OBJETIVOS

El presente capítulo tiene por objeto analizar la nueva figura de la Fiscalía Europea desde una doble perspectiva:

- Por una parte, se pretende analizar la institución de la Fiscalía Europea, atendiendo a su naturaleza formal y material. Para ello, se lleva a cabo un estudio del proceso de formación o génesis de la Fiscalía- ya descrito brevemente como necesario marco teórico delimitador en la Introducción- para, a continuación, analizar la composición, estructura, competencias y características de este nuevo organismo comunitario, de personalidad *sui generis*. (Dimensión comunitaria).
- Separadamente, se pretende poder determinar el alcance de la implantación que esta novedosa figura de la Fiscalía Europea ha tenido en nuestro país. (Dimensión interna o nacional).

En relación con este segundo objetivo, que podría considerarse de una vertiente más nacional, hay que tener en cuenta, y así se expondrá, cuáles son las singularidades que caracterizan el modelo del sistema procesal penal español.

Es decir, hay que tener muy presente que la ley de ritos que continúa rigiendo el proceso penal en España es la decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal, del año 1882- del 14 de septiembre de ese año- que, si bien ha sido sucesivamente reformada (en torno a unas setenta ocasiones) en un intento de actualizarla a las vigentes necesidades del

proceso penal del siglo XXI, mantiene aún ciertos anacronismos difíciles de compatibilizar con las exigencias imperantes de nuestro tiempo, pues no ha ocurrido en materia procesal penal lo que sí ocurrió en materia de proceso civil, con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, elaborada *ex novo* como un regulación de nueva planta.

Precisamente, uno de esos anacronismos se refiere a la propia distribución entre los principales operadores jurídicos de las funciones esenciales del proceso penal; la instrucción y el enjuiciamiento. A tal efecto, en España, salvo el proceso de menores-que constituye una notabilísima excepción-la instrucción corresponde fundamentalmente a los jueces de instrucción, mientras que el posterior enjuiciamiento de los delitos recae en función de la gravedad del delito- que se determina a su vez por el propio *quantum* de pena a aplicar ex.art.13 y33 del CP- en diferentes órganos jurisdiccionales, en general, en los Juzgados de lo Penal, las Audiencias Provinciales o los Tribunales Superiores de Justicia.

De esta manera, con arreglo al art. 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981, (aprobado en virtud de la Ley 50/1981 de 30 de diciembre), las labores de los fiscales quedan fundamentalmente reconducidas al orden jurisdiccional penal, y dentro de este orden jurisdiccional, al ejercicio de la acción penal,- y también civil- emanada de los delitos, participando en la instrucción en cuanto puede proponer o solicitar del juez instructor la adopción de determinadas diligencias o la realización de ciertas actuaciones de aseguramiento en materia de medidas cautelares.

Frente a la situación descrita, en la mayoría de países de nuestro entorno jurídico, tales como Francia, Alemania o Italia, son los fiscales quienes asumen la dirección de la fase instructora, bajo la supervisión necesaria del llamado juez de garantías, que asegura el escrupuloso cumplimiento de la legalidad vigente en las actuaciones sumariales al tiempo que garantiza la debida defensa de los derechos procesales del investigado.

Es por ello de suma importancia estudiar de qué manera, el sistema introducido por la Fiscalía Europea que atribuye a los Fiscales Europeos Delegados de los diferentes Estados miembros la investigación e instrucción de los delitos respecto de los cuales es competente, resulta

compatible con las peculiaridades propias de nuestro sistema procesal penal delineado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

### 3. METODOLOGÍA

En relación con la metodología empleada, hay que señalar que no ha sido sencillo proceder al estudio de la figura de la Fiscalía Europea desde el punto de vista doctrinal.

Es decir, desde una perspectiva jurídica, el estudio de las diferentes figuras o instituciones jurídicas se fundamenta, por una parte, en el análisis de la normativa aplicable, y por otra parte, en el análisis de aquellas fuentes no ya primarias- como la propia normativa- sino secundarias, que analizan y contribuyen a la mejor comprensión de la institución de que se trata.

En cuanto a las fuentes primarias, la normativa reguladora de la Fiscalía Europea viene integrada por dos instrumentos principalmente, ya aludidos al inicio de este capítulo.

En primer término, el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, establece el marco normativo específico, regulando las diferentes cuestiones relativas a competencias, composición, estructura, funciones, etc.

No obstante, como necesario precedente, el texto del Reglamento descansa a su vez en una norma anterior, la Directiva 2017/1371 de lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión Europea a través del Derecho penal, especialmente relevante en cuanto a la delimitación de las competencias por tanto que establece los delitos de los cuales podrá conocer la Fiscalía (tal como se deriva de la propia dicción literal del art.22.1 del Reglamento, que expresamente se refiere al contenido de la citada Directiva).

Asimismo, y tal como se apuntaba en el apartado de los Objetivos, en el caso español, a estas dos normas emanadas de las instituciones comunitarias con competencias en el procedimiento legislativo de la Unión Europea, hay que añadir un tercer instrumento regulatorio, la Ley Orgánica

9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento 2017/1939 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. Esta ley orgánica, como se expondrá seguidamente, introduce importantísimas novedades en el marco del proceso penal español, como la figura del juez de garantías, verdaderamente inédita en el panorama del ordenamiento jurídico español.

De esta manera, una vez analizado el diferente material regulatorio- las fuentes primarias- es preciso acudir a las llamadas fuentes secundarias, integradas fundamentalmente por la doctrina y la jurisprudencia.

No obstante, tratándose de una cuestión tan novedosa y reciente en el tiempo, no existen apenas artículos doctrinales que (más allá de la propia noticia, planteada desde una perspectiva prácticamente periodística) analicen en profundidad y con verdadero rigor científico-jurídico el alcance y dimensión actual que supone el nacimiento de la figura de la Fiscalía Europea.

En el plano jurisprudencial, es poco lo que puede encontrarse, dadas las razones señaladas. No obstante, resulta especialmente interesante por su novedad lo expuesto en el Auto número 20424/2022, dictado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que resuelve una cuestión de competencia negativa entre la Fiscalía española y la Fiscalía Europea en relación a un delito de fraude de subvenciones a los presupuestos de la Unión Europea.

Finalmente, y ante la escasez de literatura científica especializada en la materia, ha sido imprescindible acudir directamente a los contenidos alojados en las diferentes páginas web relativas a la materia, tales como la de la propia Fiscalía Europea (<https://www.eppo.europa.eu/es>); del Consejo Europeo (<https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eppo/>); o de la fiscalía española (<https://www.fiscal.es/enlaces>).

Asimismo, más allá de todo lo expuesto, y enlazando con lo señalado al inicio de este Capítulo en la Introducción, es preciso tener conocimientos de lo que constituye el llamado proceso de integración comunitaria así como del propio Derecho de la Unión Europea- especialmente del llamado Derecho Penal comunitario- siendo igualmente necesario

comprender el no siempre sencillo entramado institucional en que se vertebra el funcionamiento de la Unión Europea.

En definitiva, se trata de una metodología fundamentalmente analítica que, a partir del estudio y consulta de diferentes fuentes (primarias- las normas señaladas- y secundarias- artículos de prensa, páginas web, etc) permitan dibujar, de lo general a lo particular, un planteamiento completo, aunque sucinto, del funcionamiento, competencias y finalidades que la Fiscalía Europea está llamada a cumplir, en su doble dimensión; la comunitaria y la española.

#### 4. DISCUSIÓN

Teniendo en cuenta todo lo dicho en las páginas precedentes, la discusión principal a debatir es la determinación de la naturaleza, competencias y características de la Fiscalía Europea.

Es decir, es imperativo conocer la última aportación realizada al complejo entramado institucional de la Unión Europea de la mano de la Fiscalía Europea, que constituye además un verdadero hito, un auténtico antes y después en el proceso de integración comunitaria- como muy bien apuntaba el Comisario de Justicia- especialmente en materia de cooperación procesal penal dentro de las coordenadas ya aludidas del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

De esta manera, el objeto de la presente discusión necesariamente ha de centrarse en discernir sobre el verdadero alcance, para llegar a conocer la real dimensión y magnitud de la Fiscalía Europea en la doble dimensión señalada- la comunitaria, y la nacional en el ámbito interno de cada Estado miembro que participa de ella y que en el presente trabajo se limitará a España-.

#### 5. RESULTADOS

Cuando se habla de la Fiscalía Europea, una de las principales cuestiones que se plantean, desde una perspectiva teleológica es, ¿por qué y para qué? Es decir, es necesario conocer qué motiva la creación de este

organismo y cuáles son las finalidades que con ella pretenden alcanzarse.

A tal efecto, la Unión Europea calcula que solo por fraude transfronterizo de IVA se pierden anualmente unos 100.000 millones de euros, evidenciando que las políticas que en este sentido se acometen por parte de los Estados miembros a nivel nacional son insuficientes para la protección de los intereses financieros comunitarios.

Es por ello que la acción judicial de la Unión deberá centrarse en una más eficaz protección y defensa de los intereses financieros comunitarios. En este sentido, el considerando tercero del Reglamento 2017/1939 determina que tanto la Unión Europea como los Estados Miembros de la Unión Europea tienen la obligación de proteger los intereses financieros de la Unión. No obstante, el propio Reglamento señala que actualmente las autoridades nacionales de justicia penal de los Estados miembros no siempre persiguen ni investigan suficientemente los delitos que atentan contra dichos intereses financieros comunitarios.

De esta manera, se plantea la necesidad de conocer cuál era la situación previa a la creación de la Fiscalía Europea. Es decir, antes de que la Fiscalía Europea comenzara a operar a partir del 1 de junio de 2021, las autoridades nacionales de cada Estado miembro tenían competencia exclusiva para la investigación de esta clase de delitos, si bien estas competencias y los medios de que se valían para ejercerlas eran necesariamente limitadas toda vez que quedaban territorialmente circunscritas al ámbito territorial propio de sus respectivas fronteras. Esto es, las competencias exclusivas estatales se habían de detener forzosamente en las fronteras nacionales de cada Estado.

Por su parte, la Unión Europea contaba con una serie de instituciones especializadas también en la lucha contra los delitos que atentaban contra el presupuesto comunitario, tales como la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF); la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (EUROPOL) y la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (EUROJUST).

No obstante, las competencias de los citados organismos eran considerablemente limitadas en tanto que ni podían realizar diligencias de

investigación penal ni incoar procedimientos penales en los territorios de los diferentes Estados miembros.

De esta manera, ante la insuficiencia tanto de las competencias estatales (limitadas a sus respectivos territorios delimitados por sus fronteras) como de los propios organismos e instituciones comunitarias preexistentes, la Fiscalía Europea busca suplir las carencias de unas y otras, configurándose como el medio más eficaz y de mayor alcance para la garantía y salvaguarda de los intereses financieros de la Unión Europea.

Una vez que se tiene en cuenta ya la necesidad de crear la Fiscalía Europea y las finalidades que busca alcanzar, antes de proceder a exponer su composición, resulta preciso realizar una breve digresión acerca del mecanismo de la cooperación reforzada, toda vez que es en virtud de dicha cooperación que se llega a constituir la Fiscalía de la Unión.

A tal efecto, los art. 20 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Título III del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) configuran la cooperación reforzada como aquel mecanismo o procedimiento por el que se autoriza a un mínimo de nueve Estados miembros a establecer una suerte de cooperación o colaboración particularmente intensa o avanzada en un ámbito concreto de actuación de la Unión.

De esta manera, la cooperación reforzada permite superar puntos muertos en las negociaciones comunitarias. Es decir, cuando no existe un consenso unánime de todos los Estados miembros respecto de una materia concreta, la cooperación reforzada permite que aquellos Estados que sí están de acuerdo puedan avanzar por separado, dando lugar así a diferentes velocidades o ritmos de actuación que permiten superar una situación de bloqueo o paralización de ciertas negociaciones, motivada por la negativa de determinados Estados miembros.

En relación con la Fiscalía Europea, tal como se apuntó en la Introducción, la Comisión presentó su propuesta de Reglamento sobre la creación de la Fiscalía Europea en el año 2013. En este sentido, ya se dijo que el art.86 TFUE establecía la necesidad de recurrir a la cooperación reforzada en caso de que no se alcanzara en el seno del Consejo la unanimidad en cuanto a la creación de la Fiscalía Europea, siempre que esa

cooperación reforzada fuera secundada por al menos nueve Estados miembros.

De este modo, tras más de tres años de intensas negociaciones, el Consejo no fue capaz de alcanzar la unanimidad del conjunto de los Estados miembros respecto de la propuesta presentada por la Comisión en relación con la creación de la Fiscalía Europea. Para superar así el punto muerto en las negociaciones se decidió recurrir en los términos expuestos a la cooperación reforzada, iniciándose esta en abril del año 2017. Meses más tarde, el 12 de octubre de ese mismo año, el Consejo adoptó finalmente el Reglamento 2017/1939 (en vigor desde el 31 de octubre del año 2017).

Teniendo ya en cuenta la técnica normativa seguida para la creación de la Fiscalía Europea, procede centrar el enfoque en la estructura y composición de la misma.

Respecto de la estructura, esta es de naturaleza dual. Es decir, si bien su oficina central se encuentra en Luxemburgo, posee una red articulada a través de los Fiscales Europeos Delegados que garantiza la presencia de la Fiscalía Europea en todos los Estados miembros que participan de la misma.

De esta manera, se distingue una estructura central integrada por el Fiscal General Europeo y el Colegio de Fiscales Europeos. Respecto del primero, su mandato es no renovable y de siete años de duración, correspondiéndole durante el mismo la gestión y organización de la Fiscalía Europea, ejerciendo asimismo una importante labor de representación ante las demás instituciones de la Unión, así como frente a los Estados miembros y terceros Estados. Por su parte, el Colegio de Fiscales Europeos es un órgano de naturaleza colegiada integrada por el propio Fiscal General Europeo y los veintidós fiscales pertenecientes a los veintidós Estados miembros que forman parte de la estructura de la Fiscalía Europea (un fiscal por cada Estado). Tienen por función garantizar la coherencia y unidad de actuación de todos ellos en el ejercicio de la acción penal por los delitos de que conocen.

En segundo lugar, junto a la citada estructura central, existe una estructura descentralizada a nivel nacional en cada Estado, compuesta a su vez

por los Fiscales Europeos Delegados y las Salas Permanentes. En cuanto a los primeros, se encargan de llevar a cabo la investigación de los delitos sobre las competencias que les son propias, ejerciendo ante los tribunales nacionales la acción penal emanada de los mismos, con total independencia de las autoridades nacionales del Estado miembro en el que operan. En este sentido, cada Estado participante contará con al menos dos Fiscales Europeos Delegados, contando España con un total de siete. Respecto de las Salas Permanente, como órgano colegiado asumen la supervisión de las investigaciones, reservándose asimismo la toma de decisiones operativas.

Por otra parte, respecto de la composición de la Fiscalía Europea, toda vez que ante la falta de unanimidad hubo de recurrirse a la cooperación reforzada, no todos los Estados miembros de la Unión forman parte de la misma, sino que solo participan en ella veintidós Estados. De esta manera, no forman parte de la Fiscalía Europea ni Hungría, ni Polonia ni Suecia, mientras que Dinamarca e Irlanda tienen una opción de exclusión del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

Por otra parte, cada uno de los Estados que forman parte de la Fiscalía de la Unión cuenta con un Fiscal Europeo en el seno del Colegio de Fiscales Europeos de Luxemburgo y con al menos dos Fiscales Europeos Delegados que operan en el respectivo territorio del Estado llevando a cabo las actuaciones investigadoras.

En relación con las características de la Fiscalía Europea, procede exponer sucintamente los principios que orientan e inspiran su labor. A tal efecto, tales principios son los de subsidiariedad (previsto en el art.5 del TUE); legalidad; proporcionalidad, imparcialidad y equidad respecto de los investigados; protección de datos; colaboración, tanto con los organismos preexistentes en la Unión que comparten con la propia Fiscalía la defensa de los intereses financieros comunitarios (OLAF, EUROPOL y EUROJUST) como con otras instituciones tales como el Tribunal de Cuentas de la Unión o la Comisión, y cooperación leal con las autoridades nacionales e internas de los diferentes Estados miembros involucrados.

En cuanto a las características de la Fiscalía Europea, hay que señalar que, si bien esta es un órgano de la Unión Europea, goza de plena

independencia en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de que además cuenta con un presupuesto propio, estando además dotada de personalidad jurídica también propia, confiriéndole todo ello un estatus *sui generis*.

Además, como se ha expuesto, opera como una fiscalía única de carácter supranacional aunque descentralizada en los veintidós Estados miembros en los que opera a través de sus respectivos Fiscales Europeos Delegados para el ejercicio de sus competencias propias, que pueden resumirse en investigar y llevar a juicio a los responsables de aquellos delitos que atentan contra los intereses financieros comunitarios.

Del mismo modo, y siguiendo el planteamiento marcado por la Corte Penal Internacional- que no puede conocer de aquellos crímenes internacionales cometidos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Estatuto de Roma de 1998- la competencia temporal de la Fiscalía Europea está limitada por tanto que es irretroactiva, no pudiendo ésta investigar aquellos delitos perpetrados con anterioridad al inicio de la vigencia del Reglamento 2017/1939.

En relación con las competencias de la Fiscalía Europea- definidas en el art. 22 del Reglamento 2017/1939 y en la Directiva antifraude- ésta es competente para conocer del fraude transfronterizo del IVA superior a los diez millones de euros, así como otros tipos de fraude que afecten igualmente a los intereses financieros de la Unión. También conocerá de la corrupción que daña o puede dañar dichos intereses financieros y de la apropiación indebida de fondos o activos comunitarios por parte de un funcionario público. Por último, también será competente respecto de los delitos de blanqueo de capitales y delincuencia organizada, y cualesquiera otros delitos que estén indisolublemente ligados a algunas de las categorías delictivas señaladas anteriormente.

No obstante, es importante resaltar que, en aras a restringir las injerencias en cuestiones de política interna de los Estados, la Fiscalía Europea no será competente para conocer de desviaciones o defraudaciones que afecten exclusivamente a los impuestos directos nacionales de los Estados miembros participantes.

Del mismo modo, es también necesario comprender el alcance de las funciones de la Fiscalía de la Unión Europea en relación con el actual contexto derivado de la reciente implementación del mayor programa de estímulo financiero acometido por la Unión con la finalidad de hacer frente a las graves consecuencias provocadas por la pandemia de COVID, y que van a suponer la entrega a los Estados miembros de los llamados fondos europeos de recuperación, ingentes cantidades de dinero público con cargo al presupuesto comunitario. En este concreto marco, es crucial para la propia solvencia comunitaria que se garantice el uso adecuado por parte de los Estados miembros de esas cantidades de dinero, intensificándose así la propia relevancia del cometido que la Fiscalía Europea aspira a cumplir.

Por otra parte, en relación con las competencias, hay dos cuestiones relevantes que deben destacarse.

En primer lugar, la Fiscalía Europea ejerce sus funciones de investigar, ejercer la acción penal y llevar a juicio a los presuntos responsables de alguno de los referidos delitos ante los tribunales ordinarios, internos y nacionales de los diferentes Estados miembros. Se articula así un sistema de tutela judicial nacional. De esta manera, es importante tener en cuenta que la Fiscalía Europea no crea ni instituye ninguna jurisdicción europea especial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sino que su labor se circunscribe al ámbito judicial interno de los Estados que forman parte de ella.

En segundo lugar, se establece que cuando una autoridad nacional esté conociendo de un asunto que pudiera enmarcarse dentro de la relación de delitos enumerados en el art. 22 del Reglamento 2017/1939, deberá remitirle a la Fiscalía Europea las actuaciones, dándole traslado de las mismas e inhibiéndose a su favor cuando efectivamente se acredite que se trata de alguna de las citadas materias.

Finalmente, tal como se expuso al inicio de este capítulo, es menester ofrecer unas líneas respecto de la aludida dimensión nacional de la Fiscalía Europea en España, teniendo en cuenta lo ya apuntado en relación con las singularidades propias de nuestro sistema procesal penal.

Lo primero que hay que tener en cuenta es que España es uno de los veintidós Estados miembros que forman parte de la estructura de la Fiscalía Europea, adhiriéndose por tanto a la referida cooperación reforzada.

Asimismo, ya se apuntó la existencia de la Ley Orgánica 9/2021, configurada como aquel instrumento que en el Derecho español opera de vehículo para la implantación en nuestro ordenamiento jurídico de la Fiscalía Europea. También se expuso que, dado el modelo de distribución de las funciones de instrucción y enjuiciamiento del proceso penal español, en el que ambas labores son dirigidas por los Jueces y Magistrados, España presenta mayores dificultades que la mayoría de los demás Estados para adaptar su modelo a las exigencias operativas de la Fiscalía Europea.

En este sentido, la citada Ley Orgánica introduce una serie de novedades entre las que destaca la instauración de una figura absolutamente inédita dentro del panorama procesal español; el Juez de Garantías que supervisará, en el ámbito jurisdiccional de la Audiencia Nacional- dada su configuración como órgano jurisdiccional centralizado con jurisdicción en todo el territorio nacional- la investigación llevada a cabo por los siete Fiscales Europeos Delegados. Esto es, en consonancia con lo previsto en los art. 47 y 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la llamada Carta de Niza), se deben respetar las garantías y los derechos procesales del investigado, precisamente a través de la figura del juez de garantías.

Es decir, puesto que en España, como ya se señaló, los fiscales como regla general no dirigen la instrucción, es necesaria la existencia de los Jueces de Instrucción, figura está muy poco habitual en nuestro Derecho Comparado- por ejemplo, en Alemania o Francia o en Iberoamérica, en Colombia o Chile- donde lo más frecuente es la existencia de un fiscal que instruye y un juez de garantías que supervisa la labor del fiscal, garantizando el cumplimiento de la legalidad y el respeto de los derechos de la persona investigada en la primera fase del proceso penal previa al enjuiciamiento.

Así, la LO 9/2021 articula un nuevo sistema de recursos regulando una audiencia preliminar durante la fase intermedia destinada a preparar el

juicio oral, introduciendo además novedades en materia de la prueba trasfronteriza.

Asimismo, es importante tener en cuenta que supletoriamente, en todo lo no previsto en la citada LO 9/2021, serán de aplicación las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concretamente las que regulan el Procedimiento Abreviado (Título I del Libro IV). Del mismo modo, el art.9.1 de la LO 9/2021 establece que en caso de discrepancias respecto del alcance competencial del art. 22 del Reglamento 2017/1939, suscitadas entre la Fiscalía española y la Fiscalía Europea, resolverá el Fiscal General del Estado.

En todo caso, es preciso poner nuevamente de manifiesto que la propia actuación de la Fiscalía Europea y el desarrollo de la LO 9/2021 puede constituir, al atribuir la instrucción de los delitos a los Fiscales Europeos Delegados, un verdadero proyecto piloto en España, a modo de antesala de la necesaria y tantas veces pretendida modificación del sistema procesal penal español.

## 6. CONCLUSIONES

Con arreglo a todo lo expuesto en las páginas precedentes, pueden formularse las siguientes conclusiones y consideraciones finales.

La Fiscalía Europea constituye, dentro del marco de la cooperación procesal en materia penal en la Unión Europea, un auténtico cambio de paradigma, al permitir que fiscales distintos de los fiscales nacionales de los Estados miembros puedan llevar a cabo directamente investigaciones ante los órganos jurisdiccionales internos de esos respectivos Estados.

Las competencias de la Fiscalía Europea quedan circunscritas al ámbito estrictamente patrimonial, de modo que solamente conocerá de los delitos que atenten contra el presupuesto o intereses financieros de la Unión Europea.

La Fiscalía Europea hace descasar su propia eficacia en su independencia funcional, con la necesaria autonomía que impida cualquier tipo de injerencia o intromisión ilícita en el desempeño de sus funciones.

Por último, hay que recordar una vez más que en España la implantación del modelo de la Fiscalía Europea constituye una auténtica revolución que puede llegar a dinamizar el modelo procesal español, con un nuevo proceso penal acorde a las exigencias de la justicia penal en el siglo XXI.

## 7. REFERENCIAS

Bachmaier, L. (2018). La Fiscalía Europea. Marcial Pons.

Fernández, J.C. (2004). El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia consolidado por la Constitución Europea. Revista Jurídica española La Ley, 4, 1867-1881.

Gómez, JL. (2000). La protección penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2º Época, 6, 139-176.

[https://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_es.htm](https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm)

[bit.ly/3iF6lDc](https://bit.ly/3iF6lDc)

<https://www.eppo.europa.eu/es>

[bit.ly/3F4C34k](https://bit.ly/3F4C34k)

<https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eppo/>

[bit.ly/3XZK5E4](https://bit.ly/3XZK5E4)

<https://www.fiscal.es/enlaces>

[bit.ly/3P3LeX0](https://bit.ly/3P3LeX0)

<https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2019/10/14/eu-public-prosecutor-s-office-eppo-laura-codruta-kovesi-to-become-the-first-european-chief-prosecutor>

[bit.ly/3VW8xo8](https://bit.ly/3VW8xo8)

-Auto número 20424/2022, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

\*Todas las páginas web señaladas han sido consultadas por última vez el día 06/12/2022.

EL DELITO DE *CHILD GROOMING*  
 EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL:  
 REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO  
 A UN TIPO PENAL COMPLEJO

---

CECILIA CUERVO NIETO  
*Universidad de Salamanca*

## 1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, en las vigentes coordenadas del siglo XXI, todo aquello que afecta a los menores de edad presenta una naturaleza notablemente peculiar y compleja, toda vez que se parte de la idea de raíz rousseauiana, preconcebida y equívoca con arreglo a la cual el menor de edad es concebido como un ser puro, virginal y prácticamente incólume frente a cualquier tipo de influencia- necesariamente pernicioso- ejercida por los adultos.

Esta idea no es otra que la llamada mitología del niño inocente a la que se refiere uno de los mayores especialistas en materia de Derecho de Menores en España, Ramos Vázquez cuando señala, en clara alusión y evocación del niño Emilio de Rousseau, que “la mitología del niño inocente dictamina que los niños son seres fuertemente vinculados a la naturaleza, sin ningún tipo de maldad, puros, virtuosos y sujetos a la progresiva mala influencia de los adultos que les rodean<sup>580</sup>”.

Uno de los ámbitos en los que precisamente los menores- recuérdese que el término de menores de edad, que en España siempre ha sido incontrovertido y pacífico tanto social como doctrinalmente hablando, es un término cuestionado y polémico en muchos países iberoamericanos (Chile,

---

<sup>580</sup> Véase, Ramos, J.A. (2016). *Política Criminal, cultura y abuso sexual de menores*, Tirant lo Blanch, página 91.

por ejemplo) donde consideran que el concepto menor implica de manera intrínseca y consustancial una suerte de tratamiento peyorativo para la persona, en tanto que minusvalora su propia capacidad, abogando por tanto por el empleo de la expresión niños, niñas y adolescentes, término por cierto por el que también más recientemente ha optado el legislador español en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia - pueden verse más expuestos a la influencia negativa de los adultos es el ámbito virtual y *online*; es decir, el ámbito de las llamadas Tecnologías de la Información y la Comunicación (las conocidas TICs, por sus siglas en español).

A tal efecto, la relación entre los menores de edad y las nuevas tecnologías es fundamentalmente antitética, ya que, por una parte, el menor es considerado como un nativo digital, en tanto que muestra unas habilidades particularmente desarrolladas en el manejo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (piénsese que popularmente podría decirse que los menores de edad nacen con un ordenador o un móvil bajo el brazo, estando pues plenamente acostumbrados a la utilización y al empleo de las nuevas tecnologías cotidianamente en el desarrollo diario de su vida) pero simultáneamente, los menores son también un colectivo especialmente vulnerable ante los evidentes riesgos que presenta la Red, favorecidos por el anonimato tras el que se parapetan en muchas ocasiones sus usuarios.

Es por ello que, ante la paradoja de ser los menores de edad los usuarios mayoritarios de las nuevas tecnologías pero al mismo tiempo, integrar uno de los grupos más vulnerables y expuestos a los potenciales riesgos de Internet, los menores han de ser objeto de una tutela especialmente estrecha por parte de las diferentes instancias y Administraciones públicas.

Es indudable que Internet y las nuevas tecnologías han cambiado profundamente nuestra forma de enfrentar la realidad, la manera en que concebimos el mundo y, fundamentalmente, nuestra propia manera de relacionarnos y afrontar las relaciones personales, familiares, sociales y profesionales. Pues bien, los menores de edad, pese a los riesgos de este cambio drástico, no pueden mantenerse al margen, no pueden quedar excluidos de este proceso de cambio que afecta necesariamente a todas las personas, sean o no sean adultas.

En este punto, siguiendo a la profesora Díaz Cortés, en materia de menores, nos movemos en un terreno que oscila entre la aceptación, ante las evidentes utilidades que presentan las nuevas tecnologías, y el temor,<sup>581</sup> que se deriva de los igualmente evidentes peligros que les son inherentes.

De esta manera, puede afirmarse que las nuevas tecnologías presentan en sí mismas y de manera consustancial a su naturaleza, un carácter dicotómico, toda vez que conllevan tanto luces como sombras que no pueden ni deben ignorarse.

De esta manera, las TICs llevan consigo, en virtud de esa relación dicotómica a la que hacía referencia, tanto oportunidades como peligros que además se hacen particularmente intensos en el ámbito de los menores de edad.

Es decir, resulta evidente que, si bien, en relación con las nuevas tecnologías en España (cuestión distinta ocurre en países como Francia o Costa Rica, donde el derecho de acceso a Internet se configura incluso como un derecho básico derivado del artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en plena Revolución Francesa) no existe en el plano constitucional *strictu sensu* un verdadero y autónomo derecho a Internet, la doctrina sí coincide en señalar la gran influencia que Internet y las nuevas tecnologías presentan para el ejercicio de muchos derechos que sí que se hayan expresamente reconocidos en el texto de la Carta Magna.

Piénsese, por ejemplo, en el derecho a la educación- donde el papel de las TIC se ha demostrado especialmente decisivo tras los estragos que el confinamiento provocó en el modelo de sistema educativo vigente hasta la pandemia, basado en la presencialidad del alumnado- el derecho a participar en los asuntos públicos, el derecho a recibir libremente información veraz, el derecho a expresar libremente y por cualquier medio las opiniones propias, el derecho de acceso a la cultura, el derecho a la intimidad, etc. Dentro de este amplio haz de derechos, algunos de ellos

---

<sup>581</sup> Ver en este punto Díaz, L.M., (2018). "Menores e Internet: entre las oportunidades y los riesgos. Un punto de partida para entender las políticas criminales", *Algunos desafíos en la protección de datos personales*, Comares, página 140.

configurados como verdaderos derechos fundamentales reconocidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución Española de 1978- es evidente que los menores de edad son plenos titulares de todos ellos y así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, como órgano de expertos independientes que vela por el adecuado cumplimiento del contenido reconocido en la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño del año 1989-.

No obstante todo lo anterior, al mismo tiempo, no pueden ni deben desconocerse los peligros que las nuevas tecnologías presentan para los menores, máxime si se tiene en cuenta que tales peligros se intensifican respecto de este colectivo al ser estos los usuarios mayoritarios de las denominadas redes sociales de ocio, en cuyo uso se inician además a edades cada vez más tempranas y prematuras.

Asimismo, es evidente que, aunque se deba reconocer a los menores una capacidad progresiva- que implica el paulatino reconocimiento de capacidad y aptitud para el desempeño de los menores y su desenvolvimiento en la vida adulta, de modo que la consecución de esa capacidad de obrar no se produzca respecto de todos y cada uno de los actos al alcanzar la mayoría de edad a los dieciocho años, sino de forma paulatina ya desde los doce años de edad (piénsese que ciertos actos como consentir la propia adopción, otorgar testamento salvo el testamento ológrafo que exige necesariamente la mayoría de edad, contraer matrimonio, trabajar, etc, pueden válidamente ser realizados antes de alcanzar la plena capacidad de obrar con la mayoría de edad)- los menores, no están, en circunstancias normales, en un plano de plena igualdad con los adultos presentando lógicamente una mayor predisposición al engaño y la sugestión empleadas por los estos, siendo por ello particularmente ingenuos e incautos en sus relaciones con los mayores de edad.

Por último, no puede obviarse el hecho de que Internet supone un nuevo escenario de la actividad delictiva, y de ello son una buena muestra el cada vez más extenso catálogo de delitos informáticos tipificados en el Código Penal español, desde delitos económicos y estafas hasta ciertas modalidades de acoso informático y delitos contra los menores (introducidos por la LO 8/2021 que precisamente introduce cuatro nuevos

delitos contra los menores de edad cuyos medios comisivos son concretamente las nuevas tecnologías de la información y la comunicación).

Es decir, el efecto desinhibidor propio de Internet y de las redes sociales, unido a la falsa sensación de impunidad proporcionada por el anonimato que facilita la pantalla, junto con la facilidad de acceso y uso de las redes sociales por parte de los menores de edad, muy inmaduros e ingenuos ante el contenido audiovisual de Internet, provoca que las TIC constituyan una innegable fuente de riesgos y peligros para nuestros menores, que, si bien no deben empañar hasta el punto de ocultar las oportunidades y fortalezas de las nuevas tecnologías, tampoco pueden ignorarse.

## 2. OBJETIVOS

- El presente estudio tiene por objeto principalmente ofrecer un análisis del tipo penal del *child grooming*. De esta manera se pretende realizar un estudio de los principales aspectos penales de esta compleja figura delictiva, considerada paradigmática de la tendencia mayoritaria en el ámbito de los poderes públicos de percibir a los menores de edad como sujetos plenamente indefensos, partiendo por ello de la concepción de que de las nuevas tecnologías derivan graves riesgos y peligros de calado mucho mayor que las ventajas o beneficios que pudieran aportar.
- Por lo tanto, se llevará a cabo un estudio de los diferentes elementos integradores del tipo penal, sin perjuicio de que se pretende plantear un estudio necesariamente global y holístico que, desde una panorámica integradora y sistemática, analice el encuadre y marco teórico del tipo penal del *child grooming* en relación con los demás delitos contra la libertad e indemnidad sexual (y teniendo en cuenta todo lo apuntado en el apartado de la Introducción a modo de coordenadas sociológicas que explican mejor el fenómeno).

### 3. METODOLOGÍA

El presente capítulo tiene por objeto, como se ha apuntado, el estudio de la figura del *child grooming* y su tratamiento en el Derecho Penal español.

Para ello, es preciso en primer lugar proceder al análisis de la norma penal como fuente primaria.

En este sentido, lo primero que hay que tener en cuenta es que el delito de *child grooming* fue introducido en el Código Penal español en el año 2010, en el art. 183 bis del CP, en virtud de la reforma aprobada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

A tal efecto, se ha aludido por parte de la doctrina, y muy acertadamente en mi opinión, que la incorporación al ordenamiento jurídico español del delito de *child grooming* obedece a la necesidad de cumplir por parte de España con tres instrumentos internacionales que, en tanto que válidamente ratificados por nuestro país, le imponen a este una serie de compromisos y obligaciones ex art. 93 y 97 de la Constitución Española de 1978.

En este sentido, tales instrumentos internacionales son primeramente, por orden de antigüedad, la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre del año 2003, cuyo carácter excesivamente abierto e impreciso dificulta su deseable implementación por parte de los Estados miembros.

Más determinante en cuanto a la actual tipificación del delito de *child grooming* en el Derecho Penal español es el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños y la explotación y el abuso sexual infantil de 25 de octubre de 2007, el habitualmente conocido como Convenio de Lanzarote, cuyo art. 23 sí que se configura ya sí como auténtica antesala de la tipificación actual del delito de *child grooming* en el Código Penal de 1995.

De esta manera, el citado art. 23 del Convenio de Lanzarote señala que

“Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del

apartado 2 del artículo 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.ª del artículo 18 o al apartado 1.ª) del artículo 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro”.

Finalmente, el tercer instrumento internacional del que se deriva la obligación para España de penalizar a nivel interno la figura del *child grooming* es la Directiva 2011/93/UE, del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativos a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, cuyo artículo sexto hace referencia expresamente al término de embaucamiento de menores con fines sexuales a través de las nuevas tecnologías en los siguientes términos:

“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas dolosas siguientes:

La propuesta por parte de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, con el fin de cometer una infracción contemplada en el artículo 3, apartado 4, y en el artículo 5, apartado 6, cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año”.

Por lo tanto, de conformidad con lo expuesto, el delito de *child grooming* se introduce en España en el año 2010, en el art. 183 bis. No obstante, años después, en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se produce una reforma del tipo delictivo, que lleva consigo además la modificación de la propia ubicación del tipo penal que pasa así del art. 183 bis originario de la LO 5/2010 al art. 183 ter párrafo primero (recuérdese que el párrafo segundo de ese mismo precepto introducido *ex novo* por la LO 1/2015 tipifica el delito de *sexting* con el que la figura del *child grooming* está estrechamente vinculada).

Por último, recientemente se ha producido otra modificación de la ubicación concreta de la figura penal del *grooming* en virtud de la muy controvertida Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre (la conocida vulgarmente como “ley del solo sí es sí”), que en tanto que suprime la tradicional distinción entre agresión y abuso sexual modifica profundamente la redacción del Título VIII del Libro II. En este sentido, el *child*

*grooming* solo se modifica en cuanto a los numerales de los delitos que deben ser perseguidos por parte del *groomer* (art. 181 y 189 CP respectivamente en la nueva redacción) además de su propio numeral, en tanto que la LO 10/2022 tipifica el *grooming* en el art. 183.1 CP, siendo por tanto, el artículo en el que se regula actualmente.

Partiendo así de estas nociones sobre la propia sistemática, el trabajo se nutre por tanto de la norma jurídica como fuente primaria en los términos apuntados.

A continuación, se acudirá a la jurisprudencia (no en vano se afirma que el delito de *child grooming* es un tipo penal de construcción jurisprudencial) y a la doctrina penal española, muy prolija en materia de *child grooming*, pues es preciso apuntar ya que la figura penal cuyo estudio ocupa estas líneas ha sido fuertemente contestada desde la perspectiva doctrinal mayoritaria, que considera que se trata de un acto preparatorio de otros delitos, los contemplados en los art. 181 y 189 respectivamente, pero elevado a la categoría de delito autónomo e independiente de ambos, lo cual, señalan los autores, difícilmente se compadece con un Derecho Penal de *ultima ratio*, fragmentario y subsidiario.

#### 4. RESULTADOS

En primer lugar, hay que tener en cuenta para poder abordar el estudio del *child grooming* que se trata de un término procedente del ámbito anglosajón que llega a España en el año 2010 tal y como se ha expuesto en las páginas precedentes, en cumplimiento de una serie de compromisos internacionales ineludibles para España.

A tal efecto, el término *child grooming* procede del verbo *to groom* en inglés, que significa preparar, asear, acicalar, por tanto, la expresión *child grooming* vendría a significar una suerte de aseo infantil en términos literales y una clase de embaucamiento infantil en sentido más figurado (no obstante, quisiera aquí precisar que la única vez que el término embaucar figura expresamente en el Código Penal no es en relación con la figura del *child grooming* sino con la del *sexting*, ex art.183. 2CP).

Respecto a la delimitación conceptual del término en un sentido técnico-jurídico, Montserrat Sánchez-Escribano define de manera completa el fenómeno del *child grooming* como aquella propuesta de encuentro realizada por parte de un adulto a un menor de edad con la finalidad de cometer contra él un delito de naturaleza sexual<sup>582</sup>.

De esta manera, teniendo en cuenta la anterior definición, es más comprensible el contenido del art. 183 CP cuando dispone en su párrafo primero que

“El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”.

Procede, por tanto, desmenuzar los diferentes elementos típicos del delito.

En cuanto al sujeto activo que realiza la conducta típica descrita en el tipo penal, el precepto no establece ninguna particularidad al respecto, sino que se limita a señalar de manera absolutamente genérica “*el que*”. Resulta curioso que en este punto el legislador español se haya desvinculado del criterio empleado expresamente por el Consejo de Europa a través del Convenio de Lanzarote cuyo art. 23 expresamente se refiere al termino adulto, por clara oposición al término de menor.

No obstante, y en tanto que el legislador español no incorpora el parecer del Consejo de Europa, en puridad, el autor del delito de *child grooming* podrá venir dado en España por cualquier persona, siendo así un delito común, cuyo autor puede ser, por tanto, cualquier adulto o incluso un menor.

---

<sup>582</sup> Véase a Montserrat, M. I. (2017). Reflexiones sobre el *child grooming*. A propósito del libro “El delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores”, *Revista Jurídica de las Islas Baleares*, 15, página 12.

De hecho, hay que señalar que una de las primeras sentencias condenatorias recaídas en España por el delito de *child grooming* precisamente condenó a un sujeto menor de edad, al entender que no resultaba aplicable en su favor la excusa absolutoria conocida como “Cláusula de Romeo y Julieta” ex. art. 183 bis CP, por falta de proximidad en cuanto a la edad y en cuanto al grado de desarrollo y madurez entre autor y víctima<sup>583</sup>.

En cuanto al sujeto pasivo del delito, como titular del bien jurídico protegido, este ha de venir ya sí circunscrito a los sujetos menores de dieciséis años de edad. En este sentido, es importante matizar la diferenciación entre menores de edad, de dieciocho años de edad, y menores de dieciséis años, toda vez que solo estos últimos son en puridad verdaderos sujetos pasivos del delito de *child grooming*. En todo caso, esta diferenciación que realiza el legislador español entre menores de edad en general (en el ámbito propio de los delitos de pornografía infantil, por ejemplo) y menores de dieciséis años como sujeto pasivo para ciertos delitos en particular dificulta la labor del intérprete en ocasiones.

En relación con el bien jurídico protegido por el delito, idealmente viene constituido por la indemnidad sexual, que no libertad sexual, de que son titulares los menores de dieciséis años de edad en España. No obstante, y aunque excedería notablemente del objeto y pretensión de estas páginas realizar un análisis de las diferencias existentes entre libertad e indemnidad sexual, sí que quisiera poner de manifiesto la considerable dificultad a la hora de acotar uno y otro bien jurídico, no habiendo consenso unánime por la doctrina en este punto ( e incluso algunos autores, como González Tascón o Monge Fernández, vienen a defender la tesis en virtud de la cual estaríamos ante un delito pluriofensivo, que no solamente atentaría contra la indemnidad sexual del menor en cuestión, sino también contra otros bienes jurídicos más difusos en su apreciación,

---

<sup>583</sup> Véase al efecto la Sentencia del Juzgado de Menores de Orense núm. 43/2013 de 13 de mayo, ratificada por la Audiencia Provincial (SAP Orense núm. 373/2013, de 4 de octubre) que condenó al amparo de la LO de responsabilidad penal del menor (LO 5/2000) a un menor de 17 años de edad como autor de un delito de *child grooming* cometido contra otra menor, de 12 años, a diez meses de libertad vigilada, con la obligación de asistir a un curso de desarrollo afectivo sexual de cuarenta horas de duración.

tales como la propia seguridad de la infancia en su conjunto como colectivo en el ámbito informático y tecnológico).

Respecto de la conducta típica, el delito de *child grooming* requiere de la conjunción inescindible de tres elementos complementarios; es decir, para que en puridad pueda hablarse de un delito de *child grooming* consumado a efectos penales (y esta cuestión es verdaderamente trascendente en tanto que como acto preparatorio que es, no resulta punible la tentativa del *child grooming* ex. art. 16 CP) deben concurrir los siguientes elementos sucesivo en la conducta desplegada por el autor (lo que la doctrina califica como tipo cumulativo mixto): contacto con el menor, propuesta de encuentro con el mismo y actos materiales dirigidos a ese encuentro.

Debe existir en primer lugar un contacto con el menor a través de alguna de las tecnologías de la información y la comunicación aludidas por el legislador (aunque ha llegado a admitirse al apreciarse el delito el contacto inicial y primero realizado *off line*, de manera personal siempre que posteriormente ese contacto entre autor y víctima menor de dieciséis años se prolongara ya en el ámbito *on line* de las TIC). En todo caso, para que la conducta tenga una mínima relevancia penal será necesaria alguna clase de respuesta por parte del sujeto menor destinatario del contacto.

En segundo lugar, es imprescindible que exista y se formalice una propuesta de encuentro entre el autor y la víctima, con cierto rigor y seriedad.

Por último y en tercer lugar, y este es el elemento clave, serán necesarios actos materiales encaminados al acercamiento, siendo precisamente la concurrencia de este requisito la que determina la consumación autónoma del delito de *child grooming* con independencia de que el autor lleve a cabo o no sobre ese menor víctima los delitos pretendidos de los previstos en los art. 181 y 189 CP respectivamente. Es más, los actos materiales dirigidos al acercamiento (como el envío de regalos, por ejemplo) implican la voluntad del autor, del *groomer* de trascender ya la vertiente virtual, alcanzando la física y presencial, con el objeto de mantener con el menor un encuentro real, cuya consecución no formaría ya parte en puridad del *iter criminis* propio del delito de *child grooming*,

que ya se habría válidamente consumado desde que existan esos actos materiales.

Precisamente, la exigencia señalada de los actos materiales, físicos y dirigidos al acercamiento, es lo que permite a la jurisprudencia del Tribunal Supremo configurar el delito de *child grooming* en cuanto a su consumación como un delito no de peligro abstracto, sino de peligro concreto, que exige la creación efectiva de un peligro de lesión inmediata para el bien jurídico protegido.

Por otra parte, en relación con el tipo subjetivo, el delito de *child grooming* es un delito necesariamente doloso, cuya modalidad de incriminación imprudente, en tanto que no se encuentra prevista por el legislador expresamente (ex art. 10 y 12 CP, que dibujan un sistema de *numerus clausus* para la incriminación penal de la imprudencia en España) no existe, no siendo punible.

No obstante, el tipo penal exige, como finalidad adicional del autor de la conducta que inspira precisamente toda ella, que el *groomer* persiga cometer los delitos tipificados en los art. 181 o 189 CP contra la misma víctima.

## 5. DISCUSIÓN

Partiendo ya de todo lo expuesto en relación con el tipo penal del *child groomig* o propuesta telemática a menores con fines sexuales, una vez formulado el análisis dogmático del mismo, se plantea la cuestión de determinar uno de los mayores problemas interpretativos, cual es el relativo a las eventuales relaciones concursales que plantea, por una parte, y la de la propia delimitación de su naturaleza jurídica por otra parte.

En cuanto a la configuración de la naturaleza jurídica del *child grooming*, hay que señalar que este delito presenta una naturaleza de clara construcción jurisprudencial. Asimismo, ya se ha apuntado que el Tribunal Supremo se inclina por la naturaleza de delito de peligro concreto en los términos señalados como consecuencia de la expresa exigencia de los actos materiales encaminados o dirigidos al acercamiento, de lo que se hace depender la propia consumación delictiva.

Por otra parte, ya desde el inicio de estas páginas se hacía referencia al carácter controvertido del *child grooming* toda vez que se configura para la doctrina mayoritaria como un acto preparatorio de un futuro, eventual e hipotético delito de agresión sexual a menores de dieciséis años (art 181 CP) o delito de corrupción de menores y relativo a la pornografía infantil (art 189).

En este punto, el delito de *child grooming* evidencia las actuales coordenadas en que se enmarca el vigente Derecho Penal, que no son otras que las aspiraciones idílicas e imposibles de riesgo cero derivadas de la llamada sociedad de riesgo. De esta manera, se viene produciendo en relación con diferentes figuras delictivas un preocupante adelantamiento de la respuesta penal y de la barrera punitiva ante conductas que en ocasiones ni siquiera llegan a poner realmente en peligro el bien jurídico protegido.

En el caso del *child grooming*, se produce una extensión anticipada de la punibilidad de los delitos tipificados en los art. 181 y 189 respectivamente, castigando un acto preparatorio de los mismos y encaminado a su comisión futura con independencia de que tales delitos lleguen o no a cometerse.

En relación con ello, surge la cuestión de determinar qué ocurriría si efectivamente, el *groomer*, además de los citados actos materiales encaminados al acercamiento con ese menor de dieciséis años (que condicionan como se ha expuesto la consumación y apreciación del *child grooming*) llegara a reunirse con el menor, materializándose ya sí el encuentro físico y directo entre ambos, que permite adicionalmente a ese sujeto cometer además un delito de agresión sexual o de obtención de material pornográfico sobre ese concreto menor de dieciséis años.

En este sentido, en relación con los problemas concursales no existe un criterio unívoco ni uniforme.

Por una parte, existe el criterio del concurso real que aboga por la acumulación material con las limitaciones penológicas enunciadas en el art. 76 CP, entre el delito de *child grooming* consumado por mor de los actos materiales verificados dirigidos a ese futuro acercamiento constatado, y el delito efectivamente cometido, bien del art. 181 o bien del art 189 CP.

Frente a esa postura del concurso real, defendida fundamentalmente por la jurisprudencia, la doctrina encabezada en este punto entre otros autores por Tamarit Sumalla abogan por la tesis del concurso de leyes ex art. 8 CP, que se resolvería a favor del delito más amplio o complejo (el delito fin del art. 181 o 189 CP) por mor del principio de consunción previsto en el art. 8.3 CP.

Personalmente, me inclino por la tesis del concurso real por tanto que considero que, en caso de verificarse los dos delitos, el *child grooming* como medio y el delito fin, el exclusivo castigo de este último (por el que se inclinan las tesis apuntadas del concurso de leyes) no alcanzaría a castigar todo el desvalor de que es acreedora la conducta desplegada por parte del autor de ambos delitos. Además, y en aras al principio de legalidad penal consagrado en el art 25. 1 CE, la expresión empleada por el propio legislador de "sin perjuicio de" parece apuntar al concurso real y al castigo cumulativo de ambos delitos cometidos, pues, de otro modo, se vería de facto derogada la vigencia y aplicación práctica del delito de *child grooming* cuando concurriera con otro resultado típico más grave del art.181 o del art. 189 CP.

## 6. CONCLUSIONES

Con arreglo a todo lo anterior, se pueden formular las siguientes consideraciones finales a modo de necesaria recapitulación.

En primer término, el delito de *child grooming* (también llamado en ocasiones *child grooming on line*) se introdujo en el panorama penal español procedente del Derecho anglosajón en el año 2010, habiéndose modificado posteriormente en el año 2015 y más recientemente en el año 2022, encontrándose actualmente previsto en el art. 183 .1 CP.

Su tipificación obedece, aunque con cierto carácter *extra petitum*, a los compromisos internacionales derivados de tres instrumentos internacionales; una Decisión Marco del año 2004, el Convenio de Lanzarote del 2007 y una Directiva comunitaria del año 2011 respectivamente.

La conducta típica que se castiga consiste en contactar a través de las llamadas tecnologías de la información y la comunicación con un menor

de dieciséis años para proponerle concertar un encuentro con él con la ulterior y adicional finalidad de cometer contra ese menor uno de los delitos tipificados a su vez en los art. 181 y 189 CP respectivamente.

No obstante, y como ya se ha expuesto reiteradamente, el *child grooming* en tanto que acto preparatorio de los art. 181 y 189 CP pero elevado a la categoría de delito autónomo, se castiga aunque tales delitos fin no lleguen a cometerse, siempre que por parte del autor o *groomer* hayan existido y se hayan realizado actos materiales dirigidos al acercamiento o encuentro con ese menor (y aun cuando ese acercamiento ni siquiera llegue a producirse en realidad).

## 7. REFERENCIAS

Díaz, L.M., (2018). “Menores e Internet: entre las oportunidades y los riesgos. Un punto de partida para entender las políticas criminales”, Algunos desafíos en la protección de datos personales, Comares.

Montserrat, M. I. (2017). Reflexiones sobre el child grooming. A propósito del libro El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores, Revista Jurídica de las Islas Baleares, 15, 199-221.

Ramos, J.A. (2016). Política Criminal, cultura y abuso sexual de menores, Tirant lo Blanch.

Tamarit, J.M. (2018). ¿Son abuso sexual las interacciones sexuales en línea? Peculiaridades de la victimización sexual de menores a través de las TIC”, Revista de Internet, Derecho y Política, 26, 1- 13. Universitat Oberta de Catalunya.

<https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/16988-el-delito-de-child-grooming-en-el-derecho-penal-espanol-analisis-del-tipo-penal-y-breves-reflexiones/>

[bit.ly/3FI7m6u](https://bit.ly/3FI7m6u)

Última consulta realizada el día 12/12/2022\*.

## EL NUEVO DELITO DE ACOSO HACIA LAS CLÍNICAS DE INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO Y SU RELACIÓN CON EL DELITO DE COACCIONES Y CON EL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM

---

ROCÍO ARREGUI MONTOYA  
*Universidad de Murcia*

### 1. INTRODUCCIÓN

La incorporación al Código Penal, el pasado mes de abril de 2022, del artículo 172. *quater* evidenció la existencia de un dilema jurídico y ético que se extiende en el tiempo y que está influenciado necesariamente por corrientes políticas y movimientos legislativos acordes a aquéllas, donde entran en juego los sentimientos religiosos de cada implicado, el llamado “derecho a la vida”, el también llamado “derecho al aborto”, el límite para practicar este último a partir de un momento y hasta cierta semana de gestación, las causas para ello, las evidencias biológicas que ayudan, con información científica necesaria, a establecer el límite a partir del cual ciertas conductas pueden ser realizadas, y un largo etcétera que, sin duda, da lugar a posicionamientos políticos y morales en cada ciudadano, siendo difícil abstraerse a esta problemática.

El hecho de que el aborto esté permitido en ciertos casos, atendiendo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo<sup>584</sup>, y de que actualmente se encuentre en tramitación parlamentaria la modificación de la misma y la ampliación de los supuestos en los que puede practicarse o someterse a un aborto<sup>585</sup>, da lugar a posicionamientos políticos,

---

<sup>584</sup> Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/03/03/2/con>

<sup>585</sup> Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, aprobado por el

éticos y religiosos y a conductas que, en ocasiones, pueden ser extremas e injustas, en tanto que quieren limitar, sin derecho a ello, la libertad de acción de otro individuo, pero no por ello son violentas. Esto, como se analizará, ha sido objeto de tipificación mediante la introducción del delito de obstaculización al ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, también llamado popularmente “acoso al aborto”, introducido por Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril<sup>586</sup>, pero puede haber sido tipificado quizá con una técnica legislativa confusa o incluso errónea e innecesaria, por estar ya contemplado anteriormente.

## 2. OBJETO, DISCUSIÓN Y METODOLOGÍA.

Este trabajo pretende analizar el delito de obstaculización al ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, así como su recorrido hasta hoy y su calificación como delito especial de acoso o de coacciones, siendo necesario para ello delimitar, aun sucintamente, tanto dichas figuras delictivas como los conceptos “violencia” e “intimidación” de las mismas. Dicha clasificación no será baladí, al poder chocar con el principio esencial *non bis in idem* y con figuras delictivas ya existentes como las coacciones, en cuyo caso se evidenciaría la innecesaria y meramente simbólica tipificación.

Para ello, y con cierta brevedad, se analizará la legislación vigente al respecto, tanto el nuevo tipo penal citado como los concordantes (Capítulos II y III del Título VI, Delitos contra la Libertad), la jurisprudencia que ha ido moldeando conceptos jurídicos inherentes a tales delitos y la interpretación doctrinal de los mismos, facilitando conclusiones sobre la existencia o no de vulneración del principio *non bis in idem* con este nuevo delito.

---

pleno del Congreso de los Diputados en sesión celebrada el día 15 de diciembre de 2022: <http://bit.ly/3icKSRy>

<sup>586</sup> Permalink ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2022/04/12/4>

## 2.1. EL NUEVO TIPO PENAL DE OBSTACULIZACIÓN AL EJERCICIO DEL DERECHO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.

La primera cuestión necesaria sería delimitar la novedosa figura penal, qué contempla y qué bien jurídico estaría protegiendo, debiendo para ello acudir al nuevo artículo 172. *quater* del Código Penal, introducido, como indicaba, mediante Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 13 de abril y en vigor desde el 14 de abril de ese año. Dicho texto recogía el delito hoy analizado del siguiente modo:

1. El que para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo acosare a una mujer mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que menoscaben su libertad, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días.
2. Las mismas penas se impondrán a quien, en la forma descrita en el apartado anterior, acosare a los trabajadores del ámbito sanitario en su ejercicio profesional o función pública y al personal facultativo o directivo de los centros habilitados para interrumpir el embarazo con el objetivo de obstaculizar el ejercicio de su profesión o cargo.
3. Atendidas la gravedad, las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, el tribunal podrá imponer, además, la prohibición de acudir a determinados lugares por tiempo de seis meses a tres años.
4. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.
5. En la persecución de los hechos descritos en este artículo no será necesaria la denuncia de la persona agraviada ni de su representación legal.

### 2.1.1. Tipo básico.

En el mismo, en su apartado uno, se contemplaba que la obstaculización del ejercicio del derecho a la interrupción del embarazo fuese el objetivo del sujeto activo, y que, para ello, realizase contra la mujer (sobrentendiéndose que será mujer gestante o embarazada) actos que son calificados como molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que, además,

menoscaben su libertad, entendiendo también con ello que se refiere a la libertad de interrumpir su embarazo.

El tipo penal plantea como premisa que la realización de los referidos actos tenga por objeto impedir que la embarazada no pueda efectivamente interrumpir su embarazo, planteándose aquí la cuestión de que dichos actos no sean suficientes para disuadir a la embarazada de su decisión, máxime si motivos de salud materno-fetal o de grave situación personal análoga son los que han propiciado que tome dicha decisión, si se le permite, dolorosa a todas luces. En tal caso, y dado lo particular de la figura, se plantea la posibilidad de entender tal delito como cometido en grado de tentativa<sup>587</sup> (con una pena por tanto exigua) o, incluso, de que, en virtud del principio *in dubio pro reo*, se considere la conducta como atípica, puesto que no se ha dado el elemento del tipo necesario para entender cometido el ilícito penal: la decisión de la mujer no se habría visto obstaculizada.

Otra importante cuestión sería la propia descripción de la acción típica, puesto que los actos deben ser “molestos u ofensivos”, entre otros (la redacción incluye un listado de adjetivos utilizados de forma alternativa y no cumulativa), planteándonos de nuevo qué se considera molesto u ofensivo y dónde se encontraría el límite de la punibilidad ante dichos conceptos indeterminados: no cabe duda de que el objeto de la figura penal, como el Preámbulo de la Ley Orgánica que la introduce indica, es permitir que las embarazadas se sometan a la interrupción del embarazo si así lo deciden y sin presiones ni condicionamientos añadidos, y que para ello se pretende acabar con conductas que, a juicio del legislador, puede influir en la decisión de la mujer y/o causarle quebranto añadido, tales como enseñarles fotografías de fetos, fetos de juguete o rezar junto a ellas por la vida del nonato. No obstante, frente al razonable propósito del legislador se plantea en realidad tipificar dicha conducta o

---

<sup>587</sup> No obstante, habría que analizar para ello si la mera presencia, rezos o cánticos, por ejemplo, constituye una forma de compeler al sujeto pasivo o, por el contrario, no se entiende que la conducta esté directamente dirigida a aquél. En todo caso, la jurisprudencia tiene declarado que el delito se consuma en el momento en que se compele a realizar lo no querido o se le impide hacer lo que desea. Entre otras, Auto del Tribunal Supremo, Sección 1ª, núm. 1342/2018 de 8 noviembre. Ref. JUR 2018\321865 y ECLI:ES:TS:2018:12235A

acto con el adjetivo de “molesto” o de “ofensivo”, siendo ambos conceptos indeterminados y que ya constituyen un elemento de inseguridad jurídica a la hora de analizar otras figuras penales, como las injurias, que podría dar lugar a una vulneración del principio de seguridad jurídica y del principio de presunción de inocencia, basándose únicamente la prueba de cargo en el testimonio de lo que aseguró sentir la presunta víctima en ese momento y a un juicio de valor del tribunal sobre qué se puede considerar molesto u ofensivo para un ciudadano medio o, incluso, qué consideraría ofensivo la víctima atendiendo a circunstancias particulares de la misma. Nada simple ni certero, desde luego. Asimismo, estos términos, entendiendo que pretenden incluir actitudes pasivas de grupos antiaborto como rezar o cantar, ignorarían el principio de *ultima ratio* del derecho penal y tipificarían conductas que no tendrían violencia ni intimidación para la víctima.

Cierto es, no obstante y antes de pasar al siguiente punto, que recientemente se ha acuñado el término *intimidación ambiental*, al que ya se refirió el Tribunal Supremo con anterioridad, pero que ha tenido mayor relevancia tras la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 38/2018 de 20 de marzo, famosa por tratar el llamado “caso La Manada de Pamplona”, considerando en dicho sentido (Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 1ª, de 15 de diciembre de 2016<sup>588</sup>, entre otras) que: *La jurisprudencia ha establecido que la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal.* Sin embargo, considero que tal concepto de intimidación ambiental no resulta aplicable en este tipo penal, que está contemplando la ofensa, el agravio que puede hacer que la mujer vea menoscabada su libertad de decisión a someterse a un aborto, pero que se aleja del concepto de intimidación tal

---

<sup>588</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 1ª, de 15 de diciembre de 2016: ROJ: STS 5460/2016. ECLI: ES: TS: 2016:5460.

y como han sido concebidos en las Sentencias referidas, que prevén dicha intimidación en delitos dolosos como agresión sexual o robo.

Continuando con la descripción del tipo penal, el legislador también indica que los actos deben ser “intimidatorios” o “coactivos”, de manera que puedan menoscabar la libertad de la mujer. Partiendo, por tanto, de la aceptación de la violencia no solo como fuerza física sino también como *vis psíquica*, en un intento de equiparar la violencia a la intimidación, cabría entender que el legislador está requiriendo que los actos tengan un nivel de violencia psíquica suficiente como para que la embarazada se sienta intimidada o coaccionada y, de ese modo, equipara que un acto sea “molesto” u “ofensivo” a que sea “intimidatorio” o “coactivo”, eliminando cualquier tipo de diferencia entre tales adjetivos y obviando también el bien jurídico protegido de estos delitos: si el legislador quiere proteger la libertad de obrar de la gestante, incluyendo tal delito en los delitos contra la libertad, el bien jurídico protegido quedaría circunscrito a un acto coactivo de tal libertad o intimidatorio para la embarazada, pues con tales actos efectivamente se podría producir una merma de su libertad de interrumpir el embarazo; Sin embargo, si se equipara dicha coacción a los actos molestos u ofensivos, el bien jurídico protegido se difuminará, aparentando proteger realmente la integridad moral de la víctima, que continúa con su interrupción del embarazo pero manifiesta -e injustamente- molesta. El tipo penal, pues, parece confuso, genera inseguridad jurídica y exige un juicio de valor con un marcado carácter subjetivo que desafía el principio de presunción de inocencia y de *ultima ratio* del derecho penal.

### 2.1.2. Tipo cualificado: acoso a trabajadores.

Dicho desconcierto será también evidente al atender al tenor literal del epígrafe segundo, que castigará a quien, del mismo modo que en el epígrafe anterior (esto es, con actos molestos, ofensivos, coactivos o intimidatorios, con la confusión que estos adjetivos genera, tal y como se ha apuntado) “acosare” a trabajadores del ámbito sanitario en su ejercicio profesional, o al personal facultativo o directivo de los centros de interrupción del embarazo, todo ello con el fin de obstaculizar el ejercicio de su profesión o de su cargo. En tal caso, además de la

desafortunada enumeración de adjetivos ya comentada, se castiga a quien “acosare” a los trabajadores o directivos de los referidos centros, de modo que el verbo típico indicará que, a todas luces, se está castigando un tipo específico de acoso que perseguirá obstaculizar el ejercicio de la profesión o cargo.

De nuevo cabe hacer referencia a que el referido acoso irá orientado a “obstaculizar” el desempeño del trabajo, pero no a impedirlo, recogiendo el tipo penal un verbo con cierta laxitud en cuanto a la acción que indica: el hecho de interponer obstáculos para su ejercicio no implica que el mismo no pueda llevarse a cabo, no supone un impedimento firme ni específica cuántos ni cuáles deben ser tales obstáculos, ni qué debe percibir el trabajador o directivo como un verdadero impedimento o si queda en una simple molestia. De nuevo también, el juicio subjetivo de valor será necesario para considerar cumplido -y consumado- el tipo penal, para entenderlo cometido en grado de tentativa o, por el contrario, para suponer que, si el trabajador o cargo ha continuado con su jornada laboral y con los cometidos que le competen, no se han dado los elementos necesarios del tipo penal.

El bien jurídico protegido en este caso será algo diferente al contemplado en el epígrafe primero: será igualmente la libertad, pero esta vez la relativa al ejercicio de la propia profesión o cargo, cuestión que parece estaría contemplada en cualquier delito de coacciones del artículo 172, al que a continuación haremos referencia por la particularidad que presenta en cuanto a la exigencia de violencia en el tipo.

Asimismo, será relevante el verbo típico de este segundo epígrafe puesto que, al igual que en el primero, el legislador decide exigir que se “acosare” a los trabajadores, contemplando así un tipo específico de acoso a un trabajador o cargo sin exigir la habitualidad o constancia del artículo 172.ter, pero entendiendo que le “obstaculiza” tal ejercicio de su empleo. El referido acoso, además, se habría incluido y ubicado sistemáticamente en los delitos contra la libertad y en el tipo de coacciones, entendiendo que se dificultaría el desempeño del propio oficio.

### 2.1.3. La violencia, ¿condición de punibilidad?

Llegados a este punto cabría plantearse si no nos encontramos ante un delito del tipo básico de coacciones ya contemplado en el artículo 172 y, por tanto, ante una tipificación innecesaria de la conducta de obstaculización de la interrupción del embarazo. Si la respuesta fuese afirmativa, cabría preguntarse por la posibilidad de que existiera una vulneración del principio *non bis in idem* o de si estaríamos ante un concurso de normas.

Atendiendo al bien jurídico protegido, ya comentado, y a la conducta exigida para la consumación del tipo penal, la respuesta sería afirmativa, considerando para ello que la acción tendría un claro elemento coactivo y una finalidad evidente, que sería obstaculizar -no impedir, como ya se ha expuesto- bien la interrupción del embarazo, bien el trabajo en un centro destinado a ello.

El problema residirá en la condición de punibilidad del propio artículo 172, puesto que el tipo básico exige que el sujeto activo “impidiera a otro con violencia” hacer lo que la ley no prohíbe o, a este mismo, le “compeliere” -se entiende también que con violencia- a efectuar lo que no quiere. El requisito para la tipificación y persecución de la conducta sería, por tanto, la concurrencia de violencia, entendida como *vis física* y como *vis psíquica*, de modo que la conducta típica y obstructiva del deseo del sujeto pasivo tendría un claro elemento violento, en mayor o menor medida.

Dicha exigencia de violencia debe de ser entendida desde un punto de vista amplio, tal y como nuestra Jurisprudencia ha especificado en distintas ocasiones, siendo destacable, entre muchas otras, la recogida en el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 1342/2018, de 8 noviembre<sup>589</sup>. En el mismo, especificó que

para la configuración del delito de coacciones es necesario: 1º) una conducta violenta de contenido material vis física, o intimidativa vis compulsiva, ejercida contra el sujeto o sujetos pasivos del delito, bien de modo directo o indirecto a través de cosas, e incluso de terceras personas; 2º) cuyo modus operandi va encaminado como resultado a impedir

---

<sup>589</sup> Referencia ECLI:ES:TS:2018:12235A.

hacer lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no se quiera, sea justo o injusto; 3º) cuya conducta ha de tener la intensidad de violencia necesaria para ser delito, pues de carecer de tal intensidad podría constituir falta ( art. 620 C.P. (RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777) ) ( STS 167/2007, de 27 de febrero (RJ 2007, 967) ); las SSTS 1181/1997, de 3 de octubre (RJ 1997, 6998) ; 628/2008, y 982/2009, de 15 de octubre (RJ 2009, 5604), insisten en la intensidad de la violencia como nota diferencial; 4º) que exista el ánimo tendencial consistente en un deseo de restringir la libertad ajena como se deriva de los verbos "impedir" y "compeler"; y 5º) una ilicitud del acto, examinado desde la normativa de la convivencia social y la jurídica que preside o debe regular la actividad del agente ( SSTS 1382/1999, de 29 de septiembre (RJ 1999, 7174) ; 1893/2001, de 23 de octubre (RJ 2001, 9614) ; y 868/2001, de 18 de mayo). El cual (el agente del hecho) no ha de estar legítimamente autorizado para emplear violencia o intimidación ( SSTS 1397/1997, de 17 de noviembre; 427/2000, de 18 de marzo (RJ 2000, 1475) ; y 131/2000, de 2 de febrero (RJ 2000, 2145) ). El elemento subjetivo hay que inferirlo de la conducta externa, voluntaria y consciente del agente, sin que se requiera una intención maliciosa de coaccionar, pues basta el dolo genérico de constreñir la voluntad ajena imponiéndole lo que no quería efectuar (SSTS 30-1-1980 y 19-1-1994). Intención dirigida a restringir la libertad ajena para someterla a deseos o criterios propios (SSTS 362/1999, de 11-3; 731/2006, de 3 de julio). La misma doctrina jurisprudencial admite que la violencia típica no solo abarca la violencia física, sino también a la intimidación o "vis psíquica", que puede proyectarse tanto sobre quien es obligado a actuar o dejar de actuar contra su voluntad, como sobre otras personas o sobre cosas de su uso o pertenencia -la denominada " vis in rebus"- (véase STS de 18 de julio de 2002 y 15 de octubre de 2009).

Sin embargo, el concepto de "violencia" no puede abarcar toda conducta que pueda quebrantar de algún modo el fuero interno de la embarazada o del trabajador, puesto que habría casos en los que la presencia del sujeto activo sería claramente intimidante, o momentos en los que se increpase a la presunta víctima, pero en otras ocasiones el mero hecho de permanecer en las inmediaciones del centro de interrupción del embarazo, de rezar cerca del mismo o de ofrecer la realización de una ecografía fetal no contiene, a mi juicio, los elementos necesarios para entender que hay violencia. La problemática sería, por tanto, tipificar como coacciones conductas que no contienen elemento violento alguno, pues en tal caso se estaría castigando indebidamente una conducta que no cumpliría con los elementos del tipo. Subsidiariamente, entendiendo que se habría producido de algún modo tal quebranto en el ánimo del sujeto

pasivo, sería más correcto entender que ha existido una forma leve de coacción, cuya pena a imponer sería una multa de uno a tres meses, contemplada en el artículo 172.ter, pena que ha sido considerada como insuficiente y claramente no disuasoria por las asociaciones de clínicas de interrupción del embarazo que han denunciado lo que llaman “hostigamiento”<sup>590</sup>. Dicho problema de pena con escaso efecto disuasorio se ve agravado ante la necesidad de denuncia del agraviado, que provocaba una victimización secundaria de quien, después de haberse sentido molesta o intimidada en mayor o menor medida, y tras someterse a una interrupción del embarazo, debía además acudir a denunciar, en ocasiones a un grupo indeterminado y no identificado de personas, de modo que el resultado esperable sería la inacción de la presunta víctima y, por tanto, la inexistencia de condena ni reproche penal alguno.

#### 2.1.4. Justificación de la tipificación de la conducta.

La tipificación del llamado “acoso a la interrupción del embarazo” u “obstaculización del ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo”, pues, parece obedecer más a razones de política criminal que de necesaria punibilidad, dado que ya se encontraba contemplada la conducta bajo el tipo penal genérico de las coacciones o, en casos sin violencia, para las coacciones leves. La escasa pena, como indicaba, además consistente en multa y con escaso efecto preventivo, alimentaba la necesidad de que se produjeran cambios en esta figura, pero quizá no de ese modo: la previsión de ese delito específico puede vulnerar el principio *non bis in idem* si se castiga por el “acoso al aborto” y por coacciones, dado que el propio tipo penal indica en su epígrafe cuarto que

“Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso”, de manera que el propio acto de coacción puede verse castigado tanto en su ámbito específico, pues obstaculiza el derecho a interrumpir el embarazo, como en su forma general como acto de coacción en sí mismo o por las consecuencias que haya tenido en la víctima. No parece que tal consecuencia pudiera darse tras un estudio

---

<sup>590</sup> <https://bit.ly/3Z8G4O9>

fundado de los hechos y con una buena técnica de los operadores jurídicos, pero el tenor literal del articulado, en abstracto, permitiría tal cuestión.

Otra forma de considerar tal figura sería la de entender que en modo alguno hay tal vulneración del principio *non bis in idem* y que nos encontraríamos ante un concurso de normas, que se resolvería atendiendo al artículo 8 tanto en cuanto al principio de especialidad de la obstaculización a la interrupción del embarazo frente a una coacción genérica, como al hecho de que la nueva figura esté castigada con una pena más grave (prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días) frente a la de las coacciones leves (multa de uno a tres meses). Junto a esto, la apreciación expresa del epígrafe cuarto, relativa a la aplicación de penas en caso de concurrencia de otros delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso, parece dificultar la defensa de una inexistente vulneración del principio *non bis in idem*, puesto que con tal previsión se faculta al juzgador a aplicar *de facto* un concurso real de delitos, con las consecuencias penológicas que esto conlleva de suma de las distintas penas, y no un concurso ideal entre un delito de coacciones y, en su caso y con prueba suficiente, un delito de lesiones psíquicas, si es que la gestante o el trabajador se hubieran visto compelidos a no ejercer su derecho a interrumpir el embarazo o a ejercer su trabajo y, con ello, se les hubiera ocasionado quebranto, y si es que tal situación no se entendiera subsumida en la propia consecuencia de haber sido víctima del delito y, por tanto, no quedase ya absorbida por la figura delictiva.

Esta problemática parece obedecer a una necesidad de incremento del reproche de estas conductas, ya que hasta ahora, como se ha indicado, no había denuncias de la parte agraviada ni, en caso de dar lugar a acciones penales en primera instancia, tampoco daban lugar a castigos eficaces y disuasorios, pero la técnica legislativa escogida para aumentar la prevención y el castigo de estas conductas no parece ser la más adecuada: obvia que la conducta ya estaba tipificada en las coacciones, y que la posibilidad de denuncia del Ministerio Fiscal y de establecer una prohibición de aproximación, como indican sus epígrafes tercero y quinto, podían haberse añadido de forma autónoma, sin tipificar para ello una conducta independiente, íntimamente unida a figuras similares

ya existentes, y que puede dificultar la apreciación de los distintos delitos de coacciones sin caer en una doble incriminación.

### 3. RESULTADOS Y CONCLUSIONES

El nuevo delito de obstaculización del ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo del artículo 172 quater del Código Penal castigará a quien, con el fin de evitar dicho aborto, acose a una mujer mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos, sin exigir para ello violencia, pero sí que los actos sean “coactivos o intimidatorios”, teniendo dichos conceptos ya una previsión expresa en el artículo 172, regulador del delito de coacciones, que castiga a quien impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, y de su apartado 3, que contemplará las coacciones leves.

También contemplará el mismo castigo a quien acosare a empleados o cargos de clínicas de interrupción del embarazo, diferenciando así el quebranto al derecho a interrumpir el embarazo de la gestante del quebranto a ejercer su trabajo o cargo en el caso de aquéllos, y protegiendo actuaciones diferentes.

La asimilación jurisprudencial, en ocasiones, de la llamada *vis física* o violencia, como *vis psíquica* o intimidación, dificulta la delimitación entre los delitos de amenazas, coacciones y ahora el llamado “acoso al aborto” y podría contemplar cualquier tipo de conducta que, en mayor o menor medida, ocasionase cualquier incomodidad en el fuero interno de la presunta víctima, ampliando en exceso el concepto de violencia y vulnerando así el principio de intervención mínima del derecho penal así como el de presunción de inocencia.

La aplicación de tal delito, además, unido a la remisión del artículo a otros delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso, podría dar lugar a una difícil diferenciación de las figuras delictivas de coacciones, coacciones leves, obstaculización del derecho a la interrupción del embarazo y lesiones psíquicas, resolviéndose tal cuestión mediante las normas del artículo 8 del Código Penal, la aplicación de la norma más específica y de la pena más grave.

La necesidad de impedir ciertas conductas disruptivas para las gestantes ha motivado esta reforma, pero la redacción del artículo no parece la más adecuada legislativamente: la bondad de la figura reside en la posibilidad de iniciar acciones de oficio y no solo bajo denuncia del agraviado, y en establecer medidas de prohibición de aproximación, pero ambas cuestiones podrían haber sido incluidas en el articulado anterior sin incluir un nuevo delito, de modo que la apreciación de la coacción resultase más clara e inequívoca y se beneficiase de la reforma, claramente marcada por factores morales y políticos.

#### 4. REFERENCIAS

Auto del Tribunal Supremo, Sección 1ª, núm. 1342/2018 de 8 noviembre. Ref. JUR 2018\321865 ECLI:ES:TS:2018:12235ª.

Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo.

Oficina del Defensor del Pueblo.

Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados en sesión celebrada el día 15 de diciembre de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 1ª, de 15 de diciembre de 2016: ROJ: STS 5460/2016. ECLI: ES: TS: 2016:5460.

SECCIÓN IX

LA NECESARIA TOMA EN CONSIDERACIÓN  
DE LAS ENSEÑANZAS DEL PASADO

---

## IS SCHUMPETER A MEDICINE MAN FOR CURING THE MEDIA'S DISEASES?

---

WALLEZ

*MS Columbia U, NYC, Ph.D Aix-Marseille U*

### 1. INTRODUCTION

It has become commonplace to predict the disappearance of newspapers. Given that the history of print media is a history of continual innovations of all sorts, it seems challenging to summon Schumpeter's innovation-based creative destruction theory as a guideline to analyze the past and current situation of the daily newspapers. Schumpeter is known as the "Prophet of Innovation" (Mc Craw, 2007). His theories are frequently used in various fields but have never been applied to the media.

The Austrian scholar indeed set up a scientific model. The keyword here is "evolution", through successive steps; first, the 'circular flow' describes an economy of routine with little profit at stake, such as the traditional rural and agriculture-based economy that prevailed before the Industrial Revolution in Western countries, and in an Asian Country such as Japan before the 1867 Meiji Revolution.

In such a traditional economy, there is "growth", but not "development" in a Schumpeterian sense. « Development » is the next step. According to the Austrian American economist (1883-1950), innovation and entrepreneurship are the main factors of economic development. Innovation is defined as "*a new combinations of production,*" including technological inventions among other possibilities. A "*special breed of men*" named entrepreneurs introduce those new means, which have a disruptive effect on the market affecting the equilibrium state, i.e., the circular flow.

Schumpeter spelled out five situations that constitute innovations (1) a new good; (2) a new method of production; (3) the opening of a new

market; (4) the capture of a new source of supply; and (5) a new organization of the industry. Innovation is closely related to the so-called “Creative Destruction”. The zenith of this process is reached when a new technology has replaced the old one, and eventually, ‘start up’ companies have superseded existing ones. Schumpeter gave as example the railroad replacing the stagecoach as a mean of travel. Then there was a new equilibrium state until the next wave of innovations, aircraft as an example in the transport sector.

Later, authors such as Christensen (1997-2016), and Kirzner (1999) re-discussed Schumpeter’s theories. Christensen who introduced the concept of “disruptive innovation” distinguished between sustaining and disruptive technologies. For this author, sustaining innovations are defined as new technologies that “*improve the performance of established products*” (Christensen, 2016, p. xix), while disruptive innovations are defined as new technologies that “*result in a worse performance [of existing products]*”, and, hence, can lead to “leading firms’ failure”. Is the Internet a sustaining or disruptive innovation regarding newspapers? We will assert this important point.

At first glance, the entire description fits the successive steps of the print media history, including the current transition between declining print system and rising digital start-ups in the industry. Is a creative destruction in the full Schumpeterian meaning at work? The danger would be to ignore the opportunity to update and upgrade the theory and perform a fortune-telling trick. It is therefore essential to dig deep into the theory and then take on board the critics, to gauge Schumpeter's contribution to our work.

We will study.

The different aspects of the theory linked to historical examples.

Discussion and conclusions

### 1.1. SCHUMPETERIAN CONCEPTS

Schumpeter went further into his theory. According to our author, the concept of innovation is the basis and the driving cause of economic

development. Entrepreneurs implement them. It consists of five situations.

## 1.2. CIRCULAR FLOW

Schumpeter's theory of innovation is based on three economic processes (Somashekar, 2003). It starts from the concepts of circular flow, stationary equilibrium, growth. As discussed by Ekelund and Hebert, 1940, p. 579), he devotes the first chapter of his seminal book "Theory of Economic Development" (Schumpeter, 1934) to the concept of "circular flow".

He did not coin the concept, which appears as early as 1756, in François Quesnay's "Tableau économique" circular flow diagram representing who produced what and who consumed and spent what. According to Schumpeter:

"In a circular flow, from which we always start, the same products are produced every year in the same way. For every supply there waits somewhere in economic.

The market is steady among the players. There is not much change in the distribution of market shares, unless there is a management error. Schumpeter concludes:

"Net profit cannot exist because the value and price of the original productive services will always absorb the value and price of the product, even if the productive process is parceled out among ever so many independent firms."

In the newspaper industry, the circular flow refers historically (but not exclusively) to the early days of the US newspaper industry before the War of Independence. The publishers were both printers and, for the most part, owners of the general store, and post office located on the main stagecoach road. Local news, gossips, and advertisement were the core news of those outlets.

## 1.3. GROWTH AND DEVELOPMENT

Profits will be generated in another step, called « Development ». 'Development in our sense is defined by the carrying out of new

combinations of factors of production. It means, therefore, simply the different employment of the economic system's existing supplies of productive means.' (Schumpeter, 1934).

#### 1.4. ENTREPRENEURS

At this point, it would be useful to consider the process of combination change... how it began and who launched it. According to Schumpeter, the wants of the consumer do not alter; the population did not tire of reading newspapers. What changed was the industrial and economic reality. Schumpeter suggests that a special breed of people can change human desires and that they do it to their advantage. These people are entrepreneurs, a key notion in Schumpeter's theory. They impulse innovations. The keywords in the Schumpeter theory are *'the will to break the routine'*, not driven by a frivolous and anti-social attitude, but because this is the best way to make more money. Schumpeter adopts a precise definition, using many synonyms to identify who is and is not an entrepreneur. Let us list them, using some examples taken from the press industry. He might be *'an independent businessman'* but he might also be a *'dependent'* employee of a company, such as *"a manager, a member of a board of directors"* (Schumpeter, 1942) such as in both innovative companies Al Jazeera (Qatar) or Schibsted (Norvège). Forming new combinations constitutes the role of an entrepreneur. It's not a profession, but a vocation. As a rule, it's not a lasting condition, and thus entrepreneurs do not form *'a social class in the technical sense as, for example, landowners and capitalists do'*. An entrepreneur has *'leadership,' 'authority,' 'personal weight.'* He seizes the appropriateness of the time before others to do things more differently and profitably. *'The success depends upon intuition, the capacity of seeing things in a way that afterwards proves to be true, even though it cannot be established at the moment.'* "In our overview tables (see figures below I.6) we enumerate some almost unanimously recognized entrepreneurs and their endeavors in the print business.

## 1.5. BANKERS

In the circular flow there was no profit and therefore no savings. Therefore, entrepreneurs need bankers to fund their innovations. That is not necessarily a high handicap, according to Schumpeter, because it is not essential that the *'new combinations should be carried out by the same people who control the productive or commercial process'* of the circular flow. To keep to the example already chosen, in general, it is not the owner of a stagecoach who builds railways. *'In fact, in a competitive economy, the railway builder, i.e. the new combination, desires the competitive elimination of the old.'* (Schumpeter, 1942).

Long ago, at the very beginning of the history of the press, Johannes Gutenberg (1400 -1468) was a highly informed engineer. In the context of 'pre-capitalism,' he was financially supported by two bankers successively: Friedel von Seevingen, then Johan Fust. According to Schumpeter, the banker is *"the ephor of the exchange economy"*. making possible the carrying out of the new combinations (1934); He might be the great sole or joint beneficiary of the new combinations. Kinnevik Group, founded in 1936, is an entrepreneurial investment group focused on building digital consumer business. In the winter of 1994, three Swedish journalists had an innovative idea; a free daily newspaper branded Metro. Kinnevik was brave enough to risk saying yes, along with two media companies. The worldwide success has been tremendous. In 2015, Kinnevik Group was the majority shareholder of Metro International.

## 1.6. FIVE CASES OF SCHUMPETERIAN INNOVATIONS

Schumpeter went further into his theory. According to our author, the concept of innovation is the basis and the driving cause of economic development, and it consists of five situations:

### 1.6.1. A new good

The Schumpeterian definition of a new good is the following: *"a good with which consumers are not yet familiar"* or *"a new quality of a good"* (Schumpeter, 1942). If a newspaper was a new product *per se* when it

was created, the examples of 'a new quality of a good' are numerous. The commercial strategy lies in the segmentation of 'wants and needs.'

For example, in the United States, the first Sunday newspapers were 'extras, issued during the Revolutionary War' (Mott, 1966, p. 138). But 'the first daily to release a Sunday edition was an early Boston Globe of 1832-1833'. The controversy was moral and religious, i.e., the 'desecration of Sabbath.' The Philadelphia Sunday Dispatch was fined every week. Then Sunday editions became a new quality of product with growing urbanization and a new middle-class way of life. People had more time to read; new beats were added, mostly features and long-form stories. In September 1987, one Sunday paper weighed in at 12 pounds, with 1,612 pages... a record. A third consisted of advertisements.

In France, the Parisian model of what constitutes news has been progressively challenged since the early twentieth century. Regional newspapers became a new product with its identity progressively. Pages and beats became community-centered, local editions were established in mid-size cities, correspondents covered even small villages. The key word became "proximity." After World War II, for the first time in history, the regional press sold considerably more copies than its Parisian counterpart. How can such a change be explained? The readers grew accustomed to reading their regional newspaper during WWII because it contained more useful news, "price of goods, local rules about provisioning" (Arrault, 1945, pp. 18-19). Difficulties in transportation prevented Parisian newspapers from circulating comfortably outside Paris. Changes in French society were the reason for the growing resentment towards the "tyrannical omnipresence" of the capital pointed out in a famous book published in 1947. "Paris et le désert français" (Gravier, 1947). The French regions strived to be identified as more autonomous territory, and this proved a real boon for the regional press. Ouest-France became the nation-wide leader, selling 900,000 copies at its peak

**TABLE 1.** *Compared circulation Parisian and regional newspapers*

	<b>Paris newspapers</b>	<b>Provincial newspapers</b>
<b>1939</b>	NA	5,438,000
<b>1945</b>	5,500,000	6,000,000
<b>1946</b>	4,606,000	7,552,000
<b>1947</b>	4,660,000	8,167,000
<b>1969</b>	3,800,000	8,100,000

Source : Ministère de la communication

### 1.6.2. new method of production

According to Schumpeter, a new method of production is a new tool or discovery but may have a wider dimension.

‘The introduction of a new method of production, that is one not yet tested by experience in the branch of manufacture concerned, which need by no means be founded upon a discovery scientifically new and can also exist in a new way of handling a commodity commercially’ (Schumpeter, 1942).

The industrial revolution in Europe and America was profoundly disruptive for the newspaper industry. The ever-faster steam-driven presses sparked a real revolution, the first steps of the penny press. In 1879, in the United States, Hoe Company manufactured a ‘sextuple press’ which could turn out 48,000 twelve-page papers per hour. Within the first decade of the new century, Hoe improved its press with outputs of up to 144,000 sixteen-page copies per hour. Stereotyping was used more generally in the early 80s, in place of the traditional type-revolving presses. By 1900, the Linotype had won its way into nearly all the dailies. The three ‘miracles’ of communication, the steamship, the railroad and the magnetic telegraph, changed the news-gathering and distribution systems. All these new technologies were expensive, however, and the level of entry cost rose steadily, generating the need for a new type of company organization.

National advertising patronage became the rule in the late nineteenth century. In 1750, B. Franklin sold ads to the market of local consumers. But the Industrial Revolution transformed the United States from a

country of small and isolated communities scattered across 3 million miles of a continental territory into a compact economic and industrial unit.' (Cashman, 1984).

Manufacturers needed a national market. In the early twentieth century, even small rural newspapers had national ad contracts, along with retail and classified. Newspapers became increasingly business-oriented, some forgetting the other dimensions which had shaped the press of previous centuries. A new managerial system emerged, based on differentiated units, each with a specialized role and function: (1) newsroom, gathering, and editing, (2) production (typesetting, printing, folding), (3) distribution and circulation, (4) advertising, (5) accounting.

Each department had its manager. The publisher supervised the various departments. The emergence of the publisher indicated a far-reaching change. He was hired for his managerial skills and was usually not a journalist, rather a man of business. USA Today's CEO Al Neuharth imposed commercial innovation, selling issues at bargain prices in hotels, convention centers, airports and fast-food restaurants. USA Today gained the somewhat derisory nickname of "Mc Paper" but was none the less much plagiarized.

### 1.6.3. The opening of a new market

What is a new market? According to Schumpeter (1942), "it is a market into which the branch of manufacture of the country has not previously entered, whether or not this market has existed before."

Some scholars consider the penny press to be the result of technological progress during the 1830s. According to Schudson (2003), this format corresponded to the need for 'a democratic market society,' 'the Age of Egalitarianism,' symbolized by the rise of the ordinary people, a new urban middle class with some income to spend on a good such as a newspaper (2003). The nation saw a 233% increase in population between 1833 and 1860.

Cities in the middle of the nineteenth century came to constitute a larger share of the nation's population... The metropolis, with all its diversity

and anonymity, necessitated a newspaper that took a road view of local events.’ (Baldasty, 1992, p 49).

Another example: the free dailies aimed at commuters in the subways or buses reached a new audience in the 2000s; mainly young ‘digital natives’ (45% are aged 20-35). In France, a peak average of 2,740,000 people had a free daily in hand every day in 2007, while 1,995,000 copies of national titles and 6,247,000 regional newspapers were printed daily. The free press has been threatened by a decline in advertising revenue because of the crisis of 2008.

An outstanding development in American journalism during the period 1945-1960, and still ongoing, was the growth of suburban newspapers, finding a new market. While the large metropolitan newspapers declined, the suburban weeklies and dailies surged. By 1960 there were 2,000 suburban papers, nearly 650 community papers and 1,350 "inter-urban" papers. This striking and significant phenomenon was the result of population shifts; the suburban population in 1960n was about fifty million and increasing at the rate of a million and a quarter a year. 'The newspaper serving the communities were original products and not pale imitations; "they belonged to a new type of journalism which was the outgrowth of the new social, political and economic conditions that faced the new "suburbia"; like the better weeklies and small dailies throughout the country, they were community-centered "' (Mott, 1962, pp 810-820). Suburban and community newspapers are in a sense the soul of American localism as explained by Eli Noam (2009, p. 12)

#### 1.6.4. A new source of raw materials

Another situation of innovation, according to Schumpeter (1942) is the concept of “a new source of supply of raw materials or half-manufactured goods, again irrespective of whether this source already exists or whether it has first to be created’. In the narrow sense, let us point out that rags were the raw material for papermaking in the United States and Europe, the lack of this source of supply created significant problems for American print shops during the Revolutionary War (1775-1783). The Industrial Revolution generated methods, appearing in 1840, to produce cheap and sufficient paper from wood pulp. Improvements in

transportation, with the development of canals and railroads, allowed paper mills to transport newsprint to distant places. The ups and downs in the price of this essential raw material have always been a grave concern for publishers. To stabilize the fluctuations due to speculation, some big companies, such as The New York Times, acquired and still own their paper mills (Maine and Canada). The trend in consumption is downward at present.

Does digital news need ‘a new source of supply of raw materials or half-manufactured goods, again irrespective of whether this source already exists or whether it has first to be created’? The short answer is no.

### 1.6.5. A new organization

According to Schumpeter, the market of the new combinations has few similarities with the old system. ‘The carrying out of the new organization in any industry, like the creation of a monopoly position (for example through trust process) or the breaking up of a monopoly position.’ (Schumpeter, 1942). One can draw some examples from the past. By a decree, In France, Richelieu helped Théophraste Renaudot set up the first organization in the industry, leading to a monopoly position.

At the height of his career, Benjamin Franklin enjoyed a monopoly in all the areas necessary for success: book publisher, government printer and, almanac publisher. In fact, Franklin achieved what economists define as ‘market or seller concentration,’ measuring the relative position of large companies in the provision of goods and services.

## 1.7. SUMMARIZING WITH OVERVIEW TABLES ACCORDING TO SCHUM-PETER’S CLASSIFICATION OF INNOVATIONS

**TABLE 2.** *Early days, Gutenberg (1452-1455)*

New methods of production Gutenberg's press, hand mould of characters (around 1450)	New economic organization Workshop Precapitalism	New product Bible and sacred texts in everyday language (
New market Protestants	Raw material Rags	Entrepreneurs Gutenberg (1400-1468) and investors

Source: author

**TABLE 3.** Overview table (before 1790) according to Schumpeter's classification of innovations, United States

Innovations	1700-1760	1765-1790
New methods of production	America: Publication under license, Censorship	Stamp Act, Independence (1774), and Constitution (1787-1789) first amendment (1789-1791)
New economic organization	Multi products Subscriptions Advertising First Step Market concentration	Political party financing
New product	The Pennsylvania Gazette (1723), pamphlets	Connecticut Courant (1762) advocacy journalism
New market	News-hungry colonials	Patriots vs Loyalists then Party press readers
Raw material	Rags	Connecticut Courant builds its papermill (1775)
Entrepreneurs	Benjamin Franklin (1706-1790)	I.Thomas, T.Paine, Hamilton, Jefferson

Source: author

**TABLE 4.** overview before 1790. France

Innovations	1630-1789	After 1789
New methods of production	Exclusive printing rights monopoly	Controlled freedom of printing Stamp and censorship
New economic organization	Monopoly, crown subsidies, printed in Paris Ten days to reach some provincial cities	French Revolution Political party financing
New product	La Gazette (1631)	Political and opinion journalism (1790-1791)
New market	Nobility and educated bourgeois	Literate people and public reading for illiterate audience
Raw material	Rags	Rags
Entrepreneurs	Theophraste Renaudot (1586-1653)	Revolutionary parties and then State (Napoleon)

Source : author

**TABLE 3** Overview table (1790-1945) in the USA

Innovations	1790-1850	1850-1945
New methods of production	Hoe's Rotary press (1843), small local printing shops (since 1760)	Linotype (1884)
New economic organization	Subsidized by parties, limited circulation (mainly subscriptions) (around 1790)	Capital-intensive industry, capitalistic innovations such as London Plan (Newsboys distribution)

New product	Hamilton's New-York Evening Post (1801), partisan outlet; 80 percent of outlets are partisan; News Agency: Beach's Associated Press (1846) ("Penny	Extension of penny press leads to mass circulation: Revenues: 55% advertising, 45% newspaper sales
New market	First steps of urban society, west	Growing literacy rate. Immigrants learning English, "Hearst university"
Raw material	Charles Finnerly's wood pulp (1838)	) Chemical industry improving ink production process
Entrepreneurs	Bennett, Ochs, Medill, N.Blye	Pulitzer (1847-1911); Hearst (1863-1951)

Source :author

**TABLE 5** Overview table (1790-1945) in France

Innovations	1790-1850	1850-1945
New methods of production	Koenig's steam press (1814)	Marinori's press (1866-1867); Dutartre's rotary press (1881); Belin's remote transmission of photography (1907); Faster and cheaper press for regional outlets
New economic organization	Paris : papers with annual low subscription fee (40 francs) and advertising; Province : no sufficient advertising market	1845: 520 papers published in province (over 750). 1932: 235 newspapers in 113 cities outside Paris. More profitable and concentrated market
New product	News agency: Charles-Louis Havas' Agence Havas (1835) Emile de Girardin's La Presse, first French low-cost urban paper (1836)	Regional papers start emphasizing local news
New market	Press freedom extended (1830): new markets (educated bourgeoisie and aristocracy)	Public school mandatory (1882), and complete press freedom (1881), leads to new educated readership
Raw material	200 paper mills in France (pulp) in 1850	Exploitation of the huge forests in Landes (SW France)
Entrepreneurs	Charles-Louis Havas (1783-1858) Emile de Girardin (1776-1855)	Abbé Félix Trochu (1841-1910) and Emile Desgrées (1867-1933) launch Ouest-Eclair in Brittany (1899)

Source : author

**TABLE 6 .Historical overview (after 1945) of innovations in the press industry in the U.S.**

Innovations	United States 1945-1984	Post 1984 United States
New methods of production	Offset process - Computers in the newsrooms - Golden age then decline Satellite technology for nationwide papers	Automation of the pre- print process. Layoffs. First websites (Wall Street Journal)
New economic organization	Concentration through failures, mergers and acquisitions. Most family-owned groups go public to attract funds (1967- 1997	Programmatic advertising RTB, algorithms, engineers Few production workers left
New product	Establishment of national newspapers. Suburban – Tabloids – Sunday editions - Free sheets	Young people with free sheets, then decline, then more digital subscribers, young, not loyal
New market	Suburbs	First digital editions, then digital first, niche products
Raw material	Ups and downs newsprint price NYT owns its mill	Downsizing mills capacity
Entrepreneurs	K. Graham, Jack Knight	Zuckerberg, Bezos, Ferro

Author (Source)

**TABLE 7. Historical overview (after 1945 in France**

Innovations	France 1945-1984	France After 1984
New methods of production	Offset process Computers in the newsrooms Satellite technology for printing national outlets in province	Modernization of the preprint process. Layoffs. Zenith of regional press (1975) and then, decline. First websites (Le Télégramme)
New economic organization	TV supplements in week end editions with magazine Sunday editions	Format (tabloid) and layout transformed in regional press
New product	Decline f nationa readership, increased buyers for regional outlets	2000 Young people with free-sheets Around 2017 digital
New market	Concentration in the regional press, monopolistic départements. with a few groups left	Downsizing after modernization. Some profitable companies (OuestFrance) hire more journalists
Raw material	Price instabiltiy and less and less newsprint	
Entrepreneurs	Coudurier père,Hutin, July, Coudurier père	Plenel, Dahri, Bolloré, Coudurier fils

Source : autor

## 1.8. WAVES AND BUSINESS CYCLES

**FIGURE 7** Graph of business cycle



Relying on general probabilities, Schumpeter is surprised by the fact that the new combinations are not "evenly distributed through time, but appear, if at all, discontinuously in groups or swarms." « from circular flow, broken by one innovation generating a crisis, i.e., a creative destruction ending by another period of circular flow and so on all those processes based on "unbroken continuity like the organic growth of a tree " (1934). The print industry may go through those difficult times with failures, lays off and meager profit. The image of waves is often associated with Schumpeter's theory ;

Going further in his research, in his book « Business Cycles », Schumpeter described Kondratieff long waves (about 50 years long), technological cycle, Juglar's cycle (about 5 to 10 years long), and finally Kitchin's cycle (3 years), and tried to adapt them to his concepts. Following his framework, we might assert that we are in long-term technological cycle number 5 (Kondratieff) – INTERNET Full Cycle: starts 1984-1991, ends ?? We must point out that, according to many economists, this theory has not been proved

**FIGURE 8** Five long-term technological cycles

<p style="text-align: center;"><b>CYCLE 0 – PRE-INDUSTRIAL REVOLUTION CYCLE</b></p> <p>Full Cycle: starts 1736-1745, 1780-1790 Expansion half-cycle: starts 1736-1745, ends 1762-1774          Recession half-cycle: starts 1762-1774, ends 1780-1790 Innovations/inventions: Georges Louis Lesage’s electric telegraph (1774); Watt’s steam machine (1776); Mike’s threshing machine (1786)</p>
<p style="text-align: center;"><b>CYCLE 1 – INDUSTRIAL REVOLUTION</b></p> <p>Full Cycle: starts 1780-1790, 1844-1851 Expansion half-cycle: starts 1780-1790, ends 1810-1817          Recession half-cycle: starts 1810-1817, ends 1844-1851 Innovations/inventions: Chappe’s manual telegraph (1794); Koenig’s new steam printing press application for The Times, London (1814); Niepce and Daguerre’s silver halide photography (1828, 1839); Siemens’s electric telegraph company (1847)</p>
<p style="text-align: center;"><b>CYCLE 2 – GLOBAL INDUSTRIAL REVOLUTION</b></p> <p>Full Cycle: starts 1844-1851, ends 1890-1896 Expansion half-cycle: starts 1844-1851, ends 1870-1875          Recession half-cycle: starts 1870-1875, ends 1890-1896 Innovations: Reuters News Agency in London, first electric telegraph transmission of stock exchange quotations using the first under-sea cable between Calais and Dover (1851); Alexander Graham Bell’s telephone (1876); Hollerith’s doctoral thesis at Columbia University on punched-card technology (1889)</p>
<p style="text-align: center;"><b>CYCLE 3 – NEW INDUSTRIES (AUTOMOBILE, CHEMISTRY, ELECTRICITY...)</b></p> <p>Full Cycle: starts 1890-1896, ends 1939-1950 Expansion half-cycle: starts 1890-1896, ends 1914-1920          Recession half-cycle: starts 1914-1920, ends 1939-1950 Innovations/inventions: Belin’s remote transmission of photography (1907); foundation of the Computing-Tabulating-Recording Company CTR (becomes IBM 1924), including Hollerith’s company (1911); Turing’s first electronic computer (1943)</p>
<p style="text-align: center;"><b>CYCLE 4 – FORDISM AND TOYOTISM</b></p> <p>Full Cycle: starts 1939-1950, ends 1984-1991 Expansion half-cycle: starts 1939-1950, ends 1968-1974          Recession half-cycle: starts 1968-1974, ends 1984-1991 Innovations/inventions: IBM 360 large computers (1965); ARPANET, Internet’s ancestor, carries its first data packages (1969); IBM’s first Personal Computer (1981)</p>
<p style="text-align: center;"><b>CYCLE 5 – INTERNET</b></p> <p>Full Cycle: starts 1984-1991, ends? Expansion half-cycle: starts 1984-1991, ends 2008-2010? Recession half-cycle: starts 2008-2010? ends? Innovations/inventions: Amazon.com, the first online bookshop (1994); Larry Page’s PageRank developed at Stanford University (1996) leads to the incorporation of Google (1998)</p>

Source : JB Lesourd and author. Sources for dates of the cycles: Korotayev, 2010; Alexander, 2007)

### 1.9. OBSOLESCENCE OF ENTEPRENEURSHIP

One part of the Schumpeterian theory is broadly predictive and not based upon mere facts. In *Capitalism, Socialism, and Democracy* (1942), he raises a question: can capitalism survive? And he answers a straight ‘No.’ Rooted in the 1929 Great Depression, Schumpeter’s analysis asserts more than assumes that *‘we have been witnessing the symptoms of a permanent loss of vitality which must be expected to go on and*

*to supply the dominating theme for the remaining movements of the capitalist symphony'.*

The obsolescence of the entrepreneurial, function will inevitably follow. Why? As a political economist convinced that an economic fact is insufficient to explain economics, Schumpeter, to an extent quite logically, becomes a 'sociologist,' almost a shrink. *'To undertake such new things is difficult, because the environment resists in many ways that vary, according to the social condition, from simple refusal either to finance or to buy a new thing, to a physical attack on the man who tries to produce it.'* (Schumpeter, 1942, p. 32).

## 2. DISCUSSIONS

Some aspects of Schumpeter's theories are subject to discussion and debates.

### 2.1. ENTREPRENEURSHIP

Kirzner observes that '(for Schumpeter) entrepreneurship is reserved for the brilliant, imaginative, daring, resourceful innovator.' (Kirzner, 1973, p 129).

McCaffrey (2009, p 7) makes the point that 'running a firm once the innovation is introduced becomes pure routine and then anti-Schumpeterian. Innovators inspire imitators; competition bids the entrepreneur profit down (Rothbard, 1987). Eventually, the economy adjusts to innovation and returns to another equilibrium state.' (McCaffrey, 2009).

The concept of an entrepreneur is part of the development of the neo-Schumpeterian endogenous technical change paradigm throughout the 1990s (Aghion and Howitt, 1992).

But the paradigm shift was extended to the realm of cultural preferences. The main question is: are some cultures more suitable to entrepreneurship? Doepke and Zilibotti (2016) define 'broadly culture as the set of preferences, values, and beliefs that are partially learned.. 'The notion that accounting for cultural heterogeneity is important for explaining individual behavior and economic success was a familiar one to classical

economists.... Parents expecting their children to become entrepreneurs have an incentive to instill these two values in their children.

## 2.2. INITIAL INVESTMENT

The question of initial investment to carry out some innovation divides scholars. Böhm\_Bawerk (1959, pp 102-105) holds that funds must come from past savings made by the entrepreneur.

In the newspaper business, print and web, we have pointed out that the sources of financing are diverse: businessmen with the profits of previous innovations (J. Bezos and W. Buffett), new investors, (for example in Mediapart, nationwide pure-player companies Ecofinance and Doxa, 500,000 euros each, both involved in new technologies) or with profits in print (Ouest-France).

The leader of the daily French press, both national and regional, declared 303,467,253 euros as total revenue for 2015. The pre-tax profit amounted to 47,653,111 euros (all taxes amounting to 3,890,000 euros). Dividends were paid to shareholders. According to Ouest-France's R&D director, a part (no further precision) '*will be invested in digital ventures.*' Ouest-France erected a paywall in September. 2017

## 2.3. OBSOLESCENCE OF ENTREPRENEURSHIP

According to Schumpeter, there are two ways in which entrepreneur might disappear from society. Firstly, methods of production have reached a state of perfection (Schumpeter, 1942, p. 131), '*a stationary state would ensue... There would be nothing left to entrepreneurs to do... They would find themselves in much the same situation as generals would in a society in a perfect state of permanent peace*'. Schumpeter qualifies the possibility as 'unrealistic.'

Proceeding to the second option, Schumpeter assumes a kind of 'bureaucratization of the process... Innovation itself is being reduced to routine. Technological progress is increasingly becoming the business of teams of trained specialists making it work in predictable ways'. Schumpeter developed a theory of the decline of capitalism as the ultimate step in an evolutionary process: first, the obsolescence and disappearance of

entrepreneurs, followed by the bureaucratization of companies, and finally the destruction of capitalism, leading to socialism. In that perspective, media should become state-owned or tepid.

Bylund and McCaffrey (2017, p. 9) disagrees: ‘Can progress, that is, economic adjustments in the future, be made a matter of routine in a capitalist economy? The short answer is no; they cannot. The problem with that argument is closely related to the problem of uncertainty.’

Schumpeter’s apparent conviction that he knows what the future has in store is criticized by many scholars. Rothbard wrote (Rothbard, 2004, p. 961),

‘Inventions, innovations, technological developments, by their very nature, by definition, cannot be predicted in advance and therefore cannot be centrally and bureaucratically planned.’

#### 2.4 - FIRM DYNAMICS

Economist Philippe Aghion is interested in Schumpeter’s theories. He set up a basic model of growth (2013, p. 157), asserting that

"it was Schumpeterian because (1) it concerned growth generated by innovation, (2) innovations result from entrepreneurial investments that are themselves motivated by the prospects of monopoly rents, and (3) because innovations replace old technologies; in other words, growth involves creative destruction."

One of the main applications of Schumpeterian theory by Aghion has been his study of company dynamics (2013, p. 532). Some of these facts are:

"(i) the firm size distribution is highly skewed, (ii) firm size and firm age are highly correlated, (iii) small firms exit more frequently, but the ones that survive tend to grow faster than the average growth rate, (iv) a large fraction of R&D in the US is done by incumbents, and reallocation of inputs between entrants and incumbents is an important source of productivity growth.’

According to Aghion, ‘these four facts listed require a new firm to enter, expand, then shrink over time, and eventually be replaced by new entrants.’ (Aghion, 2013, p 532). ‘These and the last fact on the importance

of reallocation are all embodied in the Schumpeterian idea of creative destruction.’

### 3. CONCLUSION IS DIGITAL NEWS A DISRUPTIVE AND/OR A SUSTAINING INNOVATION?

As we have seen, Christensen defines sustaining innovations as new technologies that ‘improve the performance of established products.’ (Christensen, 2016, p. xix). Disruptive innovations are identified as new technologies that ‘*result in a worse performance [of existing products]*’ and, hence, can lead to ‘*leading firms’ failure.*’ In the field we are interested in, Christensen gives an example: (Christensen, 2016, p. xxix): offset printing was the established technology, and digital printing the disruptive one.

According to us, most of the innovations implemented in the print periodical media since the industrial revolution have not disrupted the dominant business model -even though increasing automation exacted a social cost- and thus may be described as sustaining innovations. For example, hot metal type, set by Linotype operators, was abandoned for ‘cold type,’ set on computers and offset machines. Offset presses allowed high-quality four-color printing. The process also required the replacement of metal printing forms with photographically-produced printing plates and photocomposing machines. Many improvements were made to the so-called pre-press process, executed prior to printing, with computer-assisted graphs and designs and page make\_up.

Clearly, the stage of Creative Destruction has not yet been attained. Traditional organizations stand up and try to compete with start-up businesses. However, they are lagging behind huge platforms when it comes to programmatic advertising, the digital way of selling ads mainly by algorithms without human intervention. The difference is probably too great and the battle is probably lost. Traditional organizations need to invent a new publishing and marketing model focused primarily on content and diversification. The golden age of double-digit profit has vanished for ever.

## 4. BIBLIOGRAPHY

- Abermathy, W.J., and Clark, K.B., Mapping the Winds of Creative Destruction, *Research Policy*, 1985, 3-22
- Aghion, P. & Festré, A. (2017), Schumpeterian growth theory, Schumpeter, and growth policy design in *Journal of Evolutionary Economics*, January 2017, Volume 27, Issue 1, pp 25–42. From <https://doi.org/10.1007/s00191-016-0465-5>, retrieved March, 2022
- Aghion P, Durlauf S (2005) *Handbook of economic growth*. Elsevier, North-Holland, 2 vol  
Arendt, H. (1967), Truth and Politics, Originally published in *The New Yorker*, February 25, 1967, and reprinted with minor changes in *Between Past and Future* (1968) and *The Portable Hannah Arendt* edited by Peter Baier (2000) and *Truth: Engagements Across Philosophical Traditions* edited by Medina and Wood (2005). In: <https://idanlandau.files.wordpress.com/2014/12/arendt-truth-and-politics.pdf>. [Retrieved March 14, 2022]
- Baldasty G, J.,(1992), *The Commercialization of News in the Nineteenth Century*, University of Wisconsin Press
- Böhm-Bawerk, E. (ed 1959) *Capital and Interest*, traduced by Hans Sennholz
- Boorstin D.(1958), *Histoire des Américains*, Paris : R.Laffont.
- Borden N.H., (1960) *The Economic Effects of Advertising*, in: [http://www.donovandealershow.com/the\\_economic\\_effects\\_of\\_advertising\\_download.pdf](http://www.donovandealershow.com/the_economic_effects_of_advertising_download.pdf) [Retrieved September 6, 2022]
- Bostaph, S. (2013), Driving the Market Process: "Alterness" versus Innovation and Creative Destruction", *Quarterly Journal of Austrian Economics*, vol.16, n°4, 421-458
- Bylund, P. and Mc Caffrey M. (2017), A Theory of Entrepreneurship and Institutional Uncertainty, *Journal of Business Venturing*, 32, 5, 461-475. In: <https://doi.org/10.1016/j.jbusvent.2017.05.006> [Retrieved September 5, 2022]
- Cagé, J., (2016), *Saving the Media Saving the Media, Capitalism, Crowdfunding, and Democracy*, New York: Belknap Press.
- Cashman, S. D., (1984, 1988). *America in the Gilded Age: From the Death of Lincoln to the Rise of Theodore Roosevelt*, 1984, New York, New York University Press 1984).
- Casson, M. (1982)- *The Entrepreneur—An Economic Theory*. Totowa, New Jersey: Barnes & Noble Books

- Christensen, C.M., (1997, 2016), *The Innovator's Dilemma. When New Technologies Cause Great Firms to Fail*, Boston, Mass. : Harvard Business Review Press, 1997 ; New Publishing,
- Christensen, C.M., Shok, D., and Allworth, J., (2012), *Mastering the art of disruptive innovation in journalism Nieman Report*, Fall 2012 Retrieved from  
<http://1e9svy22oh333mryr8314s02.wpengine.netdna-cdn.com/wpcontent/uploads/2014/03/Fall2012.pdf> - Accessed October 2022
- Delporte Ch and Blandin C, Robinet F., (2016), *Histoire de la presse en France: XXe-XXIe siècles*, Armand Colin
- Doepke, M., Zilibotti, F. (2005) : *The macroeconomics of child labor regulation. American Economic Association* ol. 95(5), 1492–1524 (2005)  
<https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/000282805775014425>  
 Accessed August 2022
- Ekelund, R. B. Jr. and Hebert R.F. (2014). *A history of economic theory and method Sixth edition*, New-York: Waveland Press. [1st edition McGraw-Hill, 1975].
- Ekelund, R. B. Jr. and Hebert R.F. *An Economic Analysis of the Protestant Reformation*. 2002, Auburn University and Trinity University. In:  
[http://web.stanford.edu/~avner/Greif\\_228\\_2005/Ekelund%20et%20al%202002%20JPE%20Reformati on.pdf](http://web.stanford.edu/~avner/Greif_228_2005/Ekelund%20et%20al%202002%20JPE%20Reformati%20on.pdf) [Retrieved May 21, 2022
- Fauci, R. (2007). *Max Weber's Influence on Schumpeter*, *History of Economic Ideas* Vol. 15, No. 1, pp. 111-133, 2007.
- Girardin, E. (1842), *Le Siècle*, Paris: Archives Nationales F18 417
- Habermas, J (1987)., *Théorie de l'agir communicationnel*, tomes 1 et 2, Paris: Fayard.
- Habermas, J. (1984), *The Theory of Communicative Action, (Volume 1)*, Translated from German by T.McCarthy, Boston, MA: Beacon Press.
- Habermas, J. (1987), *The Theory of Communicative Action, (Volume 2)*, Translated from German by T.McCarthy, Boston, MA: Beacon Press.
- (1993), *L'espace public : Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Paris, Payot,
- (1991), *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a category of Bourgeois Society*. Trans. Thomas Burger with Frederick Lawrence. Cambridge, MA: MIT Press,

- (1992) Further Reflections on the Public Sphere. In Habermas and the Public Sphere. Ed. Craig Calhoun. Trans. Thomas Burger. Cambridge, MA: MIT Press
- Hallin D.C. and Mancini P., Comparing Media Systems: Three Models of Media and Politics, 2004, Cambridge University Press
- Heertje, A. (1981 ) Schumpeter's Vision: Capitalism, Socialism and Democracy After 40 Years. New York: Praeger Publishers
- Hébert, R.F and Link A,N. (1982) The Entrepreneur. New York: Praeger Publishers
- Kirzner I.M., (1999) Creativity and/or Alterness : A Reconsideration of the Schumpeterian Entrepreneur, Review of Austrian Economics, 11, pp 5-17
- Kirzner, I. M. (1973). Competition and entrepreneurship. Chicago, IL: University of Chicago Press
- Kirzner, I. M. (1997). Entrepreneurial discovery and the competitive market process : An Austrian approach. Journal of Economic Literature, 35, 60–85.
- Kirzner, I. M. (2009). The Alert and creative entrepreneur: A clarification. Small Business Economics, 32, 145–152.
- Lemay, L.J.A. (2005), The Life of Benjamin Franklin, vol 1 The Journalist,, 1706-1730; Penn Press,
- Lesourd, J.B., Medias et société, anciens et nouveaux médias, modèles économiques (2013), class for Master students Ecole de Journalisme et de communication de Marseille
- Lesourd, J.B., Methodologie 1 Préparation et rédaction de travaux de recherche, Novembre 2012 ; AixMarseille Université, EJCAM
- Lesourd, J.B., Methodologie de la recherche en sciences sociales, Décembre 2012, Aix-MarseilleUniversité, EJCAM
- McCaffrey Matthew, (2009) Entrepreneurship, Economic Evolution, and the End of Capitalism: Reconsidering Schumpeter's Thesis. The Quarterly Journal of Austrian Economics, 12, 4 (2009), 3-21.McCh
- Mc Craw, Th. K. (2007) Prophet of Innovation: Joseph Schumpeter and Creative Destruction, Belknap Press of Harvard University Press: Cambridge and London
- Mott, F.L, (1962). American Journalism, a History 1690-1960, The Mac Millan Company, New York.
- Noam E.M., and The International Media Concentration Collaboration (Eds), (2016) Who Owns the World's Media ? Media Concentration and Ownership around the World, New-York : Oxford University Press USA.

- Noam E.M, (2009) *Media Ownership and Concentration in America*, New-York: Oxford University Press USA,
- Picard, R. (2011), *The Economics and Financing of Media Companies*, New York: Fordham University Press,
- Picard, R. (2015) *Handbook on the Media Economics*, Picard R.G, and Wildman S., editors, Cheltenham (UK): Edward Elgar Publishing
- Powers, A. and Ardyth Broadrick Sohn. “A Case Study of Family Owned Newspapers Adapting and Surviving in Two Rural States.” *Online Journal of Rural Research & Policy* (8.3, 2013).  
In: <http://newprairiepress.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1063&context=ojrrp> [Retrieved June 6, 2022]
- Rochet JC, Tirole J (2006) Two-sided markets: a progress report *Rand Journal of Economics*, 37 (3) (2006), pp. 645-667
- Rochet JC, Tirole J (2003) « Platform competition in Two-Sided Market » *Journal of the European Economic Association* June 2003 1(4):990 – 1029. In: <http://www.rchss.sinica.edu.tw/cibs/pdf/RochetTirole3.pdf> [Retrieved March 30, 2022]
- Rothbard, M, N (2004), *Man, Economy, and State with Power and Market*, Ludwig von Mises Institute
- Salerno, J.T. *The Entrepreneur: Real and Imagined*. *Quart J Austrian Econ* 11, 188–207 (2008). <https://doi.org/10.1007/s12113-008-9043-5>
- Samuelson P.A, (1954) *The Pure Theory of Public Expenditure*, *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 36, No. 4 (Nov., 1954), pp. 387-389, MIT Press
- Seiler DL (2004) *La méthode comparative en science politique*, Colin U
- Schudson M. (1978), *Discovering the News, a Social History of American Newspapers*, first edition, Basic Books, New York, Lexington
- Schumpeter, J,A, T, [1934] 2008, *The Theory of Economic Development : An Inquiry into Profits, Capital, Interest and the Business Cycle*, London : Transaction Publishers,
- Schumpeter, J.A . [1942] 1975. *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York : Harper,
- Schumpeter, J.A. (2006) [1939]. *Business cycles: a theoretical, historical, and statistical analysis of the capitalist process*. Mansfield Centre, Connecticut: Martino Pub.
- .Seawright, J.and Gerring. J. (2008), *Case Selection Techniques in Case Study Research*. *Political Research Quarterly* 61, June 2008, 294-308.

- Shapiro, C., and Varian, H.R. (1998), *Information Rules : A Strategy Guide for the Network Economy*, Cambridge, MA : Harvard Business School Press.
- Somashekar, Ne.Thi (2003) *Development and Environmental Economics*, New Age International (P) Ltd.
- Tirole J. (2015) *Théorie de l'organisation industrielle*, Paris : Economica.
- Tirole J. (2016) *Économie du bien commun*, Paris : Presses Universitaires de France.
- Tocqueville, A. (1835), *Democracy in America*, 2 Volumes. In: <http://seas3.elte.hu/coursematerial/LojkoMiklos/Alexis-de-Tocqueville-Democracy-in-America.pdf> [Retrieved July 6, 2022]
- Wallez Ph, Ph.D Dissertation (2017), *LOCAL AND REGIONAL INFORMATION IN THE AGE OF ELECTRONIC MEDIA: A COMPARATIVE STUDY (United States - France)*, Aix-Marseille U
- Wallez Ph.,and Lesourd J.B., *Innovation and Business Models in the Local and Regional Information Sector*, Communication, IMMAA Conference 2015, Lomonosov Moscow State University, Faculty of Journalism, Moscow, Russia, September 17-18, 2015
- Wallez Ph., and Lesourd J.B., *Internet: A Disruptive Innovation for the Media Industries? Application to case studies in the French and US regional press*, Communication, IMMAA Conference' s theme *Disruption in Media Industries: Management and Education Challenges*, Korea University, Seoul, 27-29 October, 2016.

# PENSAMIENTO ECONÓMICO HISPANOAMERICANO EN LA ÉPOCA MODERNA: ESCUELA DE SALAMANCA Y ARBITRISMO

---

CECILIA FONT DE VILLANUEVA  
*Universidad Francisco de Vitoria*

## 1. INTRODUCCIÓN

La interesante historia económica castellana<sup>591</sup> de la época moderna tiene una repercusión no menos sugestiva en las ideas económicas. Los siglos XVI y XVII son, en mi opinión, el periodo en el que los autores españoles alcanzan un puesto de primera fila en el panorama general del pensamiento económico.

Para el estudio de las ideas económicas de la época moderna castellana podemos distinguir dos núcleos fundamentales y bien diferenciados, por una parte, las ideas de los doctores pertenecientes a la Escuela de Salamanca, que constituyen un pensamiento que podríamos considerar más científico y por otro los escritos menos sistemáticos, de los denominados arbitristas. Ambas corrientes tuvieron su vertiente indiana, que es a la que queremos dedicar estas páginas.

## 2. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

Las dos corrientes de pensamiento económico que podemos identificar para la Castilla de la época moderna tienen su extensión en las colonias, una vez que se va completando el proceso de conquista. No es el propósito de esta investigación el realizar un análisis exhaustivo del pensamiento de los autores de estas líneas de pensamiento. Con estas líneas

---

<sup>591</sup> Ver Schwartz (1999), Serrano Mangas (2000), Hamilton (1934 y 1947) y Domínguez Ortiz (1999), Motomura (1994) y Rolnick, Velde y Weber (1996) entre otros.

propongo realizar un esbozo de las principales ideas desarrolladas por ellos con la intención de estimular el interés por estas cuestiones que permitan comprender el verdadero alcance del pensamiento indiano.

Para cada grupo de autores, tras una descripción de sus características principales que realizaremos en el apartado tercero, procederemos a analizar los aspectos principales de sus aportaciones relacionadas con las colonias, apartado cuarto.

### 3. RESULTADOS

Escuela de Salamanca es la denominación que se aplica a un grupo de juristas españoles del siglo XVI, vinculados a la universidad salmanticense y creadores de un cuerpo de doctrina sobre derecho natural, internacional y teoría monetaria. Esta denominación fue acuñada por José Larraz<sup>592</sup>, quien en torno a los años 50, empleó este término para referirse a este grupo de autores.<sup>593</sup>

Dicha Escuela supuso el resurgir, en el siglo XVI, de la corriente escolástica. Una escolástica que, adoptando los principios básicos del humanismo, recogió la tradición aristotélica tomista, que había quedado arrinconada tras las tesis nominalistas, para explicar los principios generales del comportamiento humano.

Además de sus ideas sobre el comercio mencionaremos los principales campos económicos en los que centraron sus análisis entre los que destaca la teoría cuantitativa del dinero que fue enunciada con detalle por Tomás de Mercado y Martín de Azpilcueta doce años antes que el francés Jean Bodin. Además de la famosa teoría cuantitativa los autores escolásticos establecieron la teoría del tipo de cambio basada en la paridad de compra, perfeccionaron la teoría del valor basada en la utilidad, defendieron la propiedad privada basándose en el derecho natural, declararon que el precio justo es aquel que se forma en un mercado competitivo de acuerdo con la oferta y la demanda siempre que no exista ni

---

<sup>592</sup> Larraz (1943).

<sup>593</sup> Para un estudio detallado de la Escuela de Salamanca ver Barrientos (1995, 1999 y 2002), Gómez Camacho y Robledo (1998) y Grice-Hutchinson (1978) entre otros.

violencia ni engaño y trataron la cuestión fiscal centrando el análisis en la elevada presión fiscal que entonces padecía Castilla. Común en todos sus argumentos fue la defensa de la libertad económica según el esquema iusnaturalista que está presente en todos sus planteamientos.

Con respecto al comercio hay que mencionar que los autores salmantinos le dedicaron especial atención, no en vano nunca hasta ese momento había estado tan integrada en las redes de comercio internacional la economía española y sobre todo la castellana. En el siglo XVI Castilla desarrollaba un intenso tráfico comercial tanto con otros países europeos, Flandes, Francia e Inglaterra principalmente, como con las Indias. Aunque lo más destacado del tráfico con las colonias no fuera el intercambio de mercancías sino las remesas de plata y oro que llegaron a Sevilla en esta época. Ruiz Martín señala a este respecto que entre 1503 y 1660 desembarcaron en Sevilla 16 millones de kilogramos de plata, casi el triple de las reservas europeas en ese momento.

En este aspecto, como en todos los que trataron, los escolásticos siguieron la tradición de Aristóteles<sup>594</sup> y Santo Tomás. Consideraron que el comercio pertenece al tipo de cambio que se ordena al lucro, es decir el cambio de dinero por dinero o de objetos por dinero. Vitoria consideró que el comercio era una actividad peligrosa, pues como afirmó san Pablo, los que quieren enriquecerse caen en tentaciones. Pero, en cualquier caso, cuando los comerciantes traen mercancías de otro lugar, la justicia de sus ganancias está fuera de toda duda, ya que el traslado supone una mutación en los bienes.

Con respecto al comercio internacional, Vitoria, en su elección de Indis, siguiendo la misma línea argumental empleada para responder a la duda indiana, concluyó que resultaba lícito a los españoles comerciar con los indios siempre y cuando se ejerciera sin perjuicio de los nativos y con utilidad para las dos partes. Afirmó que este derecho no podía ser impedido por los respectivos gobiernos cuando se respetara esa condición. Por estas ideas Urdánoz, afirmó que Vitoria sentó “los principios

---

<sup>594</sup> Aristóteles (Edición de 1997)

explícitos del Neoliberalismo económico y del mercado libre a escala mundial”.<sup>595</sup>

El fenómeno del arbitristo ha sido ampliamente tratado en la bibliografía.<sup>596</sup> Con respecto al arbitristo podemos destacar que con el nombre de arbitristas designamos a los autores españoles dedicados a lo que hoy denominaríamos “economía aplicada”. Estos literatos, que fueron muy proliferos durante los siglos XVI y XVII, dejaron de lado las cuestiones morales y filosóficas que ocuparon a los escolásticos y realizaron un análisis más práctico de la situación con el objetivo de comprender y descubrir las causas de la ruina que asolaba a Castilla tratando de entender las repercusiones que el descubrimiento de América había tenido en ello.<sup>597</sup> Es necesario también destacar que no todos los autores realizaron sus análisis con una perspectiva tan global, algunos centraron sus análisis en cuestiones más concretas, como puede ser el caso de la “Escuela de Toledo”, cuyos miembros trataron de defender los intereses de la industria castellana en favor de la competencia que suponía la industria de los países bajos.

En el siguiente apartado vamos a analizar las opiniones de algunos de estos autores referidos a las Indias. Distinguiremos a este respecto dos grupos de arbitristas. En primer lugar, trataremos los escritos de aquellos autores que, desde Castilla, trataron asuntos relacionados con las colonias. En segundo lugar, nos dedicaremos al fenómeno arbitrista en su vertiente indiana, es decir, aquellos autores americanos, por nacimiento o localización, que trataron las cuestiones americanas desde el terreno y veremos cómo, aunque en un principio fueron los castellanos afincados en las colonias los que se encargaron de enviar a la metrópoli sus críticas, poco a poco los naturales de las colonias fueron tomando el relevo.

---

<sup>595</sup> Cendejas (2018)

<sup>596</sup> Ver entre otros Font (2005, 2008 y 2018, García Guerra (2003) y Perdices de Blas (2010) y Perdices de Bas y Reeder (1998).

<sup>597</sup> Perdices de Blas (1996). Pág. 31.

#### 4. DISCUSIÓN

En este apartado nos referimos a las aportaciones específicamente referidas a las cuestiones indianas tanto en el pensamiento escolástico como en el arbitristo. Comenzamos con las ideas escolásticas.

El periodo de mayor auge y esplendor de la Escuela de Salamanca coincide cronológicamente con la conquista y posterior incorporación a la Corona de los territorios Indianos. En este ámbito Oreste Popescu (1992) ha estudiado con gran detalle el tráfico cultural y espiritual que se produjo entre la Metrópoli y las colonias y que permitió la exportación a los nuevos territorios de toda la riqueza doctrinal de los maestros de Salamanca<sup>598</sup>. Según cuenta Popescu (1992) desde los primeros años de la conquista las principales obras de la escolástica salmantina, así como sus fundamentos aristotélico-tomistas, ya circulaban por las principales bibliotecas americanas. Y este fenómeno de trasvase cultural se aceleró a partir de 1538 cuando se pusieron en marcha las primeras universidades americanas, que llegaron a ser treinta y tres en 1824. El grueso de estas universidades surgió entre los siglos XVI y XVII y es interesante destacar que la gran mayoría de ellas contaron entre sus docentes con discípulos de los grandes maestros escolásticos españoles lo que facilitó la transmisión del pensamiento escolástico a los territorios americanos y la formación de la denominada escolástica indiana lo que justifica la coincidencia cronológica entre los autores peninsulares y los americanos.

Siguiendo de nuevo a Popescu (1992) citamos como principales representantes del grupo hispanoamericano a los siguientes autores: Bartolomé de Albornoz (siglo XVI), Juan de Matienzo (1520-1579), Luis López (1530-1595), Pedro de Oñate (1567-1646) y Domingo Muriel (1718-1795). Popescu incluye en esta lista también a Tomás de Mercado ya que, según su criterio, independientemente de su origen lo cierto es que Mercado estuvo vinculado durante su vida a la Universidad de México, donde estudió y enseñó y donde conoció y trató a los mercaderes y se familiarizó con los problemas derivados de su actividad comercial.

---

<sup>598</sup> Popescu (1992). Pp. 12 y 13.

En realidad, como también pone de manifiesto el maestro, esta argumentación es válida para todos los representantes hispanoamericanos, que, aunque nacieron en España, desarrollaron toda su actividad científica en las colonias.

Respecto a sus aportaciones a las cuestiones económicas destacamos tres aspectos principales, la determinación del valor, la teoría del justo precio que trataron tanto Mercado como Albornoz, López y Matienzo y por último el dinero. En este ámbito la influencia de Azpilcueta (1556) resulta fundamental.

Con respecto al arbitrista referido a cuestiones americanas es necesario mencionar que, como poníamos de manifiesto en el apartado precedente, los arbitristas se preocuparon primordialmente de buscar y analizar las, en su opinión, causas más relevantes de la decadencia castellana. Dentro del panorama económico castellano los asuntos americanos tenían una gran importancia, de hecho, gran parte de las finanzas peninsulares dependían de las llegadas de los metales americanos, por lo que algunos autores pensaron que la conquista de América podía tener un papel responsable en esta crisis y trataron de identificar los factores americanos responsables del desastre económico peninsular.

Ahora, también es necesario poner de manifiesto que, como también quedó señalado anteriormente y la historiografía ha analizado en repetidas ocasiones, con los arbitristas es necesario distinguir los de buena calidad de los de mala. De los argumentos que repasaremos a continuación, que fueron los tratados en sus memoriales, podremos diferenciar las acertadas quejas y peticiones de algunos autores de los, por el contrario, irrelevantes o inadecuados argumentos defendidos por otros de los que se derivan propuestas inalcanzables o imposibles de llevar a cabo. Relacionamos a continuación algunos de estos factores.

Comenzamos por el *comercio transatlántico*. Es en este campo donde, en mi opinión, encontramos los mayores logros teóricos y prácticos de los arbitristas con respecto al problema americano. No en vano el comercio trasatlántico constituía uno de los pilares fundamentales de la riqueza de la nación. Sin embargo, su funcionamiento arrastraba una serie de dificultades que lastraba sus beneficios al restarle eficacia.

Algunos autores advirtieron con gran claridad estas dificultades y trataron de alertar a la Corona, la cual, a pesar de las advertencias, no solucionó la situación. En su descargo decir que ni la situación ni la solución era fácil.

El tráfico comercial con las colonias seguía el típico esquema mercantilista, propio de la época, que en la práctica funcionaba como un monopolio comercial articulado en torno a la sevillana Casa de Contratación fundada apenas diez años después del Descubrimiento. La Casa de Contratación ejercía un riguroso control sobre el comercio del que se desprendían numerosos trámites burocráticos y un sólido entramado fiscal que además de la recaudación de los impuestos sobre el comercio englobaba también el cobro del quinto real. Complementan esta regulación el régimen de flotas, surgido a causa de la piratería, y la erección del Consulado de Sevilla, que en la práctica resultaba ser una corporación de mercaderes interesados en el comercio con América. Ambas instituciones surgieron en agosto de 1543. Aunque en la práctica existían dos excepciones<sup>599</sup>, lo cierto es que el comercio con América resultaba un verdadero monopolio.

Como veremos en los apartados siguientes, con respecto al tráfico comercial con las colonias existen numerosas contradicciones y no hubo ni mucho menos uniformidad entre los argumentos. Como pusimos de manifiesto al analizar la naturaleza del arbitrista, en esta corriente podemos distinguir con mayor claridad si cabe entre los “buenos” y los “malos”. En el mismo periodo de tiempo encontramos autores que tratan un mismo problema desde perspectivas bien distintas y podemos comprobar como algunos han entendido perfectamente la situación mientras que otros no lo han hecho y defienden ideas muy equivocadas.

Generalmente, aunque con un grupo tan heterogéneo como los arbitristas es difícil generalizar, los arbitristas fueron mercantilistas acérrimos, defensores de un proteccionismo exacerbado que pasaba por impedir la salida de los metales de los límites territoriales, la *saca*, empleando la

---

<sup>599</sup> Estas excepciones eran la Cédula del 15 de enero de 1529 por la que se permitía el comercio directo con Indias a los puertos de Coruña, Bayona, Avilés, Laredo, Bilbao, San Sebastián, Cartagena, Málaga y Cádiz, y el régimen especial de las Islas Canarias.

terminología de la época. Sin embargo, a principios del siglo XVI, encontramos un interesantísimo grupo de autores defensores del libre comercio que trataron inútilmente, de convencer a la Corona de las ventajas de eliminar las restricciones comerciales entre la Península y las Indias.

Las primeras voces a favor de este libre comercio se remontan a 1508. Haring observa que las críticas coinciden prácticamente con la entrada en vigor de las restricciones<sup>600</sup>. En este momento colonos de La Española solicitan que los naturales de las Coronas de Castilla y Aragón pudieran embarcar mercancías a América desde cualquier puerto de la península sin tener que pasar por Sevilla. Esta petición es reiterada apenas diez años más tarde, concretamente en 1517, por los gobernadores jerónimos, que plantean la necesidad de un comercio libre y recíproco entre todos los dominios españoles.<sup>601</sup> Ya en el siglo XVII, cuando las doctrinas mercantilistas están fuertemente arraigadas, encontramos dos arbitristas firmes defensores de la libertad comercial, concretamente nos referimos a Alberto Struzzi y a Manuel de Lyra.

Struzzi escribe en 1624, y con clara influencia escolástica, afirma que el comercio universal es de “derecho natural”, empleando en este tema argumentos escolásticos, y por tanto prohibirlo “pretendiendo con ello enriquecer al reino, es intentar un medio repugnante y contrario al efecto que se pretende”.<sup>602</sup> Asimismo Struzzi consideró que la aplicación de medidas proteccionistas incentivaría la aparición del contrabando, lo cual perjudicaría los intereses de España.

Por su parte, Manuel de Lyra, que fue secretario de Estado y del Despacho de Carlos II entre 1685 y 1691, también es un firme partidario de la libertad de comercio. Sus ideas para organizar el comercio americano resultan muy contrarias a las vigentes entonces. Lyra propone el establecimiento de una compañía general de comercio en la que puedan participar como accionistas todos los comerciantes europeos que deseen

---

<sup>600</sup> Haring (1939) pág. 10.

<sup>601</sup> Muñoz Pérez, (1955). Pp. 216-217.

<sup>602</sup> Struzzi, Alberto, (1624) Diálogo sobre el comercio de los reinos de Castilla con las Indias y otras partes. Pp. 2 y 3.

participar en el tráfico comercial con las Indias. En su opinión si el tráfico comercial se abriera a todos los países las ventajas que se derivarían de esta apertura serían enormes y de muy diversa naturaleza ya que abarcarían a todos los órdenes: “desde la política internacional al progreso de las artes y de las ciencias”. Además, tendríamos en Holanda e Inglaterra firmes aliados ya que todos estarían interesados en conservar y aumentar el tráfico comercial, lo que se traduciría en grandes beneficios para todos. En definitiva, las ideas de Lyra no son más que un anticipo de las teorías acerca de las ventajas del comercio internacional más tarde expuestas por Smith y Ricardo.

Desgraciadamente estas modernas ideas de Lyra no fueron seguidas ni en teoría ni mucho menos en la práctica en los tiempos inmediatamente posteriores. La política de la Corona se concentró, durante todo el siglo XVIII, en todo lo contrario, en lograr que el monopolio teórico fuera en la práctica lo más real posible.

En el segundo grupo de argumentos relacionamos otro problema bien distinto: *el papel que desempeñan los metales americanos en la economía castellana*. En este caso los autores no tratan un problema típicamente americano por sí mismo, sino que analizan una cuestión que en su opinión es un factor responsable de la decadencia española. Gran parte de los arbitristas se dedicaron a analizar las causas de la decadencia que atravesó Castilla durante el siglo XVII. Estos autores trataron con gran ahínco de poner a la Corona sobre aviso de los, en su opinión, factores responsables de dicha decadencia. En este sentido, y dentro del esquema mercantilista vigente entonces, muchos autores consideraron que la salida de los metales de la península era la responsable de la crisis. Estos autores, defensores de la no salida de los metales de nuestras fronteras son conocidos con el nombre de prohibicionistas, ya que sus remedios iban encaminados a prohibir las importaciones que supusieran salida de metal. Entre este grupo encontramos autores importantes como Sancho de Moncada, Francisco Fernández de la Mata o Miguel Álvarez Osorio. Los tres fueron autores muy prolijos que escribieron gran cantidad de papeles dirigidos a la Corona, en los que expusieron sus remedios para salir de la crisis.

Moncada, eclesiástico toledano nacido en 1580, fue uno de los autores españoles que más prestigio alcanzó. Los autores posteriores de los siglos XVI y XVII se suelen referir a él como a una gran autoridad. Tras dedicarse durante años a la enseñanza de la teología en la Cátedra de Sagrada Escritura de la Universidad de Toledo, escribió en los primeros años del siglo XVII ocho discursos, reimprimos en 1746, en los que trató de dar a los ministros de Felipe III buenos consejos para gobernar. El más importante es *Restauración política de España*, escrito en 1619 como respuesta a la gran consulta convocada por la Corona para determinar las principales causas de los males de España. Su visión era muy pesimista. En su opinión los responsables de todos los padecimientos nacionales eran los extranjeros, a ellos responsabilizó Moncada de la falta de moneda, de la elevada deuda exterior, así como del descenso de las rentas reales. Como remedio propuso una política mercantilista y tremendamente proteccionista, así como graves sanciones para los infractores de la ley. El argumento central de sus discursos fue la defensa del sistema prohibitivo y abogó por la aplicación de unas leyes encaminadas a mantener dentro del Reino todo el oro y la plata proveniente de las Indias.

Con respecto a los metales americanos Moncada consideró que el origen de la crisis no fue la abundancia de los metales, sino el mal uso que de ellos se hizo, ya que la llegada de los metales desanimó a la industria productiva y en su lugar los castellanos adoptaron una mentalidad rentista, por lo que la producción de manufacturas quedó paralizada. Para solucionarlo y estimular la producción interior en sustitución de importaciones, Moncada defendió el proteccionismo, siguiendo las tesis de Luis Ortiz.

Al margen de lo acertado o no de sus ideas, personalmente considero que las tesis prohibicionistas no resultan eficientes desde el punto de vista económico, la importancia de Moncada radica en que el autor toledano trató en sus escritos de desarrollar todo un esquema de desarrollo de la nación, concibiendo este esquema como un campo de estudio autónomo, por lo que podemos considerarle como uno de los primeros

macroeconomistas de la época, en este sentido Baeck lo considera como el padre fundador de la economía política moderna en España<sup>603</sup>.

Algo después, ya en la mitad del siglo XVII, publicó sus memoriales Francisco Martínez de la Mata. De este autor conocemos nueve documentos, ocho discursos y un Epítome o resumen de su doctrina, publicados entre los años de 1654 y 1659, en los que trató de dar remedio a la despoblación y pobreza que sufría España. Sus remedios fueron en la línea de los defendidos por Moncada. Nos encontramos por tanto con otro autor prohibicionista partidario de la prohibición de introducir mercaderías extranjeras con el objeto de evitar la salida de los metales llegados de las Indias. Según Martínez de la Mata, la riqueza de los pueblos se derivaba de la abundancia de metales preciosos, por ello este autor se mostró muy crítico con la presencia de extranjeros en nuestro país a los que acusaba de causar la ruina nacional al llevarse el oro y la plata y no dudó en calificarlos de usureros, ladrones, hipócritas, defraudadores, tiranos o ingratos y otros apelativos similares.

Por último, nos referimos a Miguel Álvarez Osorio. Osorio escribió seis memoriales sobre diversos temas de política económica. Aunque en general sus escritos se refieren con escasa originalidad a tópicos muy repetidos desde el reinado de Felipe III. Este autor consideró que la principal causa de los males de la Monarquía radicaba en diversos factores fiscales: los excesivos impuestos y el fraude. El mal mayor fue, en su opinión, la mala administración. También fue partidario de evitar la salida al extranjero de los metales americanos, por considerar que con su salida se empobrecía España y defendió la producción interior.

Ninguno de los tres fue capaz de comprender la imposibilidad de llevar a la práctica sus remedios ante el modelo productivo adoptado en España basado en la escasa producción interior y en las importaciones. Aunque en otros de sus argumentos sí tuvieran buenas ideas, esta defensa del prohibicionismo deja mucho que desear. En su defensa podemos señalar que nos encontramos en el auge del mercantilismo, doctrina que en este momento se instaló en todos los países europeos, aunque otros autores

---

<sup>603</sup> Baeck (1998). Pp. 189.

anteriores, como hemos visto en el apartado precedente, ya fueran conscientes de las ventajas del libre comercio.

En otro orden de cosas, citamos los argumentos de aquellos autores que se refirieron a las *colonias en el sentido de la emigración*. Entre estos autores, denominados poblacionistas, por considerar que la población era un factor determinante en la ruina castellana, destacamos a Pedro Fernández de Navarrete, el cual consideró que uno de los factores responsables de la despoblación era la emigración a las colonias.

Contemporáneo a Sancho de Moncada encontramos a Pedro Fernández Navarrete (1564-1632) el cual escribió también una serie de discursos en los que trató de buscar las causas de la decadencia española. El más famoso se titula *Conservación de Monarquías y discursos políticos*, publicado en 1626. Esta extensa obra es en realidad una segunda versión ampliada de un documento anterior titulado *Discursos políticos*, escrito en 1621. Navarrete atribuyó la responsabilidad de los males a la despoblación que en esta época padeció el Reino. Como causas de la despoblación mencionó el descuido al que fue sometida la agricultura y la expulsión de los moriscos, así como la emigración a las colonias y el exceso de clérigos, la pasividad económica de la nobleza y la elevada presión fiscal. Como remedios propuso la reorganización de la agricultura y una política de repoblación.

Finalmente mencionamos también otra cuestión interesante que es la que se refiere a la educación. En España existían en ese momento numerosos centros de letras entre universidades y escuelas de gramática, y sin embargo faltaban escuelas de artes y oficios. Navarrete considera importante reforzar estos estudios, sobre todo en lo que se refería a pilotos y marineros, con objeto de dar respuesta a la gran necesidad que de estos oficios tenía la armada española.

## 5. CONCLUSIONES

Como conclusión podemos afirmar que durante la época moderna se desarrollaron en España una serie de interesantes desarrollos teóricos que tuvieron como resultado el despegue del pensamiento económico español. Dentro de las dos corrientes desarrolladas tiene más interés,

desde el punto de vista teórico, las aportaciones realizadas por los escolásticos de la Escuela de Salamanca, mientras que los escritos de los arbitristas, a pesar de sus numerosos errores teóricos, también tienen un gran interés desde el punto de vista histórico ya que reflejan la opinión que los coetáneos tuvieron de los acontecimientos vividos y muestran como percibieron la realidad que vivieron.

## 6. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Este trabajo es resultado del proyecto de investigación “Salvación, política, economía: el comercio de ideas entre España y Gran Bretaña en los siglos XVII y XVIII” financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Agencia Estatal de Investigación – Fondos FEDER, Programa de generación del conocimiento 2021-23, PID2021-122994NB-100. También ha contado con el apoyo de Proyectos de Investigación internos financiados por la Universidad Francisco de Vitoria.

## 7. REFERENCIAS

- Aristóteles (1997). *Política*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Traducción de Julián Marías y María Araujo, introducción y notas de Julián Marías.
- Azpilcueta, M. (1965 [1556]). *Comentario resolutorio de cambios*. Introducción y texto crítico por Alberto Ullastres José M. Pérez Prendes y Luciano Pereña. Madrid: CSIC.
- Baciero, F. (2008) *Poder, ley y sociedad en Suárez y Locke (un capítulo en la evolución de la filosofía política del siglo XVII)* Tesis doctoral. Universidad de Salamanca.
- Baek, L. (1998). *Monetarismo y teorías del desarrollo en la Península Ibérica en los siglos XVI-XVII*. In *El pensamiento económico en la Escuela de Salamanca. Una visión multidisciplinar: seminarios celebrados en Salamanca en 1992, 1993 y 1995* (pp. 165-204). Ediciones Universidad de Salamanca.
- Barrientos García, José. (1995) *La Escuela de Salamanca: desarrollo y caracteres*. (1998) *El pensamiento económico en la perspectiva filosófico-teológica*. (1999) *Oposición del Doctor Navarro a la Cátedra de Prima de Cánones de la Universidad de Salamanca*.

- (2002) Los tratados “De Legibus” y “De Iustitia el iure” en la Escuela de Salamanca del los siglos XVI y XVII.
- Cendejas Bueno, J. L. (2018). Justicia, mercado y precio en Francisco de Vitoria. *Revista Empresa y Humanismo*, Vol. XXI (1), 9-38.
- Domínguez Ortiz, A. (1999). El siglo XVII español: el trasmundo del arbitrista. En *Economía y economistas españoles* (Vol. 2. pp. 403-424). Barcelona: FUNCAS-Círculo de Lectores- Galaxia Gutenberg.
- Fernández, Á. (2015) “Juan de Mariana. Transmisión de las ideas de economía política de España hacia Inglaterra en el siglo XVII”. *Iberian Journal of the history of economic thought*. Vol. 2, 32-59.
- Font de Villanueva, C. (2005). Política monetaria y política fiscal en Castilla en el siglo XVII: un siglo de inestabilidades. *Revista de Historia Económica-Journal of Iberian and Latin American Economic History*, 23(S1), 329-347.
- Font de Villanueva, C. (2008). La estabilización monetaria de 1680-1686: pensamiento y política económica. *Estudios de historia económica*. Banco de España, 52.
- Font de Villanueva, C. (2018) Juan de Mariana, economista. Una referencia teórica a las alteraciones monetarias. En Rafael Rubio de Urquía, *ampliando los límites de la teoría económica*.
- Guerra, E. M. G. (2003). Moneda y arbitrios: consideraciones del siglo XVII (Vol. 56). Editorial CSIC-CSIC Press.
- Gómez Camacho, Francisco y Robledo, Ricardo (eds.) (1998) *El pensamiento económico de la Escuela de Salamanca*.
- Grice-Hutchinson, M. (1978). *Early Economic Thought in Spain, 1177-1740*. Londres: Allen & Unwin. Traducción: *El pensamiento económico en España, 1177-1740*. Barcelona: Crítica.
- Hamilton, Earl, J. (1934) *American Treasure and the Price Revolution in Spain, 1501-1650*. Cambridge: Harvard University Press.
- (1947) *War and Prices in Spain, 1651-1800*. Cambridge: Harvard University Press.
- Haring, C. H., & Salinas, E. (1939). *Comercio y navegación entre España y las Indias: en la época de los Habsburgos*.
- Larraz, José (1943) *La época del mercantilismo en Castilla (1500-1700)*

- Mariana J. (1981 [1599]). La dignidad real y la educación del Rey. Edición y estudio preliminar de Luis Sánchez Agesta. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (1987 [1609]). Tratado y discurso sobre la moneda de vellón. Estudio introductorio y edición de Lucas Beltrán. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Mercado, T. (1975 [1571]). Suma de tratos y contratos. Editor: Restituto Sierra Bravo. Madrid: Editora Nacional.
- Motomura, A. (1994). The best and worst of currencies: seigniorage and currency policy in Spain, 1597–1650. *The Journal of Economic History*, 54(1), 104-127.
- Muñoz Pérez, J. (1955). Los proyectos sobre España e Indias en el siglo XVIII: el proyectismo como género. *Revista de estudios políticos*, (81), 169-196.
- Perdices de Blas, L. (2010). La hora de los economistas.: Entrevistas a cuarenta economistas que han contribuido a la modernización de la economía española. Ecobook.
- Perdices de Blas, L., & Reeder, J. (1998). El mercantilismo: política económica y Estado nacional. Madrid: Síntesis.
- Popescu, O. (1992). El pensamiento económico en la Escolástica Hispanoamericana. *Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales*, (22), 11-36.
- Rolnick, A. J., Velde, F. R., & Weber, W. E. (1996). The debasement puzzle: an essay on medieval monetary history. *The Journal of Economic History*, 56(4), 789-808.
- Schwartz, P. (1999). Los economistas y la prosperidad de España. En *Economía y economistas españoles* (Vol. 1. pp. 485-525). Barcelona: FUNCAS-Círculo de Lectores- Galaxia Gutenberg.
- Serrano Mangas, F. (2000). El papel del vellón. Dinero, moneda y crédito en la Monarquía Hispánica. Madrid: Fundación ICO y Marcial Pons.
- Tozzi, G. (1961). Economistas griegos y romanos. México: Fondo de Cultura Económica.

## LA OBRA DE MARTÍNEZ MARINA: LA TEORÍA DE CORTES Y LAS ASAMBLEAS POPULARES (S.XIX)

---

ARMANDO JOSÉ SANTANA BUGÉS  
*Universidad de Jaén*

### 1. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene por génesis la más que fantástica vida y obra de Don Francisco Martínez Marina, a quien podríamos considerar uno de los primeros padres de la Historia del Derecho en España, padre de una de las disciplinas de formación intelectual más importantes en la Ciencia Jurídica. De forma específica, cuanto aquí se indicará, se encontrará imbricado con lo que podríamos denominar “la primera etapa” en la vida de Martínez Marina.

La estructura, y grandes ejes, bajo los que agruparemos la vida del aclamado historiador del Derecho serán los siguientes (los cuales a su vez nos servirán para introducir la estructura interna del capítulo a presentar): introducción: contexto histórico; la teoría de cortes y su denuncia ante el Consejo de Castilla, visión de José Antonio Escudero acerca de Martínez Marina, el liberalismo visto desde su perspectiva.

La metodología empleada es lógico-deductiva, de forma que a través de la vida y parte de la obra de este autor podamos comprender la conceptualización de la Historia del Derecho, y en mayor medida, cuál fue el de las diferentes tesis parlamentarias y de constitución del poder.

### 2. LA TEORÍA DE CORTES

La teoría de los cortes es una teoría del derecho constitucional que fue propuesta por el autor y jurista español Martínez Marina. Según esta teoría, el poder constituyente, es decir, el poder de crear y modificar la

constitución de un país, se divide en dos cortes o momentos: el constituyente primario y el constituyente secundario.

El constituyente primario es el poder originario y supremo que se manifiesta en el momento de la fundación de un estado y que tiene como objetivo establecer las bases fundamentales de la constitución. Por su parte, el constituyente secundario es el poder encargado de modificar la constitución de un estado una vez que ha sido establecida por el constituyente primario. Según Martínez Marina, el constituyente secundario está sujeto a ciertas limitaciones y restricciones, ya que no puede alterar los principios fundamentales establecidos por el constituyente primario. Además, la teoría de los cortes sostiene que el constituyente secundario debe ser convocado por el pueblo y que sus decisiones deben ser ratificadas por éste para que sean válidas.

Esta teoría ha sido muy influyente en el pensamiento constitucional y ha sido utilizada como marco teórico para entender el proceso de creación y modificación de las constituciones de diferentes países.

El poder constituyente es el poder de crear y modificar la constitución de un país. Este poder es considerado como la fuente suprema del derecho constitucional y es ejercido por el pueblo, que es el titular de este poder.

El poder constituyente se divide tradicionalmente en dos momentos o cortes: el constituyente primario y el constituyente secundario. El constituyente primario es el poder originario y supremo que se manifiesta en el momento de la fundación de un estado y que tiene como objetivo establecer las bases fundamentales de la constitución. Estas bases fundamentales son los principios y valores que deben regir en el estado y que son considerados como intocables, es decir, no pueden ser modificados por el constituyente secundario.

El constituyente secundario es el poder encargado de modificar la constitución de un estado una vez que ha sido establecida por el constituyente primario. Este poder está sujeto a ciertas limitaciones y restricciones, ya que no puede alterar los principios fundamentales establecidos por el constituyente primario.

El poder constituyente es un concepto clave en el derecho constitucional y ha sido objeto de estudio y debate en diversos contextos y en diferentes épocas de la historia. En general, se entiende que el poder constituyente es el medio a través del cual el pueblo ejerce su soberanía y garantiza la vigencia de los principios y valores que considera fundamentales para la organización y el funcionamiento del estado.

Las teorías y corrientes de pensamiento sobre el poder constituyente y su papel en el derecho constitucional. Algunas de las teorías más influyentes son:

La teoría de los cortes: propuesta por el jurista español Martínez Marina, esta teoría sostiene que el poder constituyente se divide en dos momentos o cortes: el constituyente primario y el constituyente secundario. El constituyente primario es el poder originario y supremo que se manifiesta en el momento de la fundación de un estado y que tiene como objetivo establecer las bases fundamentales de la constitución. El constituyente secundario es el poder encargado de modificar la constitución una vez que ha sido establecida por el constituyente primario.

La teoría del contrato social: esta teoría, propuesta por el filósofo Jean-Jacques Rousseau, sostiene que la constitución es el resultado de un contrato social mediante el cual el pueblo se obliga a cumplir ciertas leyes y normas a cambio de la protección y el bienestar que le brinda el estado. Según esta teoría, el poder constituyente es el poder del pueblo para establecer y modificar este contrato social.

La teoría de la democracia directa: esta teoría sostiene que el poder constituyente es el poder del pueblo para tomar decisiones políticas de manera directa, sin intermediarios. Según esta teoría, el pueblo es el titular del poder constituyente y debe tener la posibilidad de participar activamente en la creación y modificación de la constitución.

La teoría de la democracia representativa: esta teoría sostiene que el poder constituyente es el poder del pueblo para elegir a sus representantes, quienes a su vez tienen el poder de crear y modificar la constitución en su nombre. Según esta teoría, el pueblo ejerce su poder constituyente a través de los representantes que elige y a quienes le confía el poder de tomar decisiones políticas en su nombre.

Cada una de estas teorías ha tenido una gran influencia en el derecho constitucional y en la forma en que se ha entendido el poder constituyente a lo largo de la historia.

### 3. LA TEORÍA DEL CONTRATO SOCIAL

La teoría del contrato social es una teoría política y filosófica propuesta por el filósofo francés Jean-Jacques Rousseau en el siglo XVIII. Según esta teoría, la sociedad y el estado son el resultado de un contrato social mediante el cual el pueblo se obliga a cumplir ciertas leyes y normas a cambio de la protección y el bienestar que le brinda el estado.

Rousseau sostenía que el contrato social es un acuerdo libre y voluntario entre los miembros de la sociedad, que se basa en la razón y el interés común. Este contrato social se manifiesta en la forma de una constitución, que es el conjunto de leyes y normas que rigen la vida en sociedad y que deben ser respetadas por todos los miembros de la sociedad.

Para Rousseau, el poder constituyente es el poder del pueblo para establecer y modificar este contrato social. Según esta teoría, el pueblo es el titular del poder constituyente y es el único que tiene la capacidad de crear y modificar la constitución.

La teoría del contrato social ha sido muy influyente en el pensamiento político y en el derecho constitucional y ha sido utilizada como marco teórico para entender el proceso de creación y modificación de las constituciones de diferentes países.

### 4. LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA DIRECTA

La teoría de la democracia directa es una teoría política que sostiene que el poder político debe ser ejercido de manera directa por el pueblo, sin intermediarios. Según esta teoría, el pueblo es el titular del poder político y debe tener la posibilidad de participar activamente en la toma de decisiones políticas.

La democracia directa se opone a la democracia representativa, en la que el pueblo elige a sus representantes para que tomen las decisiones

políticas en su nombre. Según la teoría de la democracia directa, el pueblo debe tener la posibilidad de participar activamente en el proceso de toma de decisiones y de ejercer el poder político de manera directa.

Esta teoría se basa en la idea de que el pueblo es el titular del poder constituyente y que debe tener el derecho a participar activamente en la creación y modificación de la constitución. Según esta teoría, el pueblo ejerce su poder constituyente a través de la democracia directa y debe tener la posibilidad de participar en la toma de decisiones políticas de manera directa.

La democracia directa ha sido utilizada en algunos países como forma de ejercicio del poder político, aunque también ha sido objeto de debate y críticas por parte de quienes sostienen que es difícil de implementar y puede resultar poco práctica en algunos casos.

En la democracia directa, el pueblo ejerce el poder político de manera directa y participa activamente en la toma de decisiones políticas. Esto puede ocurrir de diversas maneras, como por ejemplo:

A través de la participación en asambleas populares o plenarios. En este modelo, el pueblo se reúne en asambleas o plenarios y discute y toma decisiones sobre los temas que le afectan. Las asambleas populares son organizaciones democráticas formadas por ciudadanos que se reúnen para discutir y tomar decisiones sobre asuntos que afectan a su comunidad o barrio. Estas asambleas pueden ser convocadas por cualquier persona o grupo de personas que deseen participar y pueden abordar una amplia variedad de temas, desde cuestiones políticas y sociales hasta problemas más locales, como el mantenimiento de parques y el cuidado del medio ambiente. Las asambleas populares se basan en el principio de la democracia directa, lo que significa que todos los miembros tienen igualdad de voz y voto en las decisiones tomadas. Las asambleas populares pueden ser formales o informales y pueden ser convocadas de manera regular o para abordar un problema específico. En algunos casos, las asambleas populares se convocan para responder a una crisis o a una situación de emergencia, mientras que en otros casos pueden ser parte de un proceso más amplio de participación ciudadana en la toma de decisiones.

En general, las asambleas populares se caracterizan por su énfasis en la participación ciudadana y en la toma de decisiones colectivas. Esto significa que todos los miembros tienen la oportunidad de expresar sus opiniones y contribuir a la toma de decisiones, y que las decisiones se toman por consenso o por mayoría, en lugar de ser impuestas por una autoridad centralizada.

Aunque las asambleas populares tienen una larga historia en muchas partes del mundo, han sido especialmente importantes en contextos políticos y sociales en los que hay una demanda de cambio y participación ciudadana más amplia. En algunos casos, las asambleas populares han sido utilizadas como un medio para promover la democracia y el cambio político, mientras que en otros casos han sido utilizadas como una forma de resistencia a regímenes autoritarios o opresivos. Las asambleas populares pueden ser una herramienta muy poderosa para promover la participación ciudadana y el cambio político. Al dar a las personas la oportunidad de reunirse y discutir sus preocupaciones y necesidades y tomar decisiones colectivas sobre cómo abordarlas, las asambleas populares pueden ser un medio para fortalecer la democracia y promover el cambio social.

Además, las asambleas populares pueden ser una forma efectiva de resistir regímenes autoritarios o opresivos. Al permitir que las personas se reúnan y discutan libremente y tomen decisiones colectivas, las asambleas populares pueden ser una forma de resistencia a la represión y la opresión y pueden ayudar a promover la justicia y la igualdad.

En general, las asambleas populares son una forma de organización democrática que se basa en la participación ciudadana y la toma de decisiones colectivas. Pueden ser utilizadas para promover la democracia y el cambio político y como una forma de resistencia a regímenes autoritarios o opresivos. Algunas de las características más comunes de las asambleas populares incluyen:

**Participación ciudadana:** las asambleas populares están abiertas a cualquier persona que desee participar y se basan en el principio de la democracia directa, lo que significa que todos los miembros tienen igualdad de voz y voto en las decisiones tomadas.

La participación ciudadana es el proceso a través del cual los ciudadanos tienen la oportunidad de influir en la toma de decisiones políticas y en la vida pública de una comunidad. Hay muchas formas en las que los ciudadanos pueden participar, como a través de elecciones, grupos de discusión, asociaciones comunitarias y protestas pacíficas.

La participación ciudadana es importante porque permite que los ciudadanos tengan una voz en el proceso político y en la toma de decisiones que afectan a su comunidad. También puede mejorar la calidad de las decisiones tomadas, ya que permite que se consideren múltiples perspectivas y se tenga en cuenta la diversidad de opiniones y necesidades de la comunidad.

Además, la participación ciudadana puede fomentar la responsabilidad y la transparencia de los líderes políticos y promover una mayor confianza en el sistema político. También puede ayudar a construir comunidades más unidas y comprometidas con el bienestar común.

Toma de decisiones colectivas: las decisiones en las asambleas populares suelen tomarse por consenso o por mayoría, en lugar de ser impuestas por una autoridad centralizada. Esto significa que todos los miembros tienen la oportunidad de expresar sus opiniones y contribuir a la toma de decisiones.

Libre expresión: las asambleas populares promueven la libre expresión y el diálogo y permiten que las personas discutan sus preocupaciones y necesidades y busquen soluciones colectivas. La libertad de expresión es un derecho fundamental reconocido en la mayoría de las democracias del mundo. Se entiende como el derecho de toda persona a expresar libremente sus ideas, opiniones y pensamientos sin temor a represalias o censura. Esto incluye el derecho a utilizar diferentes medios de expresión, como la palabra, el arte, la escritura, la música, entre otros.

La libertad de expresión es considerada un pilar esencial para la democracia, ya que permite a los ciudadanos participar activamente en el debate público y expresar su opinión sobre los asuntos políticos, sociales y culturales de su sociedad. Además, es fundamental para el ejercicio de otros derechos como la libertad de pensamiento y el derecho a la información.

Sin embargo, la libertad de expresión no es absoluta y puede estar sujeta a ciertas limitaciones, principalmente cuando se utiliza para promover el odio, la violencia o la discriminación. En estos casos, los gobiernos pueden restringir la libertad de expresión para proteger a la sociedad de daños graves o inminentes.

La libertad de expresión es un derecho fundamental protegido en la mayoría de las constituciones y tratados internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, el Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

En algunos países, la libertad de expresión está protegida por leyes especiales que garantizan su libre ejercicio y prohíben la censura o la represalia por expresar opiniones o ideas disidentes. También existen organismos internacionales encargados de supervisar el respeto a la libertad de expresión en el mundo, como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Organización de los Estados Americanos.

Aunque la libertad de expresión es un derecho fundamental, también puede ser objeto de controversias y debate en la sociedad. Algunas personas argumentan que ciertas formas de expresión, como el discurso del odio o la apología del terrorismo, deben ser prohibidas para proteger a la sociedad de daños graves o inminentes. Otros argumentan que cualquier restricción a la libertad de expresión debilita la democracia y el derecho de los ciudadanos a participar en el debate público.

En general, la libertad de expresión es un derecho fundamental que permite a las personas expresar libremente sus opiniones y pensamientos sin temor a represalias o censura. Esto incluye el derecho a utilizar diferentes medios de expresión, como la palabra, el arte, la escritura, la música, entre otros. La libertad de expresión es considerada esencial para la democracia, ya que permite a los ciudadanos participar activamente

en el debate público y expresar su opinión sobre los asuntos políticos, sociales y culturales de su sociedad.

Sin embargo, la libertad de expresión no es absoluta y puede estar sujeta a ciertas limitaciones, principalmente cuando se utiliza para promover el odio, la violencia o la discriminación. En estos casos, los gobiernos pueden restringir la libertad de expresión para proteger a la sociedad de daños graves o inminentes. Además, en algunos casos, pueden existir restricciones a la libertad de expresión en contextos militares o de seguridad nacional.

En resumen, la libertad de expresión es un derecho fundamental que permite a las personas expresar libremente sus opiniones y pensamientos, aunque puede estar sujeta a ciertas limitaciones en situaciones específicas para proteger a la sociedad de daños graves o inminentes. Además de ser un derecho fundamental, la libertad de expresión también es esencial para el ejercicio de otros derechos, como el derecho a la información y el derecho a la libertad de pensamiento. Permite a las personas obtener y recibir información de diferentes fuentes y formarse sus propias opiniones sobre los asuntos de interés.

La libertad de expresión también es esencial para la protección de la diversidad cultural y la tolerancia. Permite a las personas expresar sus creencias, tradiciones y culturas sin temor a ser perseguidas o discriminadas por ello.

Aunque la libertad de expresión es un derecho fundamental, también puede ser objeto de controversias y debate en la sociedad. Algunas personas argumentan que ciertas formas de expresión, como el discurso del odio o la apología del terrorismo, deben ser prohibidas para proteger a la sociedad de daños graves o inminentes. Otros argumentan que cualquier restricción a la libertad de expresión debilita la democracia y el derecho de los ciudadanos a participar en el debate público. Es importante encontrar un equilibrio adecuado entre la protección de la libertad de expresión y la necesidad de proteger a la sociedad de daños graves o inminentes. Claro, la libertad de expresión también es esencial para el funcionamiento de los medios de comunicación y la prensa libre. Los periodistas y otros profesionales de los medios de comunicación deben

tener la libertad de informar y comentar sobre los asuntos de interés público sin temor a represalias o censura. La prensa libre es considerada un contrapoder que ayuda a garantizar la transparencia y la rendición de cuentas de los gobiernos y otras instituciones públicas.

En algunos países, la libertad de expresión es restringida por regímenes autoritarios o dictaduras que no toleran la crítica o la disidencia. En estos casos, los periodistas y otros profesionales de los medios de comunicación corren el riesgo de ser perseguidos, encarcelados o incluso asesinados por hacer su trabajo. La libertad de expresión también puede ser restringida por intereses comerciales o políticos, ya que algunas empresas o gobiernos pueden intentar influir en la información que se difunde a través de los medios de comunicación.

En resumen, la libertad de expresión es esencial para el funcionamiento de los medios de comunicación y la prensa libre y para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas de los gobiernos y otras instituciones públicas. Sin embargo, en algunos casos, la libertad de expresión puede ser restringida por regímenes autoritarios o dictaduras, o por intereses comerciales o políticos.

**Autonomía:** las asambleas populares son autónomas y no están controladas por ninguna autoridad externa. Esto significa que son libres de tomar sus propias decisiones y de determinar su propio rumbo.

**Solidaridad:** las asambleas populares suelen promover la solidaridad y la cooperación entre sus miembros y buscan trabajar juntos para lograr cambios positivos en la comunidad.

**A través de la consulta popular:** en este modelo, el pueblo es consultado de manera directa sobre determinadas decisiones políticas y sus opiniones y preferencias son tenidas en cuenta a la hora de tomar las decisiones.

**A través de la iniciativa popular:** en este modelo, el pueblo tiene la posibilidad de presentar iniciativas o proyectos de ley y de promover su aprobación a través de mecanismos como la recogida de firmas o el referéndum.

En todos estos casos, el pueblo participa de manera directa en el proceso de toma de decisiones políticas y ejerce el poder político de manera activa y consciente.

La democracia directa ha sido utilizada en algunos países como forma de ejercicio del poder político y ha demostrado ser una forma efectiva de involucrar al pueblo en la toma de decisiones. Sin embargo, también ha sido objeto de debate y críticas por parte de quienes sostienen que es difícil de implementar y puede resultar poco práctica en algunos casos.

## 5. LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

La teoría de la democracia representativa es una teoría política que sostiene que el poder político debe ser ejercido a través de representantes elegidos por el pueblo. Según esta teoría, el pueblo es el titular del poder político y tiene el derecho a elegir a sus representantes, quienes a su vez tienen el poder de tomar decisiones políticas en su nombre.

La democracia representativa se basa en la idea de que el pueblo es el titular del poder constituyente y que debe tener el derecho a participar en la creación y modificación de la constitución a través de la elección de sus representantes. Estos representantes son elegidos por el pueblo en elecciones periódicas y tienen el deber de representar los intereses y las preferencias de los ciudadanos que los eligen.

La democracia representativa es la forma más común de ejercicio del poder político en la actualidad y ha demostrado ser una forma efectiva de involucrar al pueblo en la toma de decisiones políticas. Sin embargo, también ha sido objeto de debate y críticas por parte de quienes sostienen que los representantes no siempre representan de manera adecuada los intereses y preferencias de los ciudadanos y que el sistema puede ser susceptible de corrupción y manipulación.

En la democracia representativa, el pueblo ejerce el poder político a través de representantes elegidos por él. Estos representantes son elegidos en elecciones periódicas y tienen el deber de representar los intereses y preferencias de los ciudadanos que los eligen.

Los representantes pueden ser elegidos para diversos cargos políticos, como por ejemplo diputados, senadores, alcaldes, etc. y tienen el poder de tomar decisiones políticas en nombre del pueblo. Los representantes pueden estar organizados en partidos políticos o pueden ser independientes, pero en cualquier caso deben representar a los ciudadanos que los eligen y debe ser responsables ante ellos.

En la democracia representativa, el pueblo tiene el derecho a participar en el proceso de elección de sus representantes y a expresar sus opiniones y preferencias políticas. Además, los representantes deben rendir cuentas ante el pueblo y deben ser responsables de sus acciones y decisiones.

La democracia representativa ha demostrado ser una forma efectiva de involucrar al pueblo en la toma de decisiones políticas y ha sido la forma más común de ejercicio del poder político en la actualidad.

## 6. CONCLUSIONES

En primer lugar hay que señalar la importancia de la teoría de cortes en la tesis de Martínez Marina. A través de dicha tesis nos muestra, el autor, cómo el poder constituyente, es decir, el poder de crear y modificar la constitución de un país, se divide en dos cortes o momentos: el constituyente primario y el constituyente secundario.

El poder constituye primario puede ser definido como el poder de una comunidad política para crear su propia constitución o ley fundamental. Es el poder de establecer las reglas básicas que rigen la vida política de una sociedad y de dar forma a su sistema de gobierno.

El poder constituyente puede ser ejercido de diferentes maneras, dependiendo del sistema político de cada sociedad. En algunos casos, el poder constituyente es ejercido por una asamblea o convención constituyente, que se reúne con el objetivo de redactar y aprobar una nueva constitución. En otros casos, el poder constituyente puede ser ejercido por el pueblo a través de mecanismos de democracia directa, como referéndums o asambleas constituyentes.

El poder constituyente es considerado primario en el sentido de que es el poder más importante y fundamental en una sociedad política, ya que establece las reglas básicas que rigen la vida política y el sistema de gobierno. Es el poder que permite a una comunidad política dar forma a su propio destino y establecer sus propias normas y leyes. En este sentido, el poder constituyente es el poder más alto y supremo en una sociedad política y está por encima de cualquier otro poder o autoridad.

## 7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

En primer lugar agradecer a la organización, debido a que la apostar y ofrecer la posibilidad de investigar en la presente temática, así como en las afines (Ciencias Económicas y Empresariales, Ciencias Sociales, Ciencias de la Educación y del Comportamiento, y Cuestiones Transversales relativas a la innovación en la docencia e investigación) supone cuanto menos, y así lo refleja, una clara preocupación y compromiso con el estudiantado y la formación y divulgación de la innovación. Es por ello que quisiera expresamente agradecer a los organizadores (Egregius Congresos y Eventos, DECOMESI, Centro para la Divulgación del conocimiento Universitario, Ludoteca Jurídica y el Grupo de Investigación Didáctica), así como a todos los colaboradores (Editorial Dykinson, Aula Manga, Universidad Perpignan, UNIR, Universidad de Córdoba, Universidad de Jaén, Manchester University, Universidad Pablo de Olavide, Universidad Loyola, Universidad de Andalucía, Universidad de Sevilla, Universidad de Castilla-La Mancha y la Universidad de las Palmas de Gran Canaria).

## 8. REFERENCIAS

- M<sup>a</sup> Concepción Castrillo Llamas, “D. Francisco Martínez Marina: el hombre y su obra”, en *Medievalismo*, núm 2 (1992).
- VV. AA., *Diccionario Biográfico del Trienio Liberal*. Madrid: El Museo Universal, 1992.
- José Antonio Escudero López, “Francisco Martínez Marina y el liberalismo español del XIX”, en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 1 (1999).
- Francisco Martínez Marina, *Obras escogidas*. Edición de José Martínez Cardós (Madrid: Atlas (NBAE), 1966, 1968 y 1969), 3 volúmenes.
- J. Varela Suances-Carpegna, *Tradición y liberalismo en Martínez Marina*, Oviedo, 1983.
- José Antonio Maravall, “El pensamiento político en España a comienzos del siglo XIX: Martínez Marina”, en *Revista de Estudios Políticos*, 81, (mayo-junio de 1955).
- J. Alberti, *Martínez Marina. Derecho y Política*. Oviedo, 1980.

# LOS CONGRESOS PENITENCIARIOS INTERNACIONALES DECIMONÓNICOS Y SU PROYECCIÓN HISTÓRICA, COMO ANTECEDENTE DEL DERECHO PENITENCIARIO HUMANITARIO

---

JOSÉ MARÍA MUÑOZ BLANCO  
*Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)*

## 1. INTRODUCCIÓN

El estudio de los Congresos Internaciones Penitenciarios decimonónicos, considerados como *soft law* no vinculante, tiene un interés histórico, por su proyección actualizada en relación e influencia con la normativa vigente penitenciaria (*hard law* vinculante). Representan los antecedentes de lo que se puede denominar un Derecho Penitenciario Internacional Humanitario, que protege especialmente a los colectivos vulnerables en prisión, en tiempos excepcionalmente difíciles como los actuales, con situaciones paradistópicas causadas por la pandemia, los conflictos bélicos y la crisis económica. (Cadalso y Manzano, 1913:831).

---

En la definición que hace la doctrina de estos congresos, se observa claramente la tutela y protección de los colectivos vulnerables en prisión. Cadalso los calificaba con las siguientes palabras: "asambleas que se reúnen periódicamente para tratar de legislación y doctrinas penales y penitenciarias, y de la educación, reformas y protección del culpable y del desvalido". Cfr. CADALSO Y MANZANO, F., *Instituciones penitenciarias...*, op. cit., p. 831.

## 2. OBJETIVOS

1. El objetivo principal de este estudio histórico de los Congresos Internacionales Penitenciarios decimonónicos, es el análisis comparativo de todos los mismos, con el propósito de obtener conclusiones, en las que se destaque la protección de los colectivos más vulnerables en prisión.

2. Como objetivos secundarios o derivados, se plantean los estudios individualizados de cada uno de los citados Congresos Internacionales Penitenciarios decimonónicos, extrayendo resultados y conclusiones concretos de los mismos, en relación con la citada defensa de los colectivos vulnerables en prisión.

### 3. METODOLOGÍA

La metodología utilizada consiste en un proceso híbrido o simbiótico analítico – sintético, inductivo – deductivo y dialéctico – paradójico, de tal forma que se obtengan conclusiones generales partiendo de hechos históricos particulares. Además, se consiguen conclusiones de carácter paradójico – dialectico, oponiendo conceptos y hechos contrarios, siguiendo los razonamientos clásicos en este proceso lógico – dialectico, consistente en confrontar la tesis a la antítesis, dando lugar a la síntesis paradójico – dialéctica.

### 4. RESULTADOS

El análisis comparativo entre las medidas acordadas en cada uno de los Congresos, la oposición o confrontación entre los hechos históricos y dichas medidas, de carácter contrario, tienen el propósito de ofrecer unos resultados, que aporten históricamente las medidas tuteladoras antidiscriminatorias progresivas, en oposición a las medidas antituteladoras discriminatorias regresivas, en favor y en contra respectivamente de los reclusos en general y los colectivos vulnerables en prisión. Como consecuencia de este análisis comparativo casuístico, se obtendrán unos resultados, en los que se comprobará cuáles eran las medidas principales adoptadas por cada Congreso, considerándolas de forma más objetiva y descriptiva.

Por último, teniendo en cuenta estos resultados, se procederá a la elaboración de conclusiones de carácter valorativo, sintético – dialéctico y deductivo, que sirvan para destacar las medidas tuteladoras antidiscriminatorias que favorecieron a los colectivos vulnerables, así como los retrocesos antituteladores discriminatorios, que desfavorecían a las clases más marginadas de la sociedad, en esta época.

Según las características y datos observados de cada congreso, se obtienen los siguientes resultados de cada uno de dichos Congresos, que se exponen a continuación:

- Respecto al Congreso penitenciario de Cincinnati (Ohio) celebrado en octubre de 1870, se puede concluir que fue relevante en dicho Congreso el efecto causado, para que las autoridades estatales adaptaran las normas a lo acordado en las reuniones congresuales, aunque sus propuestas no eran vinculantes para los Estados (Lastres, 1999:32).
- En el segundo Congreso Penitenciario Internacional celebrado en Estocolmo en 1878, en cuanto a las penas punitivo – castigadoras o los castigos físicos, fueron rechazados por este Congreso y se acordaron otras penas sustitutorias, con medidas de protección individualizadoras y atenuadoras, que favorecían a diversos colectivos vulnerables, aplicando el principio de separación entre detenidos, presos preventivos y condenados (Lastres, 1999:58).
- En el tercer Congreso Penitenciario Internacional, celebrado en Roma en noviembre de 1885, se puede destacar finalmente del Congreso de Roma, entre otros acuerdos importantes, la tutela protectora de los patronatos de asistencia penitenciaria, que procuraban la reforma de los reclusos y la reducción de las penas, con la aplicación de la libertad condicional con finalidad resocializadora (Cadalso y Manzano, 1896:741).
- En el cuarto Congreso Penitenciario Internacional, que tuvo lugar en San Petersburgo en junio de 1890, en conclusión, en este Congreso se trató especialmente sobre medidas favorables a colectivos vulnerables y a la separación entre presos y reclusos. Entre estas medidas se encontraban la aplicación de la libertad condicional, el sistema progresivo, el trato individualizado, la integración social de los reclusos mediante la actividad laboral y la atenuación de la duración de las penas más largas (Falcó, 1906:76 y 77).

- El quinto Congreso penitenciario se celebró en París en 1895, entre el 30 de junio y el 9 de julio; en conclusión, se puede destacar de dicho Congreso la cuestión del tratamiento específico penal y penitenciario de los menores de edad y de las mujeres (Falcó, 1906:91).

## 5. DISCUSIÓN

En este apartado de la discusión se expondrán las ideas principales de cada Congreso, comparándolas o confrontándolas, para obtener unos resultados descriptivos que se convertirán en conclusiones valorativas.

1. Respecto al Congreso penitenciario de Cincinnati (Ohio) celebrado en octubre de 1870, destacó en el mismo la defensa de la sentencia indeterminada, la libertad condicional, el sistema progresivo para la reforma de los reclusos, mejoras en el principio de clasificación y otras medidas específicas favorables para colectivos vulnerables de menores y mujeres (Falcó, 1906: 17-38).

2. Los principios adoptados en este Congreso se encuentran detalladamente especificados en la obra de Falcó, entre los que se destacan algunos que se mencionan a continuación, referidos a la aplicación de la sentencia indeterminada, la libertad condicional y la defensa de los colectivos vulnerables: “(...) 2. El tratamiento de los criminales por la sociedad tiene por objeto la protección de la sociedad; 3. El objeto supremo de la disciplina de las cárceles es la reforma moral de los criminales (...); 4. la clasificación progresiva de los prisioneros, basada en el mérito y no en algunos principios arbitrarios tales como la edad, el crimen, etc., (...) el sistema comprendería tres grados; á saber: 1º, un grado penal con encarcelamiento celular más ó menos largo según la conducta; 2º, un grado de reforma basado sobre un sistema de notas favorables en el que los presos pasan de una clase á otra, ganando en la promoción á cada clase sucesiva un aumento de comodidades y de privilegios; 3º, un grado de prueba en que son admitidos únicamente los que se juzgan reformados, con objeto de establecer su firmeza moral y la realidad de su reforma. (...)” (Falcó, 1906: 17-38).

3. Falcó resalta de este Congreso las medidas que se adoptaron respecto a la resocialización de los reclusos mediante el trabajo y la educación en prisión, además de por la aplicación de las sentencias de duración indeterminada: “(...) 5. Puesto que la esperanza es más poderosa que el temor, sería conveniente hacer de ésta una fuerza (...), por medio de un sistema de recompensas bien concedido y hábilmente aplicado en premio de la buena conducta, la actividad y dedicación al estudio. (...) 8. Los funcionarios de las prisiones deben pues recibir una educación especial, apropiada á su trabajo; deberían fundarse para ellos escuelas especiales y la administración penitenciaria debería ser elevada á la dignidad de las profesiones más elevadas. 9 Las sentencias de penas de duración fija deberían ser reemplazadas por las de duración indeterminada. (...) 19. El trabajo es la base de toda política penitenciaria reformadora, haciendo que los criminales ganen dinero por sus trabajos realizados, logrando así su propio sustento. (...)” (Falcó, 1906: 17-38).

4. Respecto a los comentarios de Falcó, por último, destaca el autor la aplicación del sistema progresivo, la libertad condicional y la clasificación de las cárceles, en beneficio de los colectivos vulnerables, como mujeres y menores: “21. El primer período de clasificación del sistema progresivo y el período de prueba pueden ser practicados en cualquier país, perfectamente, viendo con buenos ojos la implantación de la libertad condicional. 22 Las prisiones también deberían clasificarse y graduarse, existiendo pues prisiones para jóvenes, para mujeres, para criminales peligrosos, prisiones correccionales y prisiones para incorregibles, observando los efectos de la reforma de todos ellos en virtud de la imposición de las sentencias indeterminadas. (...) 35 Se refiere a los niños, que es preciso que reciban una educación general proporcionada por el Estado, como método óptimo de prevención delictiva” (Falcó, 1906:17-38). En sentido parecido sobre este Congreso, se manifiesta Roeder (Roeder, 1875:37).

5. Según afirma Garrido Guzmán, “la aplicación del sistema progresivo por Crofton en Irlanda y de Macconochie en Inglaterra fue superada por el modelo de Montesinos en España, porque se considera anterior en el tiempo la iniciativa española del pionero Coronel. Este mérito innovador se reconoció en el Congreso de Cincinnati y en el de Londres de 1872

(...) en el Congreso de Cincinnati fue relevante la idea incipiente de crear un establecimiento especial para menores de 30 años, argumentándose en el mismo Congreso las principales motivaciones para la creación del Reformatorio de Elmira” (Garrido Guzmán, 1983:136). Documenta Jiménez de Asúa que “este Congreso fue organizado a iniciativa de Wines y fue reconocido por las autoridades estadounidenses, por lo que recibió pleno apoyo y reconocimiento de la Asociación Nacional de Prisiones de Estados Unidos, en el año 1870. Al Congreso de Ohio se le denominó Congreso Nacional sobre la disciplina de las penitenciarías y establecimientos de reforma” (Jiménez de Asúa, 1977:288).

6. Respecto a la relevancia del Congreso y la coincidencia de las ideas reformadoras expuestas, con la corriente correccionalista y positivista decimonónica, Antón Oneca confirma dicha coincidencia y relevancia, con las siguientes palabras: “establecer una medida fija para cada delito es tanto como si un médico prescribiese un tratamiento á un enfermo, imponiéndole el día en que había de salir del hospital, estuviera ó no curado” (Antón Oneca, 1949:552). Los logros de este congreso se especifican por Jiménez de Asúa, en cuanto a la individualización y a su adaptación al pensamiento correccionalista: “no hay un hombre igual á otro, por tanto, las penas deberían ir asociadas y ajustadas al perfil que vaya manifestando el penado durante su cumplimiento, no a priori” (Jiménez de Asúa, 1913:69).

7. La importancia del Congreso de Cincinnati fue destacada por Jiménez de Asúa, afirmando que fue “de importancia sin par, ya que en él se perfila el pensamiento de construir un reformatorio para los delincuentes, y de reemplazar las penas fijas por el sistema de sentencias indeterminadas” (Jiménez de Asúa, 1977:288). Anteriormente, con argumentos parecidos, afirmó Silvela que “fue sólo nacional; pero gracias al apoyo que obtuvo del Gobierno norteamericano, sirvió de base, como se ha señalado, para la organización del inmediato de Londres de 1872, primero ya de la serie de los penitenciarios internacionales” (Silvela 1911:4). Dorado Montero expresaba de la sentencia indeterminada, adoptada como medida en el citado Congreso, lo siguiente: “(...) el sistema de sentencias indeterminadas tiene un grandísimo valor, como medio de despertar las actividades voluntarias del recluso y de someter su

conducta a los mismos estímulos y móviles, que regulan la de los hombres honrados en la vida libre” (Dorado Montero, 1898:122). En sentido similar, se manifiestan respecto a este Congreso, Fernández Bermejo (Fernández Bermejo, 2013:143-145) y Milla Vásquez (Milla Vásquez, 2014:96).

8. Del citado Congreso, se pueden destacar finalmente las aspiraciones a que se aprobaran medidas reformadoras universales, a favor de todos los reclusos, como eran la aplicación de la sentencia indeterminada, la libertad condicional y la creación de patronatos tuteladores, que evitaran la reincidencia en la fase penitenciaria y postpenitenciaria (Jiménez de Asúa, 1977:288).

9. La influencia de este Congreso y sus conclusiones son expuestas por Jiménez de Asúa, el cual destaca las medidas reformadoras adoptadas en el mismo: “(...) aplicando la libertad condicional y la formación de asociaciones de patrocinio de reclusos y expresidarios, que custodiaran o vigilaran su comportamiento durante los periodos de libertad condicional y durante las etapas postpenitenciarias, para evitar que recayeran en la actividad delictiva.” (Jiménez de Asúa, 1977:288).

10. Al Congreso Penitenciario Internacional de Londres de julio de 1872, se le consideró como el primero de los mismos. En él también se defendió la aplicación de la sentencia indeterminada, el sistema progresivo y las medidas individualizadoras para la reforma de los delincuentes (Bueno Arús, 1963:118 y 119).

11. Así, Bueno Arús expresó literalmente los puntos principales de este Congreso: “1. Es conveniente la clasificación de los reclusos basada en su carácter, a fin de facilitar la individualización del tratamiento. 2. Se debe proporcionar a los penados una instrucción y educación de carácter civil, industrial, moral y religiosa. Su objeto es devolver a la sociedad un hombre reformado, apto para trabajar honradamente. 3. Los funcionarios de prisiones deben estar convenientemente formados. Sus cualidades esenciales han de ser firmeza, inteligencia y probidad” (Bueno Arús, 1963:118 y 119).

12. Continúa Bueno Arús documentando cuales son los argumentos más destacables del mismo Congreso: “4. No es admisible la

deportación de los reclusos a las colonias. 5. Las penas de privación de libertad no deben ser uniformes, sino diferentes en duración y tratamiento, a fin de adaptarse a las características de los delincuentes y devolverlos a la sociedad, y 6. Si la pena de muerte es conmutada, se hace entonces necesaria la *prisión de por vida* para volver inocuo al criminal, sin perjuicio de que éste, por su cambio de carácter, pueda conseguir la libertad condicional o un indulto. 7. Respecto de la libertad condicional, hubo diversidad de pareceres: unos opinaron que debía estar sujeta a previos indicios de reforma, mientras que otros creían que debía concederse automáticamente por el transcurso del tiempo determinado” (Bueno Arús, 1963:118 y 119).

13. Bueno Arús expone las innovaciones propuestas en este Congreso sobre los patronatos y las ideas reformadoras individualizadoras del mismo Congreso: “8. La asistencia de patronato debe comenzar en las prisiones y continuar en libertad, comprendiendo ayuda moral y material e incluso proporcionando trabajo. 9. Los preventivos deben estar separados de los penados, a ser posible en establecimientos especiales” (Bueno Arús, 1963:118 y 119). En sentido parecido trata sobre este Congreso Milla Vásquez (Milla Vásquez, 2014:100-102) y Posada Segura (Posada Segura, 2009:64). Según documenta Cadalso, este Congreso se denominó “Congreso Internacional para la Prevención y Represión del Crimen y sobre el Tratamiento Penal y Reformador”. En cuanto a la importancia de la individualización en el citado Congreso, Cadalso afirma que “la individualización del tratamiento es un principio esencial en todo sistema penitenciario...” (Cadalso y Manzano, 1896:716).

14. Respecto a la utilidad de la sentencia indeterminada defendida en este Congreso, expresa Romero y Girón lo siguiente en la obra publicada por Roeder: “sería preciso, en una palabra, sustituir á las sentencias condenatorias por sentencias de reforma” (Roeder, 1875:39). Considera Fernández Bermejo que “las conclusiones de los Congresos Penitenciarios, en forma de recomendaciones, han tenido alcance en las normas penitenciarias nacionales e internacionales, como ocurre con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas de 30 de agosto 1955, que en su regla 63.3 se regula el respeto al principio de individualización del tratamiento, para lo que se debe impedir por los Estados el hacinamiento y

la masificación en las cárceles” (Fernández Bermejo, 2013:147). Al respecto, se pueden consultar también las Reglas Mínimas de Naciones Unidas de 1955, regla 63.3.

15. En el segundo Congreso Penitenciario Internacional celebrado en Estocolmo en 1878, se trató, como en el anterior, la libertad condicional, la evitación de la reincidencia mediante la creación de patronatos, el seguimiento o control postpenitenciario, la aplicación de medidas individualizadoras, rechazándose de forma mayoritaria la utilización de la sentencia indeterminada (Falcó, 1906:45).

16. En dicho Congreso, por lo que se refiere a la reducción de la reincidencia, expuso Concepción Arenal que se podía disminuir mediante “un buen sistema penitenciario, (...), cuyas probabilidades disminuyen á medida que aumenta la acción educadora penitenciaria (...) dando al licenciado de presidio la mayor suma de libertad y de apoyo posibles (...) el mecanismo penal es una rueda indispensable, y de su perfección depende en gran parte el resultado que se consiga. La necesidad del patronato es esencial y permanente, como lo es la repulsión que inspira el penado, y el obstáculo que esta repulsión presenta á que viva como hombre honrado” (Arenal Ponte, 1896:57, 58 y 62). Según expresa Falcó, la doctrina, por lo general, incluida Concepción Arenal, se negó a la aplicación generalizada de la sentencia indeterminada, resumiendo el autor este Congreso, con las siguientes palabras: “Cualquiera que sea el sistema penitenciario adoptado, toda vez que admite la separación individual, la duración del aislamiento debe ser determinada por la ley de una manera rigurosa, si se trata del régimen celular absoluto o con límites de un *máximum* y *mínimum*, si se trata del régimen progresivo” (Falcó, 1906:45).

17. Falcó expresa, respecto a las medidas más punitivas privativas de libertad, que en este Congreso se adoptaron medidas tuteladoras como las que se exponen a continuación: “allí mismo donde el encarcelamiento celular se halla vigente, la ley debe autorizar a la administración de las cárceles, bajo ciertas garantías, a admitir excepciones, cuando las condiciones en las cuales podrían encontrarse ciertos detenidos, comprometieran su existencia o su estado psíquico en caso de continuar su segregación celular” (Falcó, 1906:45). Con argumentos análogos sobre

este Congreso, se pronuncia Fernández Bermejo (Fernández Bermejo, 2013:147-149) y Milla Vásquez (Milla Vásquez, 2014:106-110). Lastres destaca las propuestas del mismo Congreso, en cuanto a la adaptación y la individualización de la duración de las penas a las condiciones psicológicas, sociales y físicas de cada recluso, como temas abordados en el citado Congreso (Lastres, 1999:62).

18. Por lo que se refiere a la libertad condicional en dicho Congreso, como medida reformadora y de integración social, regulable con medidas de seguridad para protección de la sociedad y de los mismos condenados, el autor Falcó defiende la importancia de este Congreso (Falcó, 1906:44). Respecto a la superioridad y prevalencia de las medidas correctivas compasivas y resocializadoras, frente a las medidas punitivo – castigadoras en el tratamiento científico – positivista penitenciario, Arenal destaca las ideas expuestas en el mismo Congreso (Arenal Ponte, 1896:15). En relación al control de legalidad de la Administración Penitenciaria, abordado en el mencionado Congreso, para evitar excesos de la actuación de los funcionarios que custodiaban a los reclusos, Cadalso argumenta el reconocimiento a dichos avances incluidos en el mismo Congreso (Cadalso y Manzano, 1896:738).

19. En el tercer Congreso Penitenciario Internacional, celebrado en Roma en noviembre de 1885, se acordó la coordinación entre los legisladores y las autoridades judiciales, para la fijación flexible de las penas, dedicando su objeto de análisis, como el Congreso anterior, al estudio de la normativa penal, penitenciaria y las medidas preventivas (Falcó, 1906:51).

20. Según expone Falcó, los acuerdos a los que se llegaron en este Congreso fueron los siguientes: “La ley fijará el *máximo* de pena para cada delito, sin que el juez pueda nunca pasarlo; la ley fijará el *mínimo* de pena para cada delito, pudiendo sin embargo este *mínimo* ser rebajado por el juez, cuando crea que el delito está acompañado de circunstancias atenuantes no previstas por la ley; cuando la legislación penal fije dos clases de penas, una por los delitos deshonorosos y otra por los que no deshonoran al culpable, el juez podrá, en ciertos casos, substituir la menos grave cuando descubra un motivo no deshonoroso, en el delito castigado *in abstracto* por la ley con la más grave” (Falcó, 1906:51). Cadalso

refleja cuáles fueron los puntos de los que se trató en este Congreso, incluyendo las condiciones de los centros privativos de libertad en relación a reclusos, presos preventivos y el funcionamiento de los órganos de asistencia penitenciaria, para recomendación en referencia a propuestas de reducción de condena, libertad provisional e indultos (Cadalso y Manzano, 1896:741).

21. Cadalso manifiesta la relevancia de los hitos anteriormente expuestos de este Congreso: “4. Las prisiones locales, destinadas a la prisión preventiva o a la ejecución de penas de corta duración, deben instalarse según el sistema de separación individual; 5. En cada establecimiento debe haber un Comité de vigilancia y asistencia penitenciaria, con la misión de opinar sobre las medidas que se refieren al trabajo, instrucción moral y religiosa, disciplina y mejora de los servicios; también debe informar en propuestas de gracia, redención de pena y liberación condicional, facilitar el patronato de libertos y cerciorarse del cumplimiento de las prescripciones referentes a higiene, alimentación y vestuario de los reclusos. 6. El régimen aplicable a los presos debe estar exento de todo lo que pueda revestir carácter penal. Los condenados a penas de corta duración estarán sometidos a prisión simplemente represiva” (Cadalso y Manzano, 1896:741). Sobre el mismo Congreso, documentan ideas similares Fernández Bermejo (Fernández Bermejo, 2013:147-149) y Milla Vásquez (Milla Vásquez, 2014:110 y 111).

22. En el cuarto Congreso Penitenciario Internacional, que tuvo lugar en San Petersburgo en junio de 1890, se abordó principalmente la posibilidad de recuperar socialmente a vagabundos, mendigos, delincuentes reincidentes o multirreincidentes, que nunca cesaban en la actividad delictiva, estableciéndose propuestas para la solución de estos casos delictivos más graves (Arenal Ponte, 1896: 195 y ss.).

23. Respecto a este tema, Concepción Arenal redactó un extenso informe, en el que reflexionaba sobre la distinción entre los reclusos por su grado o nivel de incorregibilidad y su posibilidad de integración social, proponiendo al respecto algunas medidas, mediante las palabras que se expresan a continuación: “ (...) de la causa de que los penados no se hayan corregido en las malas condiciones en que los han puesto, no puede inferirse que sean incorregibles (...) la ley no tiene, ó por lo

menos no emplea, sino medios muy groseros para calificar de incorregible á un reincidente (...) los reincidentes deben ser clasificados, ante todo, en peligrosos individualmente (...) los reincidentes no peligrosos individualmente deben ser clasificados de nuevo por la Administración, para distinguir los que pueden corregirse de los incorregibles (...) para clasificar y corregir á los reincidentes que legalmente aparecen como incorregibles, debe haber penitenciarías especiales y destinar á ellas los empleados más inteligentes y bondadosos (...) la reincidencia es una cuestión social y, por lo tanto, necesita para resolverse del auxilio directo de la sociedad” (Arenal Ponte, 1896:195 y ss.).

24. En cuanto a esta misma materia de las medidas reformadoras que se pueden adoptar, para los delincuentes más incorregibles, reincidentes o multireincidentes, el Congreso de San Petersburgo estableció las siguientes conclusiones, según expone Falcó, rechazando la aplicación de la sentencia indeterminada: “I, Sin admitir que desde el punto de vista penal y penitenciario, haya criminales o delincuentes incorregibles, como sin embargo la experiencia demuestra que de hecho hay individuos que se muestran rebeldes a ésta doble acción penal y penitenciaria, y vuelven por costumbre y como por profesión, a infringir las leyes de la sociedad, la Sección admite el voto de que es necesario tomar medidas especiales contra estos individuos (...)” (Arenal Ponte, 1896:195 y ss.).

25. Falcó trata de la importancia que se concedió a algunos colectivos vulnerables por su precariedad económica entre otras causas de vulnerabilidad: “II, (...) la Sección cree poder recomendar al estudio de los diversos países las medidas siguientes: 1.La internación: Por una duración suficiente en establecimientos o casas de trabajo obligatorio, de ciertas categorías de individuos, como mendigos o vagabundos inveterados, etc.; 2.El encarcelamiento prolongado ó, según los casos, el envío a territorios o posesiones dependientes de los países interesados, pero siempre con las garantías que debe asegurar la autoridad a los que están privados de la libertad por su buena conducta, particularmente con el sistema de la liberación condicional” (Falcó, 1906:75 y 76). En relación al mismo congreso documentan argumentos parecidos Fernández Bermejo (Fernández Bermejo, 2013:150-153) y Milla Vásquez (Milla Vásquez, 2014:111-114).

— 26. Respecto a todas estas estas propuestas, documenta Falcó que en el citado Congreso “se propuso la creación de centros específicos para separar y clasificar a los presos y a los reclusos, e igualmente a los menores delincuentes, proponiendo la adopción también de medidas en centros especiales para enfermos físicos y mentales” (Falcó, 1906:76 y 77). Por lo que se refiere a las conclusiones del Congreso, en relación a la libertad condicional, a las penas más graves y a las actividades laborales como medidas de integración social, Falcó expone lo siguiente: “1. Toda pena teniendo por objeto castigar al culpable, ponerlo en la imposibilidad de perjudicar a los demás y darle los medios de rehabilitarse, y las penas de larga duración permitiendo más que las otras confiar en la enmienda del condenado, la organización de estas penas deberá ser inspirada por los principios de reforma que rigen aquéllas de corta duración” (Falcó, 1906:73 y 74).

27. Falcó también especifica sobre este Congreso las medidas protectoras en los casos de aislamiento celular, con el trabajo en prisión como medida resocializadora, concediendo importancia a la libertad condicional y a los patronatos como órganos administrativos o privados que ejercerían una tutela penitenciaria y postpenitenciaria de los reclusos: “2. Toda condena a una pena de larga duración comportaría al principio un cierto tiempo de segregación celular; 3. Después de la segregación en la celda, de día y de noche, cuando el condenado sea admitido al trabajo en común durante el día, continuará encerrado en la celda solamente en la noche; 4. La administración deberá organizar trabajos, posiblemente al aire libre, y con preferencia trabajos públicos, 5. La libertad condicional no será concedida más que con el mayor cuidado posible y siguiendo una graduación, en armonía con la enmienda del condenado; 6. Patronatos serán creados, sea por la iniciativa particular, sea por la administración, para proteger a los condenados durante el periodo de la libertad condicional y velar sobre ellos, mientras después de su licenciamiento definitivo no parezcan completamente enmendados” (Falcó, 1906:73 y 74).

28. El quinto Congreso penitenciario se celebró en París en 1895, entre el 30 de junio y el 9 de julio; en él se analizaron, como temas relevantes, el aumento de las condenas por la reincidencia, el tratamiento de la

práctica de la mendicidad, las penas a las que se debía someter a los vagabundos y la elección de los casos delictivos más reincidentes o con condenas más graves, para comprobar si las medidas de corrección eran eficaces (Jiménez de Asúa, 1977:38 y 39).

29. Jiménez de Asúa expone que se propuso en el mencionado Congreso “utilizar los supuestos de los delincuentes con mayor índice de reincidencia, con el fin de analizar si los tratamientos individualizadores reformativos, a los que se sometía a cada reincidente, tenían éxito y hasta qué punto los resultados eran totales o sólo parciales” (Jiménez de Asúa, 1913:38 y 39).

30. Falcó documenta que, en este Congreso, “se estudió la posibilidad de que fuera la edad de cumplimiento del servicio militar, la que se considerara como coincidente con la minoría de edad penal, aunque se acabó por aceptar que fuera la edad de 18 años. Se propuso utilizar medidas individualizadoras y la aplicación del principio de separación y clasificación a los menores de edad, distinguiendo los rangos de edad entre 12 y 16 años y entre 16 y 18 años, con habilitación de centros especiales o dependencias distintas para cada uno de ellos según las mencionadas edades. Se establecieron medidas educativas y correctivas adaptadas también a la edad de cada uno, con la posibilidad de que el juez limitara las sentencias o redujera la condena, en caso de que manifestaran una integración social antes de la mayoría de edad” (Falcó, 1906:91). Afirma Bueno Arús que, en el caso de las mujeres, “se recomendaba la aplicación del principio de separación, para que cumplieran condena en celdas o dependencia distintas de los hombres”. (Bueno Arús, 1963:130). Complementariamente, con argumentos parecidos han tratado sobre este Congreso autores como Posada (Posada Segura, 2009:72), Fernández Bermejo (Fernández Bermejo, 2013:153-154) y Milla Vásquez (Milla Vásquez, 2014:114 y 115).

## 6. CONCLUSIONES

La argumentación valorativa conclusiva mostrará la opción o tendencia axiológica doctrinal del estudio académico, inclinándose por las interpretaciones penitenciaristas predominantemente humanitaristas, que se

oponen a las tendencias dogmáticas preferentemente punitivo – castigadoras. La elección de la perspectiva de análisis pretende establecer la hipótesis comprobable, que derive en teoría demostrable, por la que se exponga lo siguiente: las medidas y modelos humanitaristas histórico – penitenciarios prevalecen sobre modelos y medidas preferentemente punitivo – castigadoras, no solo desde una dimensión ético – filosófica, sino también desde una perspectiva empírica – pragmática, al causar en su aplicación una mayor eficacia en la reducción de la reincidencia delictiva.

Las conclusiones de los Congresos Penitenciarios son las siguientes:

Conclusión 1. Todos los Congresos Penitenciarios Internacionales decimonónicos, expuestos anteriormente, plantearon orientaciones o recomendaciones que mejoraron la normativa de este siglo, en temas decisivos como los siguientes: la libertad condicional, la aplicación de los principios de separación y clasificación, la sentencia indeterminada, la disminución de la reincidencia delictiva, el establecimiento de condiciones más favorables en los distintos tipos de centros privativos de libertad, el tratamiento de colectivos vulnerables (menores, mujeres, mendigos y enfermos físicos o mentales), así como la aplicación del sistema progresivo.

Conclusión 2. De esta forma, personajes importantes de la época (Concepción Arenal, Dorado Montero, Silvela, Lastres, Cadalso o Salillas) participaron decisivamente en los Congresos Penitenciarios Internacionales. Se debe destacar el hecho relevante, de que ellos mismos también protagonizaban la plasmación o el reflejo de los acuerdos de estos Congresos, en la elaboración y aplicación de la normativa en el siglo XIX, actuando en función de legisladores, promotores – impulsores de normas, altos cargos representativos políticos, gubernamentales o técnicos, especialmente cualificados por su autoridad doctrinal. Se pueden citar varias normas decimonónicas analizadas con anterioridad que, en su contenido, incluyeron algunas de estas medidas acordadas en los Congresos, como, por ejemplo, el Reglamento para las Cárceles de Madrid de 1874 y el Real Decreto de 1889 regulador de la Colonia Penitenciaria de Ceuta (incorporaron la evitación de los castigos físicos, la aplicación

del sistema progresivo, el principio de separación para menores, medidas individualizadoras incipientes, entre otras).

Conclusión 3. En conclusión, la normativa decimonónica sobre prisiones, considerada derecho vinculante, fue influida claramente por estos antecedentes jurídicos penitenciarios internacionales no vinculantes, con carácter orientativo o de recomendación, teniendo en cuenta que, como se ha expresado en epígrafes anteriores, se aprobaban frecuentemente normas teóricas utópicas o ideales, que no solían cumplirse en la realidad práctica carcelaria. Así, se ocasionaba una paradoja, contradicción o divergencia entre el derecho formal que regulaba las cárceles y la aplicación pragmática del mismo.

## 7. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

Agradecimiento a la UDIMA, a su Comisión Evaluadora de los Cursos de Doctorado, a su Directora, Carmen Cámara Barroso, al Director de Tesis Daniel Fernández Bermejo y a la Coordinadora de los cursos, María Almudena Sanz Perla, por la continua ayuda, paciencia y generosidad académica que han tenido con el alumno. Agradecimiento a la Comisión Científica de la Organización del Evento NODOS, por haber permitido la participación del alumno y haber aceptado sus ponencias, así como la inclusión de este artículo en el libro de comunicaciones.

## 8. REFERENCIAS

- Antón Oneca, J., (1949). *Derecho penal, Tratado II*. Gráfica Administrativa. Madrid.
- Arenal Ponte, C. (1896) *Obras completas*. Victoriano Suárez. Madrid.
- Arenal Ponte, C. (1896). “Informes presentados en los Congresos penitenciarios de Estocolmo, Roma, San Petersburgo y Amberes”. *Obras completas*, Tomo XIV. Madrid.
- Bueno Arús, F. 1963. “Los Congresos Penitenciarios Internacionales”. *Revista de Estudios Penitenciarios*. n.º.160. enero-marzo.
- Cadalso y Manzano, F. (1893). *Estudios penitenciarios. Presidios españoles, escuela clásica y positiva y colonias penales*. Góngora. Madrid.

- Cadalso y Manzano, F. (1896). *Diccionario de Legislación penal, procesal y de prisiones. Tomo I*. Luis Góngora. Madrid.
- Cadalso y Manzano, F. (1913). *Instituciones penitenciarias en los Estados Unidos*. J. Gongora. Madrid.
- Dorado Montero, P. (1898). *El Reformatorio de Elmira: Estudio de Derecho penal preventivo*. La España Moderna. Madrid.
- Falcó, F.F. (1906). *La obra de los Congresos penitenciarios internacionales*. Rambla y Bouza. Cuba.
- Fernández Bermejo, D. (2013). *Individualización científica y tratamiento en prisión*. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Ministerio del Interior. Madrid.
- Garrido Guzmán, L. (1983). *Manual de Ciencia penitenciaria*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Edersa. Madrid.
- Jiménez de Asúa, L. (1913). *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas "á posteriori"*. Biblioteca Jurídica de Autores Españoles. Madrid.
- Jiménez de Asúa, L. (1977). *Tratado de Derecho Penal, Tomos I y II*. 3ª y 4ª Eds., Losada. Buenos Aires.
- Lastres, F. (1999). *Estudios sobre sistemas penitenciarios*. Imprenta de la Viuda Cornelio y Sobrino. Madrid.
- Milla Vásquez, G. (2014). *Los Beneficios penitenciarios como instrumentos de acercamiento a la libertad. Análisis desde la legislación Iberoamericana*. Tesis doctoral. Universidad de Alcalá de Henares. Alcalá de Henares.
- Posada Segura, J.D. (2009). *El sistema penitenciario. Estudio sobre normas y derechos relacionados con la privación de libertad*. Comlibros. Bogotá.
- Roeder, C.D.A. (1875). *Estudios sobre Derecho penal y sistemas penitenciarios (Fundamento jurídico de la pena correccional. Mejora del sistema de prisiones por medio del aislamiento. El ramo de prisiones a la luz de nuestra época*. Trad. Romero Girón. Imprenta de T. Fortanet. Madrid.

## LA REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA DE ESPAÑA Y SU RELACIÓN CON MARTÍNEZ MARINA

---

ARMANDO JOSÉ SANTANA BUGÉS  
*Universidad de Jaén*

### 1. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene por génesis la más que fantástica vida y obra de Don Francisco Martínez Marina, a quien podríamos considerar uno de los primeros padres de la Historia del Derecho en España, padre de una de las disciplinas de formación intelectual más importantes en la Ciencia Jurídica. De forma específica, cuanto aquí se indicará, se encontrará imbricado con lo que podríamos denominar “la primera etapa” en la vida de Martínez Marina.

La estructura, y grandes ejes, bajo los que agruparemos la vida del aclamado historiador del Derecho serán los siguientes (los cuales a su vez nos servirán para introducir la estructura interna del capítulo a presentar): Introducción: contexto histórico; Nombramiento y desempeño de sus funciones como académico de la Historia y de la Española; Director de la Real Academia de la Historia; Instituto de la Historia, y Estatutos y Real Cédula de creación de la Real Academia y conclusiones. .

Como se desprende de la estructura interna planteada, podemos apreciar cómo Martínez Marina tendrá una vida intensa, cargada de numerosos frutos para con la Ciencia Jurídica e Histórica, y de la que han versado y bebido una cantidad ingente de estudios relacionados en la materia.

La metodología empleada es lógico-deductiva, de forma que a través de la vida y parte de la obra de este autor podamos comprender la conceptualización de la Historia del Derecho, y en mayor medida, cuál fue el itinerario vital del que fuere (por dos veces) director de la Real Academia de la Historia y uno de los padres de la Historia del Derecho español.

Desde luego es un auténtico reto y a la vez placer, poder desarrollar y exponer al autor del que hubiere ideado el prólogo a las Siete Partidas y quien se adelantó en su época a las posteriores y famosas desamortizaciones proyectadas en las Cortes de Cádiz y más tarde por Mendizabal y Madoz.

## 2. ORIGEN DE LA REAL ACADEMIA

Aunque la Real Academia de la Historia fue fundada en 1867, es importante mencionar que existió una institución previa con el mismo nombre y objetivo que fue creada en 1735 por el rey Felipe V. Esta primera Real Academia de la Historia tenía como objetivo promover el estudio y el conocimiento de la historia de España y América, y estaba compuesta por historiadores, arqueólogos y geógrafos.

El rey Felipe V tuvo un papel importante en la creación de esta primera Real Academia de la Historia. Después de la Guerra de Sucesión Española, Felipe V buscó fortalecer la monarquía y el Estado español a través de la promoción del conocimiento y la cultura. Creó varias instituciones culturales, como la Real Academia de la Lengua y la Real Academia de Bellas Artes, y también impulsó la creación de la Real Academia de la Historia.

La primera Real Academia de la Historia tuvo un papel importante en el estudio y la difusión de la historia de España y América durante el siglo XVIII y principios del siglo XIX. Publicó varias obras históricas y geográficas y organizó conferencias y simposios sobre temas históricos. Sin embargo, en 1834 la Academia fue disuelta por el gobierno de la regencia de María Christina de Borbón, y no fue hasta 1867 cuando se fundó la segunda Real Academia de la Historia, que sigue en funcionamiento hasta nuestros días.

La Real Academia de la Historia es una institución cultural y científica española cuyo objetivo es promover el estudio y el conocimiento de la historia. Fue fundada en Madrid en 1867 por iniciativa de la Junta para ampliación de estudios e investigaciones científicas, dependiente del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes.

El principal fin de la Real Academia de la Historia es fomentar el estudio y la investigación histórica a través de la publicación de trabajos científicos y la organización de conferencias y simposios. También tiene como objetivo preservar y difundir el patrimonio histórico de España a través de la edición de documentos y la realización de exposiciones y actividades culturales.

La Real Academia de la Historia es una institución cultural y científica española cuyo objetivo es promover el estudio y el conocimiento de la historia. Fue fundada en Madrid en 1867 por iniciativa de la Junta para Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas, dependiente del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes.

La Real Academia de la Historia está compuesta por académicos de número, que son elegidos por sus méritos académicos y su contribución al estudio de la historia. Actualmente, la Academia cuenta con un total de cincuenta y cinco académicos de número, divididos en tres categorías: históricos, arqueólogos y numismáticos.

La Real Academia de la Historia ha tenido varios presidentes a lo largo de su historia. El primer presidente fue el historiador español Antonio Paz y Meliá, que ocupó el cargo desde 1867 hasta 1876. Otros presidentes destacados han sido el historiador Antonio García y García (1917-1919), el arqueólogo Julio Martínez Santa-Olalla (1959-1972) y el historiador Gonzalo Anes y Álvarez (1999-2002).

Otros autores han comentado el tema de la Real Academia de la Historia de manera crítica. Algunos han cuestionado su papel en la promoción del conocimiento histórico, argumentando que ha favorecido el trabajo de ciertos historiadores en detrimento de otros. Otros han criticado la falta de diversidad en su composición, ya que la mayoría de sus académicos de número son hombres y proceden de una elite cultural y social privilegiada.

En resumen, la Real Academia de la Historia es una institución importante en el ámbito del estudio de la historia en España, que ha contribuido a la promoción y el desarrollo del conocimiento histórico a lo largo de su historia. Sin embargo, también ha sido objeto de críticas por

su papel en la selección y promoción de ciertos historiadores y por la falta de diversidad en su composición.

Al hablar de la siguiente fecha (fecha 18 de abril de 1738), debemos destacar cómo Felipe V, aprobó por decreto la formación del Diccionario Histórico-Crítico Universal de España.

El Diccionario Histórico-Crítico Universal de España es una obra enciclopédica publicada por la Real Academia de la Historia de España que tiene como objetivo recopilar y sistematizar el conocimiento histórico de España desde la prehistoria hasta la actualidad. Este diccionario es considerado una obra de referencia para el estudio de la historia de España y ha sido ampliamente utilizado tanto por investigadores como por estudiantes.

La formación del Diccionario Histórico-Crítico Universal de España fue un proyecto ambicioso y de larga duración, que comenzó en la década de 1830 y que se prolongó durante más de un siglo. La Real Academia de la Historia de España, que había sido fundada en 1867, asumió la responsabilidad de llevar a cabo este proyecto y encargó a un equipo de historiadores y especialistas la elaboración de los artículos del diccionario. Contiene artículos sobre la historia de España desde la prehistoria hasta la actualidad y abarca diversos aspectos de la historia, como la política, la cultura, la sociedad, la economía, la geografía, la religión, etc. Además, incluye artículos sobre personajes históricos, eventos históricos, instituciones, etc. y es rica en información y detalles.

El origen del Diccionario Histórico-Crítico Universal de España se encuentra en la Real Cédula de 17 de junio de 1738, emitida por el Rey D. Felipe V, que estableció la creación de la Real Academia de la Historia de España. En esta cédula, el Rey ordenó la creación de una "Academia de la Historia" con el objetivo de "promover el estudio y el conocimiento de la historia de España y América".

En resumen, el Diccionario Histórico-Crítico Universal de España es una obra enciclopédica publicada por la Real Academia de la Historia de España que recopila y sistematiza el conocimiento histórico de España desde la prehistoria hasta la actualidad. Se ha publicado en varias

ediciones y es una obra de gran importancia para el estudio de la historia de España.

La Academia comenzó a funcionar en la Casa de La Moneda, que era el edificio donde se fabricaban las monedas en Madrid, y posteriormente se trasladó a la Casa de Campo, donde se estableció durante varios años.

En 1867, la Real Academia de la Historia de España se trasladó a su sede actual, el Palacio de la Condesa de Vistahermosa, situado en el centro de Madrid. Este palacio fue construido a principios del siglo XVIII y ha sido la sede de la Academia desde entonces. Actualmente, el Palacio de la Condesa de Vistahermosa es el lugar donde se celebran las sesiones plenarias de la Academia y donde se encuentran la biblioteca y los archivos de la Academia.

En resumen, la Real Academia de la Historia de España fue fundada en 1738 y tuvo sus primeras sedes en la Casa de La Moneda y en la Casa de Campo, en Madrid. En 1867, se trasladó a su sede actual, el Palacio de la Condesa de Vistahermosa, situado en el centro de Madrid, donde se encuentra hasta la actualidad.

### 3. REAL CÉDULA

La Real Cédula de 17 de junio de 1738 es un documento emitido por el rey Felipe V que establece los estatutos y reglamentos de la Real Academia de la Historia. Esta cédula tuvo una gran importancia para la Real Academia, ya que estableció su funcionamiento y sus objetivos y le otorgó una autonomía y una independencia respecto al gobierno y al poder político.

La Real Cédula de 17 de junio de 1738 estableció que la Real Academia de la Historia tenía como objetivo promover el estudio y el conocimiento de la historia de España y América a través de la publicación de obras históricas y geográficas y la organización de conferencias y simposios. También estableció que la Academia debía preservar y difundir el patrimonio histórico de España a través de la edición de documentos y la realización de exposiciones y actividades culturales.

Además, la Real Cédula de 17 de junio de 1738 estableció la composición de la Real Academia de la Historia y sus órganos de gobierno. La Academia estaba compuesta por académicos de número, elegidos por sus méritos académicos y su contribución al estudio de la historia, y por correspondientes, que eran personas distinguidas que colaboraban con la Academia sin tener derecho a voto. El gobierno de la Academia estaba en manos de un presidente y una junta directiva, elegidos por los académicos de número.

En resumen, la Real Cédula de 17 de junio de 1738 fue un documento fundamental para la Real Academia de la Historia, ya que estableció sus objetivos y su funcionamiento y le otorgó una autonomía y una independencia respecto al gobierno y al poder político.

#### 4. ESTATUTOS

Los estatutos de la Real Academia de la Historia que fueron firmados en 1738 establecieron el funcionamiento y los objetivos de la Academia y le otorgaron una autonomía y una independencia respecto al gobierno y al poder político. A continuación se detallan algunos de los puntos más importantes de estos estatutos:

La Real Academia de la Historia tenía como objetivo promover el estudio y el conocimiento de la historia de España y América a través de la publicación de obras históricas y geográficas y la organización de conferencias y simposios.

La Academia debía preservar y difundir el patrimonio histórico de España a través de la edición de documentos y la realización de exposiciones y actividades culturales.

La Academia estaba compuesta por académicos de número, elegidos por sus méritos académicos y su contribución al estudio de la historia, y por correspondientes, que eran personas distinguidas que colaboraban con la Academia sin tener derecho a voto.

El gobierno de la Academia estaba en manos de un presidente y una junta directiva, elegidos por los académicos de número.

La Academia tenía una sede en Madrid y estaba financiada con fondos del Estado y con donaciones y legados de particulares.

Los académicos de número tenían la obligación de asistir a las sesiones de la Academia y de participar en sus actividades.

Los académicos de número y los correspondientes tenían el derecho a usar el título de "ilustrado" y a llevar una insignia con el escudo de la Academia.

En resumen, los estatutos de la Real Academia de la Historia de 1738 establecieron su funcionamiento y sus objetivos y le otorgaron una autonomía y una independencia respecto al gobierno y al poder político. Además, establecieron la composición de la Academia y sus órganos de gobierno y establecieron la obligación y los derechos de los académicos de número y los correspondientes.

## 5. ACADÉMICOS DE LA REAL ACADEMIA

La Academia cuenta con distintos tipos de académicos, cada uno de los cuales tiene una categoría y funciones específicas.

Los académicos de número son los miembros más prestigiosos de la Academia y son elegidos por sus méritos científicos y su contribución al conocimiento histórico. Los académicos de número tienen derecho a participar en las sesiones plenarias de la Academia y a elegir y ser elegidos para cargos en la Junta Directiva de la Academia.

Los académicos correspondientes son personas extranjeras que han sido distinguidas por sus méritos científicos y su contribución al conocimiento histórico. Los académicos correspondientes tienen derecho a asistir a las sesiones plenarias de la Academia con voz, pero no tienen derecho a voto.

Los académicos de honor son personas que han prestado servicios relevantes a la Academia o han realizado importantes aportaciones al conocimiento histórico. Los académicos de honor tienen derecho a asistir a las sesiones plenarias de la Academia con voz, pero no tienen derecho a voto.

Los académicos de honor de la Real Academia de la Historia de España son personas que han prestado servicios relevantes a la Academia o han realizado importantes aportaciones al conocimiento histórico. Los académicos de honor son elegidos por la Junta Directiva de la Academia y su nombramiento es ratificado por el Pleno de la Academia.

Los académicos de honor tienen derecho a asistir a las sesiones plenarias de la Academia con voz, pero no tienen derecho a voto. Además, pueden participar en las actividades científicas y culturales de la Academia y tienen acceso a la biblioteca y a los archivos de la Academia.

Los académicos de honor son personas que han realizado una importante contribución al conocimiento histórico y han prestado servicios relevantes a la Academia. Pueden ser historiadores, arqueólogos, filólogos, etc. o personas que han contribuido de otras maneras al desarrollo de la historia como disciplina. Algunos ejemplos de académicos de honor de la Real Academia de la Historia de España son: José Martínez Millán, historiador español especializado en la historia moderna y contemporánea de España. Pierre Vilar, historiador francés especializado en la historia de España y América Latina. Paul Preston, historiador británico especializado en la historia de España y América Latina. Jordi Gracia, historiador español especializado en la historia medieval y moderna de Cataluña.

En resumen, los académicos de número son los miembros más prestigiosos de la Real Academia de la Historia de España y tienen derecho a participar en las sesiones plenarias y a elegir y ser elegidos para cargos en la Junta Directiva de la Academia. Los académicos correspondientes y de honor son personas distinguidas por sus méritos científicos y tienen derecho a asistir a las sesiones plenarias de la Academia con voz, pero no tienen derecho a voto.

## 6. MARTÍNEZ MARINA Y LA REAL ACADEMIA

Francisco Martínez Marina (1754-1816) fue un historiador del derecho español del siglo XVIII y principios del siglo XIX. Nació en Granada y estudió en la Universidad de Granada, donde se licenció en Derecho Canónico y Civil. Más tarde, se trasladó a Madrid para continuar sus

estudios y obtuvo una cátedra de Historia del Derecho en la Universidad de Alcalá de Henares.

En 1791, Martínez Marina fue elegido director de la Academia de la Historia, una institución científica española fundada en 1738 con el objetivo de fomentar el conocimiento histórico y arqueológico. Durante su mandato, Martínez Marina impulsó la publicación de la "Historia crítica de España" y la "Historia crítica de la legislación española", ambas obras de gran importancia para el estudio de la historia del derecho en España.

Además de su trabajo como historiador, Martínez Marina también fue un destacado abogado y político. Fue miembro de la Real Academia de la Historia y ocupó diferentes cargos públicos, entre ellos el de presidente del Consejo de Castilla y León. Murió en Madrid en 1816.

Francisco Martínez Marina fue presidente de la Real Academia de la Historia de España entre 1972 y 1985. Durante su mandato, la Academia experimentó un período de renovación y modernización, en el que se impulsaron diversas iniciativas para mejorar la investigación histórica y la difusión del conocimiento histórico.

Uno de los logros más destacados de Martínez Marina al frente de la Real Academia de la Historia fue la creación del Instituto de Historia de España, que se convirtió en el centro de investigación histórica más importante de España y que ha contribuido a mejorar la calidad de la investigación histórica en el país. Además, durante su mandato se llevaron a cabo diversas reformas en la estructura y el funcionamiento de la Academia, que permitieron adaptarla a los nuevos tiempos y mejorar su eficiencia.

Otro logro importante de Martínez Marina al frente de la Real Academia de la Historia fue la creación de la revista "Hispania", que se convirtió en el órgano de publicación científica de la Academia y que ha contribuido a difundir el conocimiento histórico a nivel nacional e internacional. Además, durante su mandato se publicaron varias obras históricas de gran importancia, como la "Historia de España" de Manuel González Serrano, que se convirtió en una obra de referencia para el estudio de la historia de España.

En resumen, la etapa de Francisco Martínez Marina al frente de la Real Academia de la Historia de España fue un período de renovación y modernización, en el que se impulsaron diversas iniciativas para mejorar la investigación histórica y la difusión del conocimiento histórico. Martínez Marina logró impulsar importantes reformas y crear nuevas instituciones que han contribuido a mejorar la calidad de la investigación histórica y la difusión del conocimiento histórico en España.

Cabe destacar los precedentes en la dirección de la Real Academia de la Historia desde su fundación hasta la actualidad: Nicolás María de Foronda y Arceche (1867-1870), Antonio Ponz (1870-1878), Francisco de Paula López de Ayala y García-Muñoz (1878-1883), Antonio Madoz (1883-1890), Felipe Pérez y González (1890-1898), Nicolás María de Foronda y Arceche (1898-1903), Antonio Madoz (1903-1910), José de la Riva Agüero y Osma (1910-1920), Juan de la Cierva y Peñafiel (1920-1926), Julio Martínez Santa-Olalla (1926-1931), Enrique Flórez (1931-1936), Ramón Menéndez Pidal (1936-1943), Julio Martínez Santa-Olalla (1943-1945), Ramón Menéndez Pidal (1945-1948), Julio Martínez Santa-Olalla (1948-1951), Rafael Altamira (1951-1954), Julio Martínez Santa-Olalla (1954-1957), Rafael Altamira (1957-1960), Julio Martínez Santa-Olalla (1960-1963), Rafael Altamira (1963-1966), Julio Martínez Santa-Olalla (1966-1969), Rafael Altamira (1969-1972), Julio Martínez Santa-Olalla (1972-1975), Rafael Altamira (1975-1978), Julio Martínez Santa-Olalla (1978-1981), Rafael Altamira (1981-1984), Julio Martínez Santa-Olalla (1984-1987), Rafael Altamira (1987-1990), Julio Martínez Santa-Olalla (1990-1993), Rafael Altamira (1993-1996), Julio Martínez Santa-Olalla (1996-1999), Rafael Altamira (1999-2002), Julio Martínez Santa-Olalla (2002-2005), Rafael Altamira (2005-2008), Julio Martínez Santa-Olalla (2008-2011), Rafael Altamira (2011-2014), Julio Martínez Santa-Olalla (2014-2017), Rafael Altamira (2017-2020) y Julio Martínez Santa-Olalla (2020-actualidad)

## 7. INSTITUTO DE HISTORIA DE ESPAÑA

El Instituto de Historia de España es una institución científica y cultural española creada en 1974 por el presidente de la Real Academia de la

Historia de España, Francisco Martínez Marina. El Instituto tiene como objetivo promover el estudio y la investigación histórica y difundir el conocimiento histórico a nivel nacional e internacional.

El Instituto de Historia de España es un centro de investigación histórica de prestigio a nivel nacional e internacional. Cuenta con una amplia biblioteca especializada en historia y con un archivo histórico que alberga una importante colección de documentos históricos. Además, el Instituto publica diversas revistas y libros científicos y organiza conferencias y simposios sobre temas históricos.

El Instituto de Historia de España está compuesto por un director y un consejo científico, formado por destacados historiadores españoles. También cuenta con una amplia red de colaboradores y asociados, que incluye a universidades, instituciones culturales y centros de investigación de todo el mundo.

El Instituto de Historia de España ha contribuido de manera decisiva a mejorar la calidad de la investigación histórica en España y a difundir el conocimiento histórico a nivel nacional e internacional. Sus publicaciones y actividades científicas son muy valoradas en el ámbito académico y han contribuido a la formación de varias generaciones de historiadores en España y el extranjero.

El Instituto de Historia de España ha realizado una importante labor de conservación y difusión del patrimonio histórico de España, a través de la edición de documentos históricos y la organización de exposiciones y actividades culturales. También ha impulsado la creación de nuevas bases de datos históricos y la digitalización de documentos y archivos, lo que ha facilitado el acceso al conocimiento histórico y ha contribuido a la promoción de la investigación histórica en España.

En resumen, el Instituto de Historia de España es una institución científica y cultural de prestigio a nivel nacional e internacional, que tiene como objetivo promover el estudio y la investigación histórica y difundir el conocimiento histórico. Su labor de conservación y difusión del patrimonio histórico y su contribución a la formación de historiadores y al fomento de la investigación histórica han sido esenciales para el desarrollo de la historia como disciplina en España. El Instituto de Historia

de España ha sido una institución clave para la promoción y el progreso de la historia en España y ha contribuido a la difusión del conocimiento histórico a nivel nacional e internacional.

## 8. CONCLUSIONES

Las presentes conclusiones constituyen un resultado inequívoco de la más que satisfactoria investigación acerca del origen y desarrollo de la Real Academia de la Historia en España.

En primer lugar se debe destacar que la Real Academia comenzaría como la que fuera una reunión literaria entre distintos amigos. Dichos amigos destacaron por su coraje, ya que solicitaron al rey Felipe V que autorizara las reuniones que mantenían allá por el año 1735. No solo se recibió la autorización sino que además el monarca prosiguió con la protección real a tales reuniones literarias.

En segundo lugar destacar que dichas tertulias fueron el origen de la Real Academia de la Historia en virtud de Real Cédula de 17 de junio de 1738. Resulta de vital importancia que se estableciera mediante Real Cédula ya que dota a la institución de una ligazón sin parangón con la Casa Real y por tanto con Su Majestad el rey, el cual ostenta la condición de patrón en las diferentes Reales Academias.

En tercer lugar se debe señalar que junto con la aprobación por decreto de la Academia de la Junta se procedió a la creación de un Diccionario Histórico-Crítico Universal de España. Más allá de los frutos de la Academia, se debe precisar la importancia de sus Estatutos, y cómo en su primera parte destaca ab initio el fin de la misma “purificar y limpiar la de España de las fábulas que la deslucen e ilustrarla de las noticias que parezcan más provechosas”. Dichos estatutos serían reformados de la mano de Jovellanos y de Vargas Ponce.

## 9. AGRADECIMIENTOS/APOYOS

En primer lugar agradecer a la organización, debido a que la apostar y ofrecer la posibilidad de investigar en la presente temática, así como en las afines (Ciencias Económicas y Empresariales, Ciencias Sociales,

Ciencias de la Educación y del Comportamiento, y Cuestiones Transversales relativas a la innovación en la docencia e investigación) supone cuanto menos, y así lo refleja, una clara preocupación y compromiso con el estudiantado y la formación y divulgación de la innovación. Es por ello que quisiera expresamente agradecer a los organizadores (Egregius Congresos y Eventos, DECOMESI, Centro para la Divulgación del conocimiento Universitario, Ludoteca Jurídica y el Grupo de Investigación Didáctica), así como a todos los colaboradores (Editorial Dykinson, Aula Manga, Universidad Perpignan, UNIR, Universidad de Córdoba, Universidad de Jaén, Manchester University, Universidad Pablo de Olavide, Universidad Loyola, Universidad de Andalucía, Universidad de Sevilla, Universidad de Castilla-La Mancha y la Universidad de las Palmas de Gran Canaria).

## 10. REFERENCIAS

- M<sup>a</sup> Concepción Castrillo Llamas, “D. Francisco Martínez Marina: el hombre y su obra”, en *Medievalismo*, núm 2 (1992).
- VV. AA., *Diccionario Biográfico del Trienio Liberal*. Madrid: El Museo Universal, 1992.
- José Antonio Escudero López, “Francisco Martínez Marina y el liberalismo español del XIX”, en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 1 (1999).
- Francisco Martínez Marina, *Obras escogidas*. Edición de José Martínez Cardós (Madrid: Atlas (NBAE), 1966, 1968 y 1969), 3 volúmenes.
- J. Varela Suances-Carpegna, *Tradición y liberalismo en Martínez Marina*, Oviedo, 1983.
- José Antonio Maravall, “El pensamiento político en España a comienzos del siglo XIX: Martínez Marina”, en *Revista de Estudios Políticos*, 81, (mayo-junio de 1955).
- J. Alberti, *Martínez Marina. Derecho y Política*. Oviedo, 1980.

## ESPECIALIZACIÓN PRODUCTIVA LOCAL A TRAVÉS DE LOS CATALOGOS COMERCIALES (1879-1911). EL CASO VILLANUEVA DE LA SERENA

---

JOSÉ FRANCISCO RANGEL PRECIADO  
*Universidad de Extremadura*

FRANCISCO MANUEL PAREJO MORUNO  
*Universidad de Extremadura*

ANTONIO CARLOS ALCÁZAR BLANCO  
*Universidad de Extremadura*

ESTEBAN CRUZ HIDALGO  
*Universidad de Extremadura*

### 1. INTRODUCCIÓN

El estudio histórico de la empresa desde un nivel local y/o regional permite mejorar el conocimiento sobre el funcionamiento actual de las especializaciones productivas asociadas al territorio, así como las aglomeraciones empresariales que de ellas se derivan. Como informan los investigadores Branco y Lopes (2018) el proceso de construcción de las aglomeraciones empresariales conlleva un largo periodo de tiempo. Estas afirmaciones derivan del avance en el estudio de las aglomeraciones empresariales en sus diferentes definiciones (Distrito Industrial, Cluster, Sistema Agroalimentario Localizado...) que han derivado hacia lo que ha sido denominado el ciclo de los distritos industriales o clusters. Según Menzel y Fornahl (2009) estas enseñanzas han definido cuatro etapas completamente diferenciadas en la vida de una aglomeración empresarial, desde su formación hasta su declive.

Los autores que han analizado el ciclo de vida de las aglomeraciones han demostrado que en cada una de las etapas influyen factores diferentes que van a marcar el desarrollo de la aglomeración o también el

fracaso de estas (Belussi y Sedita, 2009; Elola, Valdaliso, López y Aranguren, 2012; Popp y Wilson, 2007; Capó, 2011), estos factores son catalogados como naturales, culturales o institucionales. Cuando hacemos referencia a largo plazo nos referimos a que el proceso de concentración de las empresas y producción en un determinado lugar puede conllevar incluso más de un siglo, como es por ejemplo el caso concreto de la formación del distrito industrial del corcho en San Vicente de Alcántara (Extremadura, España) (Rangel, 2018a).

La importancia de conocer el ciclo de vida de las aglomeraciones empresariales radica en que en su formación influye lo que ha sido denominado como *capacidad de desarrollo endógeno* (Vázquez, 2007), la capacidad que tiene un territorio debido a su dotación de factores naturales, culturales e institucionales, que permiten el desarrollo local a través de la acumulación de empresas en el territorio, y también de la especialización productiva de la localidad. Dichos factores no son estáticos, durante el ciclo de vida de la aglomeración, pasan por diferentes etapas a las que la literatura ha asociado diferentes factores (Belussi y Sedita, 2009; Elola, Valdaliso, López y Aranguren, 2012; Popp y Wilson, 2007; Capó, 2011). El conocimiento del proceso que ha seguido puede arrojar luz sobre los motivos por los cuales localidades muy cercanas, y a priori con unas características que se pueden presumir como similares, han seguido caminos diferentes, volviendo al ejemplo anterior, el caso de San Vicente de Alcántara nos muestra un proceso de formación de una aglomeración industrial corchera exitosa, pero si tomamos otras localidades con características similares de la misma región nos encontramos que la localidad de Jerez de los Caballeros la especialización corchera ha desaparecido casi por completo (Rangel, 2018a).

En una revisión de la literatura nos encontramos que los casos que han sido más estudiados son los de las regiones que tienen una tradición empresarial más fuerte, encontrándonos que aquellas regiones que poseen un tejido empresarial más atomizado han sido menos analizadas, aunque las regiones con una baja densidad empresarial también disponen de este tipo de aglomeraciones. Es por ello, que entendemos que el caso de Extremadura es un buen ejemplo para comprender el funcionamiento de

las economías de aglomeración y especialización en regiones con una baja densidad empresarial (Rangel, Parejo, Cruz y Castellano, 2021). Para acotar más el objetivo del estudio nos vamos a centrar en el caso concreto de las Vegas Altas del Guadiana, uno de los núcleos extremeños con mayor actividad y dinamismo económico en la actualidad, en gran parte debido a la existencia un distrito industrial vinculado a la rama agroalimentaria, concretamente a la agricultura de regadío y la transformación y venta de los productos que de ello se derivan (Rangel, 2018b).

Las Vegas Altas del Guadiana es una de las comarcas extremeñas que poseen la aglomeración y especialización de su producción en productos concretos, de hecho es uno de los principales puntos de aglomeración de la agroindustria en Extremadura (Cortés, 2015), concretamente la agricultura de regadío y sus productos derivados son el motor principal, pero también nos encontramos con dos especializaciones que dependen directamente de la anterior, en maquinaria agrícola y productos químicos (fertilizantes), por lo que hacemos referencia a un distrito industrial poliespecializado y que ocupa toda la cadena de valor de los productos de regadío, desde la agricultura hasta la venta al por mayor de los mismos, pasando por la transformación (Rangel, Parejo y Cruz, 2019), que en gran parte debe su especialización a la construcción del regadío en Extremadura<sup>604</sup>.

El fin con el que planteamos este estudio de trabajar fuentes que nos permitan disponer de la información necesaria para el análisis del largo plazo de la empresa que nos muestre la cantidad de empresas o empresarios dedicados a cada una de las producciones o servicios existentes en una localidad concreta, y a la vez nos permita también comprobar esa misma información cómo evoluciona. Concretamente la información va a ser extraída de los catálogos comerciales que se realizaron entre 1879 y 1911: (1) *Anuario-Almanaque del Comercio, de la Industria, de la*

---

<sup>604</sup> Aunque en este punto debemos advertir que existe cierta controversia como muestra Francisco Rodríguez (2022), además de encontramos ante otras comarcas que también fueron incluidas en este proceso de modernización de la agricultura como es el Valle del Alagón (Seco, 2016), pero que en la actualidad no han conseguido mantener una fuerte especialización en la industria agroalimentaria (Rangel, 2018b).

*Magistratura y de la Administración* (1879-1880); y (2) *Anuario del Comercio, de la Industria, de la Magistratura y de la Administración* (1881-1911). Estas fuentes nos pueden llevar a conocer la etapa de formación de algunas especializaciones productivas en Extremadura, para que este estudio sirva como punto de partida para análisis completos del ciclo de vida de las aglomeraciones empresariales en la región.

## 2. OBJETIVOS

El objetivo principal que nos hemos propuesto cumplir al realizar esta investigación, como ya hemos adelantado en la introducción, es trabajar fuentes que permitan comprobar la especialización productiva y la aglomeración de las empresas desde una perspectiva local y regional. De forma que podamos comprobar la situación empresarial a nivel local desde una visión estática y dinámica, es decir, nos solo comprobar desde lo que podemos denominar fotos fijas, sino también ver su evolución en el largo plazo. Y que nos permitan conocer los orígenes de las aglomeraciones empresariales que están presentes en la actualidad.

Además, como objetivo secundario, también pretendemos conocer la situación de la economía y empresariado extremeño, debido a que este tipo de estudios permiten arrojar luz sobre una región cuyos historiadores económicos han demostrado que existía una escasa industrialización (Zapata, 1996; Llopis, 1996), pero en los que sí existían ciertos enclaves que tienen una producción concentrada como es el caso de la zapatería en Don Benito (Cruz, Parejo y Rangel, 2022) o la ganadería de ovino en Castuera (Fernández, Rangel, Parejo y Alcázar, 2023). Es decir, especializaciones productivas que no han llegado a ser importantes en la actualidad como es el caso de la zapatería en Don Benito y otras que han llegado intactas hasta la actualidad como es el caso de los productos derivados de la ganadería de ovino en Castuera<sup>605</sup>.

Por último, como objetivo secundario también nos proponemos conocer los nombres propios que han marcado las especializaciones productivas

---

<sup>605</sup> La existencia de la Real Dehesa de la Serena ha propiciado una larga tradición en el pastoreo e incluso la especialización productiva de la localidad (López, 1997; Retamal, 2012; González, 2018).

a nivel local, es decir, los empresarios que un día fueron pioneros y que, por tanto, es necesario poner el foco en su persona para conocer no solo el desarrollo económico y empresarial a nivel local, sino también como pioneros que vieron las posibilidades de negocio y que la teoría de los distritos industriales cataloga como empresas ancla para la construcción de la aglomeración.

### 3. METODOLOGÍA Y FUENTES

La metodología que vamos a poner en práctica en este estudio viene marcada por las fuentes como siempre ocurre en la historia económica, debemos tener en cuenta que no es fácil obtener los datos de todos los empresarios de una localidad en el momento actual, por lo que la principal labor de un estudio desde una perspectiva histórica es analizar las fuentes para ver cual es la que nos ofrece una información más completa, que nos permita cumplir con los objetivos que han sido definidos previamente.

En nuestro caso, buscamos que los estudios sean fácilmente reproducibles en otras localidades y que la suma de diferentes estudios a nivel local nos permitan tener una visión global de la empresa y el empresario en Extremadura, por tanto aunque existen fuentes que pueden ser utilizadas como la contribución pagada a los ayuntamientos o los registros mercantiles, hemos optado por una fuente que esta disponible online para el investigador, y que dispone de una gran información a nivel de actividad local. Concretamente vamos a utilizar:

- 1879-1880. Anuario-Almanaque del Comercio, de la Industria, de la Magistratura y de la Administración<sup>606</sup>.
- 1881-1911. Anuario del Comercio, de la Industria, de la Magistratura y de la Administración<sup>607</sup>.

---

<sup>606</sup> Disponible online en la Hemeroteca Digital de la Biblioteca Nacional de España: <https://hemerotecadigital.bne.es/> Los números de este anuario están completos, por lo que tenemos información completa de los dos años analizados.

<sup>607</sup> Disponible online en la Hemeroteca Digital de la Biblioteca Nacional de España: <https://hemerotecadigital.bne.es/> Los números de este anuario no están completos, por lo que tenemos

Estas fuentes tienen una forma de construcción muy similar, es decir, se parte de una estrategia bottom-up, en la propia localidad hay un centro de suscripciones, es decir un agente que conoce perfectamente el territorio y que la información que aporta puede ser contrastada por el mismo en la propia localidad. Posteriormente estas informaciones son incluidas en anuarios, que son agrupados por partidos judiciales y por provincias, y en la que se incluyen información complementaria sobre la estructura cultural, productiva y económica. Además, todas las fuentes separan entre los servicios que son realizados por los ayuntamientos o las entidades públicas, y los productos y servicios que se realizan de forma privada por empresarios y profesionales. La gran limitación de esta fuente es que podemos tener en cuenta los establecimientos existentes en una determinada localidad, pero trata de igual forma a un empresario o profesional que trabaja de forma individual, con una empresa o cooperativa en la que se tienen muchos trabajadores. En definitiva, se trata de una fuente que nos permite analizar más de tres décadas.

La metodología de trabajo utilizada consiste en los siguientes pasos:

- Extracción de los anuncios de la localidad de Villanueva de la Serena para cada uno de los años.
- Construcción de datos relativos a cada año, es decir, pesos de cada una de las especializaciones productivas.
- Comparación de la evolución de los datos anuales a través de la tasa de crecimiento anual acumulativo, que utiliza la siguiente fórmula:

$$T.C.A.A. = \left[ \frac{\text{Valor final}}{\text{Valor inicial}} \right]^{(1/\text{años}-1)} * 100$$

- Comparación de la misma localidad con diferentes fuentes para comprobar la consistencia de la información obtenida.
- Comparación de la localidad con otras cercanas que ya hayan sido analizadas.

---

información completa de los años 1881, 1882, 1883, 1884, 1885, 1886, 1887, 1888, 1894, 1896, 1897, 1898, 1899, 1900, 1901, 1902, 1903, 1904, 1905, 1906, 1908, 1909 y 1911.

#### 4. RESULTADOS

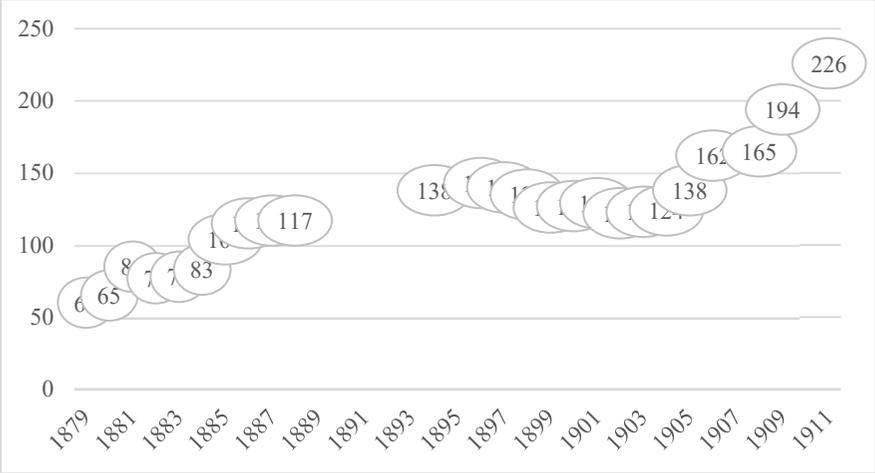
Antes de comenzar a mostrar los resultados obtenidos, debemos mencionar que nos vamos a centrar únicamente en las partidas de *profesiones, comercio e industria*, puesto que las otras partidas corresponden a la función pública que es desempeñada desde el propio ayuntamiento de la localidad, y además debemos tener en cuenta que estamos haciendo referencia a una localidad que es cabecera de partido judicial, es por ello que nos vamos a encontrar con la presencia de profesiones liberales directamente relacionada con el ejercicio de la abogacía y otros oficios necesarios para el correcto desarrollo del partido judicial como son los procuradores o los notarios.

También debemos hacer referencia, a que nos encontramos ante una localidad que podemos tildar de ciudad, debido a que durante el periodo analizado va a tener una población que oscila entre los 10.060 habitantes y 13.5000 habitantes.

Para comenzar a analizar la actividad economía de la localidad se ha construido el gráfico 1, donde nos vamos a encontrar el volumen de anuncios que se generan para profesiones, comercio e industria desde 1879 hasta 1911, en este punto debemos advertir que se observa un crecimiento abultado pasando de 60 anunciantes en 1879 a los 226 anunciantes que contiene el catalogo del año 1911 para Villanueva de la Serena, lo que supone una T.C.A.A. de 4,23.

En este punto, no podemos anunciar si el crecimiento que ostenta la localidad con respecto al número de anunciantes es significativo o no, es decir, si se diferencia de la tendencia de otras localidades españolas, puesto que nos encontramos en una etapa histórica en la que se produce una modernización de la economía española, hecho que afecta directamente a la actividad económica.

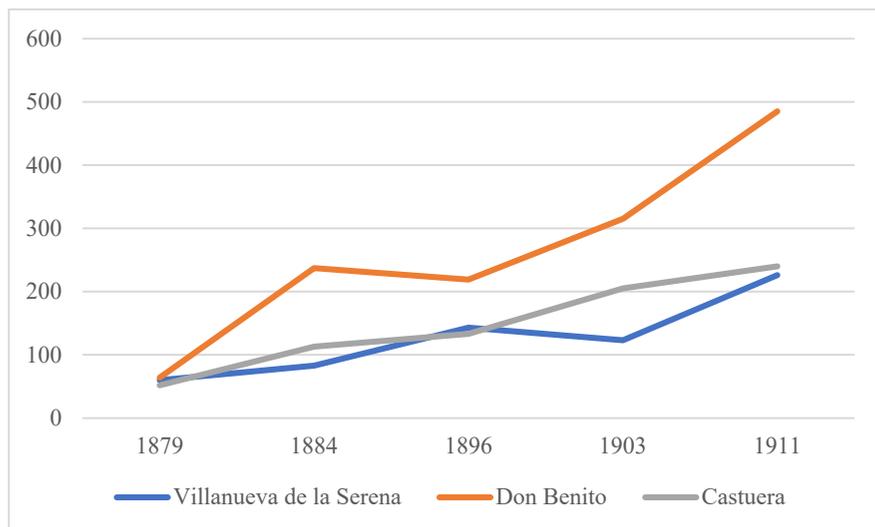
**GRÁFICO 1.** Evolución del número de anuncios de profesiones, comercio e industria en Villanueva de la Serena (1879-1911)



**Fuente:** Bailly-Bailliere (1879-1911): Anuario-almanaque del comercio, de la industria, de la magistratura y de la administración (1879-1880) Anuario del comercio, de la industria, de la magistratura y de la administración (1881-1911).

Para comprobar si este crecimiento es significativo vamos a comparar con otras localidades similares, como Villanueva de la Serena ostenta la cabecera de un partido judicial, la comparamos con las otras dos localidades que también son cabeza de partido judicial como son Castuera y Don Benito, para lo que se ha construido el Gráfico 2. En este punto se observa un mayor crecimiento para la localidad de Don Benito, que pasa de 64 anunciantes en el año 1879 a los 485 anuncios que presenta la localidad en 1911, lo que supone una T.C.A.A. de 6,53. En el caso de Castuera, podemos observar que se llegan hasta los 240 anunciantes en el año 1911 partiendo de 56 anunciantes en el año 1879, marcando una T.C.A.A. de 4,89. Por lo que la primera conclusión a la que llegamos en este trabajo, es que la localidad de Villanueva de la Serena tiene un menor ritmo de crecimiento de anunciantes, y por tanto de empresarios, que Don Benito (una localidad mayor en habitantes) y que Castuera (una localidad menor en habitantes).

**GRÁFICO 2.** Evolución del número de anuncios de profesiones, comercio e industria. Comparativa Castuera, Don Benito y Villanueva de la Serena (1879-1911)



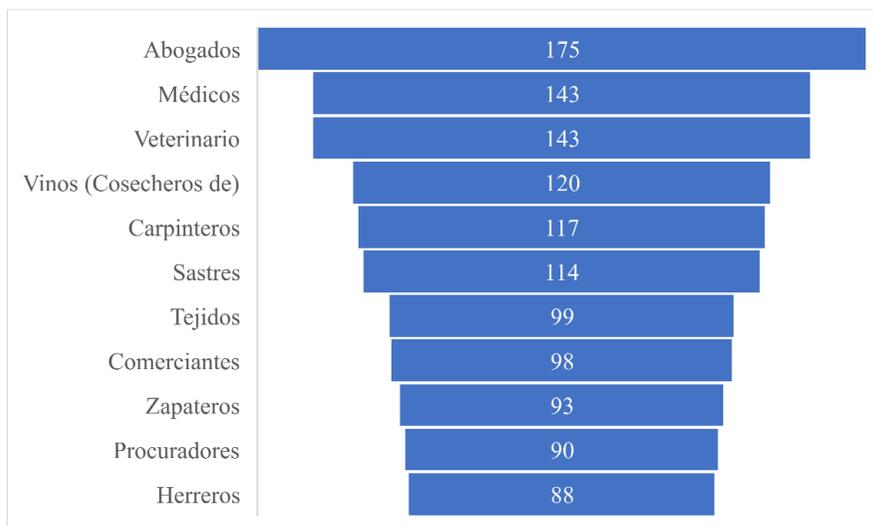
**Fuente:** Bailly-Bailliere (1879-1911): Anuario-almanaque del comercio, de la industria, de la magistratura y de la administración (1879-1880) Anuario del comercio, de la industria, de la magistratura y de la administración (1881-1911).

Centrándonos en la especialización productiva a nivel local, que es el objetivo que pretendemos analizar con esta fuente, lo primero que nos encontramos es la especialización productiva que se describe en el resumen de la localidad, donde nos encontramos que desde el principio se resalta la producción de cereales y uvas que se dedican principalmente a la exportación, posteriormente también se incluyen en esta descripción los vinos y el ganado. Mientras que, entre las fábricas, el propio anuario destaca los aguardientes, chocolaterías, jabones y licores.

Analizando las partidas que mayor número de anunciantes presentan (Gráfico 3), podemos destacar que nos encontramos con un alto número de anuncios en los servicios, esto es normal debido a que nos encontramos ante una localidad que es cabeza de partido judicial de la que dependen otros ayuntamientos, este hecho también la localizamos en Castuera y Don Benito (Fernández, Rangel, Parejo y Alcázar, 2023; Cruz, Parejo y Rangel, 2022).

Lo más destacable desde el punto de vista de la producción son las partidas de cosecheros de vinos y comerciantes, debido a que aparecen con un elevado volumen de anuncios, pero es que estas dos partidas tienen otras que se pueden vincular directamente a ellas.

**GRÁFICO 3** Ranking principales partidas con anunciantes de Villanueva de la Serena (1879-1911)



**Fuente:** Bailly-Bailliere (1879-1911): Anuario-almanaque del comercio, de la industria, de la magistratura y de la administración (1879-1880) Anuario del comercio, de la industria, de la magistratura y de la administración (1881-1911).

La localidad de Villanueva de la Serena tiene un amplio catálogo de profesiones, industrias y servicios puesto que la fuente analizada presenta hasta 103 categorías diferentes dentro de la localidad, pero si nos centramos en las diez principales categorías, podemos comprobar que estas representan el 43,06% del total de los anuncios, como podemos observar en el Cuadro 1.

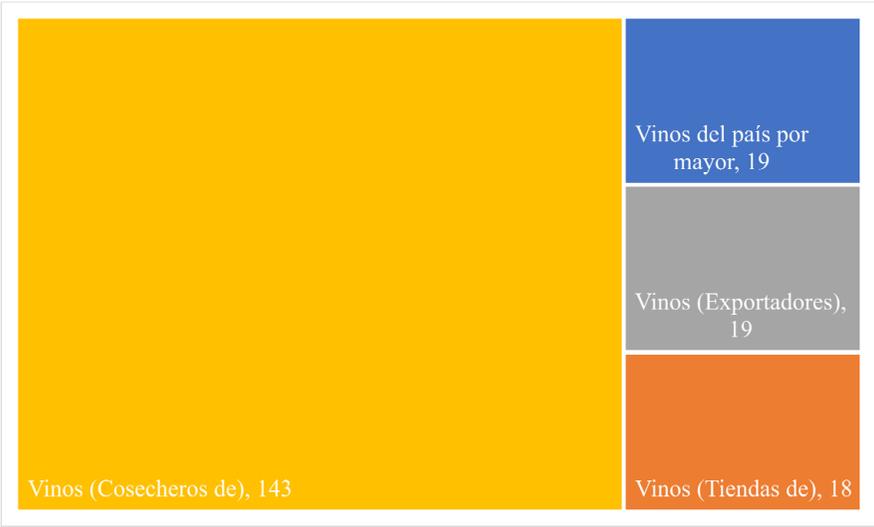
**CUADRO 1.** Porcentaje de representación sobre el total de las principales categorías de anunciantes en la localidad de Villanueva de la Serena (1879-1911)

Categorías	%
Abogados	7,44
Médicos	5,66
Vinos (Cosecheros de)	4,62
Veterinario	4,62
Carpinteros	3,88
Sastres	3,78
Tejidos	3,69
Comerciantes	3,20
Zapateros	3,17
Procuradores	3,01
Total	43,06

**Fuente:** Bailly-Bailliere (1879-1911): Anuario-almanaque del comercio, de la industria, de la magistratura y de la administración (1879-1880) Anuario del comercio, de la industria, de la magistratura y de la administración (1881-1911).

El negocio del vino en la localidad de Villanueva de la Serena, presenta una alta especialización, debido a que nos encontramos con cuatro partidas diferentes (cosecheros, exportadores, tiendas y ventas al por mayor). En el Gráfico 4 se presentan todas las partidas contando que el vino en la localidad durante el periodo analizado tiene un total 199 anuncios, donde la principal partida es la cosecha de vinos, dicha actividad aparece en todos los anuarios que hemos analizado para la localidad de Villanueva de la Serena, mientras que las otras tres partidas aparecen en los últimos años, es decir, a partir de 1900 se localiza una especialización de la localidad en toda la cadena de valor de este producto.

**GRÁFICO 4** Estructura del negocio del vino en la localidad de Villanueva de la (1879-1911)

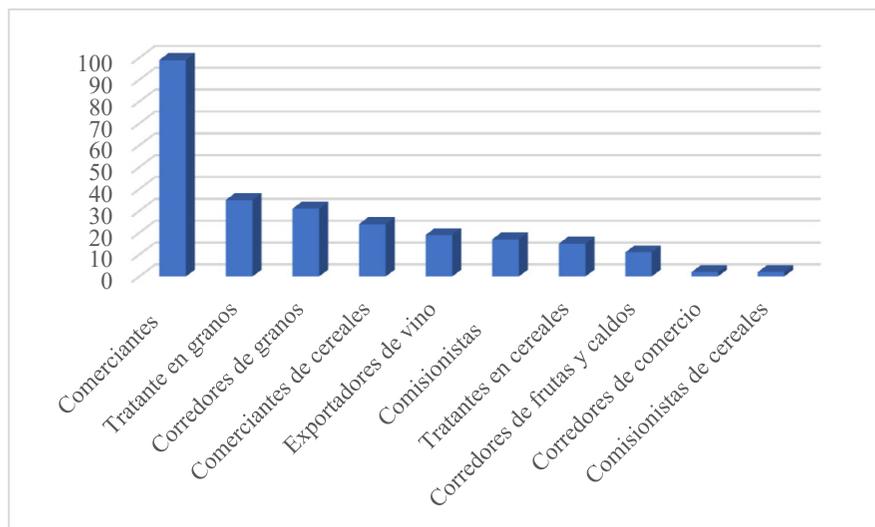


**Fuente:** Bailly-Bailliere (1879-1911): Anuario-almanaque del comercio, de la industria, de la magistratura y de la administración (1879-1880) Anuario del comercio, de la industria, de la magistratura y de la administración (1881-1911).

La otra gran partida que nos encontramos son los comerciantes, especialmente aquellos que se dedican a productos derivados de la agricultura como son los granos, cereales, vinos o frutas. Además, nos encontramos con distintas figuras como son comerciantes, exportadores, tratantes, comisionistas.

Este dato representando en el gráfico 5, nos lleva a la segunda conclusión que nos encontramos en este trabajo, y es que nos encontramos ante una localidad en la que tiene un elevado peso la producción de productos agrícolas, como son el vino, cereales, uvas y granos. Además de la especialización en la producción, nos encontramos que se produce también una especialización en la venta de estos productos, y también de la exportación, por lo que nos encontramos ante un proceso de capitalización de los comerciantes dedicados a esta actividad, tanto que podemos destacar la figura de los hermanos Pueyo, que localizamos en una primera instancia como dentro de estas actividades pero que con el paso del tiempo se convierten en banqueros y también son catalogados entre los principales contribuyentes de la localidad.

**GRÁFICO 5** Principales partidas de comerciantes de productos procedentes de la agricultura en Villanueva de la Serena (1879-1911)



**Fuente:** Bailly-Bailliere (1879-1911): Anuario-almanaque del comercio, de la industria, de la magistratura y de la administración (1879-1880) Anuario del comercio, de la industria, de la magistratura y de la administración (1881-1911).

Esto también lo encontramos en otras figuras de comerciantes y cosecheros de cereales y vinos, como son por ejemplo son las figuras de Antonio y Francisco Cortijo y José y Mariano Nogales, que aparecen anunciados como cosecheros de cereales y también son catalogados como principales contribuyentes de la localidad.

## 5. DISCUSIÓN

En este trabajo nos hemos propuesto como fin comprobar la validez de los catálogos comerciales debido a que estos tienen una forma de construcción que es muy similar, y por tanto comparables a otros anuarios que permitirían ampliar el análisis hasta el año 1933, concretamente haríamos referencia a medio siglo si incluimos a estos datos los presentados en el Financiero (1926) y Rivadeneyra (1929-1933).

Sí comparamos los casos de Villanueva de la Serena, Don Benito y Castuera nos encontramos con la existencia en la actualidad de una industria agroalimentaria en Castuera vinculada a los productos derivados de la

ganadería ovina y en el caso de Don Benito y Villanueva de la Serena a los productos derivados de la agricultura de regadío (Rangel, 2018b; Cortés, 2015; Rangel, Parejo y Cruz, 2019).

Una de las principales fuentes a la que recurren los historiadores económicos para el análisis a nivel local es el Catastro de Ensenada, en esta fuente ya se muestra una especialización en la agricultura y la ganadería en cada una de las localidades extremeñas desde actividades vinculadas al sector primario Fernández, Rangel, Parejo y Cruz (2020) ya encuentran en esta fuente una vinculación de localidades como Castuera en actividades de pastoreo mientras que en otras localidades como Don Benito lo vinculan más a actividades de la agricultura, esta fuente que puede ser tomada como fuente de partida no presenta todavía importancia a nivel comercial ni transformador, por lo que hay que tomar un periodo más cercano en el tiempo.

La fuente seleccionada es de utilidad para analizar la especialización productiva a nivel local, puesto que comparando localidades que tienen una cercanía espacial nos muestra especializaciones productivas diferentes. Castuera muestra una aglomeración de actividad y especialización en la actividad ganadera, así como en la actividad de comercialización de estos productos (Fernández, Rangel, Parejo y Alcázar, 2023), actividad que sigue predominando en la actualidad (Cortés, 2015), mientras que para el caso de Don Benito, se produce una mayor especialización en actividades industriales que tienen que ver con la actividad agrícola y ganadera, como son los carros y herrerías (Cruz, Parejo y Rangel, 2020) que hoy también las encontramos presentes en la localidad, concretamente hacia maquinaria agrícola (Rangel, Parejo y Cruz, 2019). Mientras que la localidad de Villanueva de la Serena, nos muestra una especialización en actividades agrícolas como el vino y productos de secano, así como en la comercialización y exportación de ellas, que en la actualidad también se encuentran presentes en la localidad, aunque la modernización agrícola que ha experimentado esta zona hace que a día de hoy los productos deriven del regadío (Cortés, 2015).

## 6. CONCLUSIONES

Se ha demostrado a lo largo del trabajo, así como en los trabajos que utilizan esta fuente (Anuario-Almanaque del Comercio, de la Industria, de la Magistratura y de la Administración y Anuario del Comercio, de la Industria, de la Magistratura y de la Administración) que son útiles para el análisis de la estructura empresarial a nivel local entre 1879 y 1911.

En todos los casos analizados y que son comparados en este trabajo se observan similitudes, en principio, se muestra una tendencia positiva en cuanto al número de anunciantes, es decir, se incrementa el número de empresarios que deciden publicitarse en estos anuarios o por el contrario aumenta la actividad económica en cada una de las localidades. Pero para cada localidad la especialización productiva (volumen de empresarios que se anuncian) marcan productos diferentes y las especializaciones productivas que se detectan continúan vigentes en la actualidad.

Esta fuente tiene una gran limitación, la fuente nos muestra el número de anunciantes, pero no estamos separando al analizar la economía local de empresas con empleados de aquellos anunciantes que no generan empleos a terceros, por lo que estamos infravalorando algunas de las empresas de la localidad.

En definitiva, nos encontramos ante una fuente que permite estudiar no solo la historia de la empresa como es utilizado en el trabajo de Alvarado y Parejo (2016), sino que también nos permite analizar la economía local en su conjunto y poner el foco en la especialización productiva y en los cambios que se producen a lo largo del periodo de tiempo analizado (1878-1911).

## 8. REFERENCIAS

- Alvarado, J., y Parejo, F. M. (2016). Indústria i comerç del suro: els Torrellas de Tossa (1879-1923). Centre d'Estudis Tossencs
- Bailly-Baillière, C. (1879-80). Anuario-almanaque del comercio, de la industria, de la magistratura y de la administración. Madrid: Bailly-Baillière. Ediciones 1879 y 1880.

- Bailly-Baillièrè, C. (1881-1911). Anuario del comercio, de la industria, de la magistratura y de la administración. Madrid: Bailly-Baillièrè. Ediciones 1881, 1882, 1883, 1884, 1885, 1886, 1887, 1888, 1894, 1896, 1897, 1898, 1899, 1900, 1901, 1902, 1903, 1904, 1905, 1906, 1908, 1909 y 1911.
- Belussi, F., & Sedita, S. R. (2009). Life Cycle vs. Multiple Path Dependency in Industrial Districts. *European Planning Studies*, 17 (4), 505-528.
- Branco, A., & Lopes, J. C. (2018). Cluster and business performance: historical evidence from the Portuguese cork industry. *Investigaciones de Historia Económica = Economic History Research*, 14 (1), 43-53.
- Capó, J. (2011). Análisis del ciclo de vida y las políticas de desarrollo de los clusters de empresas. *Revista EURE - Revista De Estudios Urbano Regionales*, 37 (110), 59-87.
- Cortés, M. G. A. (2015). Análisis económico de la localización industrial agroalimentaria extremeña. Una perspectiva comparada. Universidad Rey Juan Carlos.
- El Financiero (1926). Anuario industrial-mercantil y guía gráfica de la provincia de Badajoz. Madrid: El Financiero.
- Elola, A., Valdaliso, J. M., López, S. M., & Aranguren, M. J. (2012). Cluster Life Cycles, Path Dependency and Regional Economic Development: Insights from a Meta-Study on Basque Clusters. *European Planning Studies*, 20 (2), 257-279.
- Fernández, M. I., Rangel, J. F., Parejo, F. M., y Alcázar, A. C. (2023). Empresas y empresarios en Castuera (Badajoz), 1879-1911. En F. M. Parejo, J. F. Rangel y A. M. Linares (Coords). Madrid: Dykinson
- Fernández, M. I., Rangel, J. F., Parejo, F. M., y Cruz, E. (2020). Especialización y actividad en las comarcas extremeñas de la Serena y Segas Altas. Un análisis local a través del Catastro de Ensenada. *Revista de Historia de las Vegas Altas*, 14, 103-124
- González, E. (2018). "Mucho más que la Mesta". Rebaños, pastos y economía rural en Extremadura en el siglo XVIII. Madrid: Universidad Complutense de Madrid
- Llopis, E. (1996). La formación del "desierto manufacturero" extremeño: el declive de la pañería tradicional al final del Antiguo Régimen. En S. Zapata (Coord.) *Industria de una región no industrializada. Extremadura, 1750-1900* (pp. 115-162). Cáceres: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura.
- López, D. (1997). *La Real Dehesa de La Serena: su reparto y enajenación en el siglo XVIII*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.

- Menzel, M., & Fornahl, D. (2009). Cluster life cycles- dimensions and rationales of cluster evolution. *Industrial and Corporate change*, 19 (1), 205-238.
- Popp, A., & Wilson, J. (2007). Life Cycles, Contingency, and Agency: Growth, Development, and Change in English Industrial Districts and Clusters. *Environment and Planning A: Economy and Space*, 39 (12), 2975-2992.
- Rangel, J. F. (2018a). El ciclo de vida del distrito industrial de San Vicente de Alcántara (Badajoz). *El negocio del corcho. Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, 30, 37-72.
- Rangel, J. F. (2018b). Los sistemas productivos locales en Extremadura: Aportaciones a la política de desarrollo industrial y rural. Universidad de Extremadura.
- Rangel, J. F., Parejo, F. M., Cruz, E. (2019). Distrito rural y ciclo de vida. El caso de la comarca de Vegas Altas del Guadiana, Extremadura, España. *Espacios*, 40 (40), 13.
- Rangel, J. F., Parejo, F. M., Cruz, E., & Castellano, F. J. (2021). Rural Districts and Business Agglomerations in Low-Density Business Environments. The Case of Extremadura (Spain). *Land*, 10 (3), 280.
- Retamal, A. (2012). Aproximación a las condiciones de vida y el hábitat de Castuera, Cabeza del Buey y Campanario en 1812. En J. J. Perea, C. Rojas, D. Murillo, A. B. Pérez, M. C. Rodríguez, M. Soto, D. A. Martín y B. Díaz (Coord.) *V Encuentros de Estudios Comarcales Vegas Altas, La Serena y La Siberia: dedicados a los extremeños en las Cortes de Cádiz* (pp. 423-452). Badajoz: Federación de Asociaciones Culturales de La Siberia, La Serena y las Vegas Altas (SISEVA) y Diputación de Badajoz.
- Rivadeneira (1929-1933). *Anuario industrial y artístico de España*. Madrid: Rivadeneira. Ediciones: 1929, 1931 y 1933.
- Rodríguez, F. (2022). *El Plan Badajoz. Entre la modernización económica y la propaganda política*. Badajoz: Diputación de Badajoz.
- Seco, J. (2016). *La construcción de la identidad social en los poblados de colonización de la comarca del Valle del Alagón*. Cáceres: Universidad de Extremadura.
- Vázquez, A. (2007). Desarrollo endógeno. Teorías y políticas de desarrollo territorial. *Investigaciones Regionales*, 11, 183-210.
- Zapata, S. (1996). *Industria de una región no industrializada. Extremadura, 1750-1900*. Cáceres: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura.

LA TRANSMISIÓN DE LAS IDEAS ORDOLIBERALES  
EN LA ESPAÑA FRANQUISTA. LA INFLUENCIA  
DE LA ECONOMÍA SOCIAL DEL MERCADO  
DE MÜLLER-ARMACK

---

NIEVES SAN EMETERIO MARTÍN  
*Universidad Rey Juan Carlos*

GIUSEPPINA DI CAPUA  
*Universidad Rey Juan Carlos*

VICTORIA ROMERO OJEDA  
*Universidad Rey Juan Carlos*

## 1. INTRODUCCIÓN

La corriente ordoliberal alcanzó su punto álgido en Alemania en la década de los años treinta como fundamentación teórica de las políticas liberales implantadas por Ludwig Erhard como Ministro de la economía de la República Federal Alemana en el gobierno de Konrad Adenauer a partir de 1949 en el marco de la denominada Economía Social de Mercado (ESM).

Identificada como la corriente neoliberal específica alemana, la Economía Social de Mercado, surgida de los trabajos Ludwig Erhard y Alfred Müller-Armack, se ha reconocido su papel inspirador de las medidas de política económica desplegadas tras finalizar la Segunda Guerra Mundial más allá de sus fronteras.

En el caso de España, la recepción de las ideas de Eucken en la España franquista y la estancia en nuestro país de economistas vinculados a la escuela ordoliberal, como Heinrich von Stackelberg, no sólo jugaron un papel primordial en el diseño del Plan de Estabilización de 1959, sino que dieron forma tanto a la crítica al intervencionismo oficial del régimen como al estado del bienestar keynesiano desde una perspectiva

ordoliberal. De entre los trabajos que analizan la repercusión ordoliberal en nuestro país cabe señalar los de Riquelme Fernández (2012), Martín Rodríguez (2016) o Sánchez Lissen y Sanz Díaz (2015, 2020).

## 2. OBJETIVOS

En los últimos años, han aparecido diversos trabajos que indagan en la transmisión de las ideas ordoliberales en la España franquista y su influencia en la política económica.

Este trabajo sigue esta línea de investigación, estableciendo como objetivo ahondar en la influencia indirecta de los desarrollos teóricos de Müller-Armack y la Economía Social de Mercado a través de la estancia en España del profesor Stackelberg como transmisor de las ideas ordoliberales en nuestro país, así como de la traducción de textos de autores ordoliberales, entre ellos los de Eucken, al castellano.

Para ello, el trabajo se organiza como sigue. En primer lugar, se contextualizan las ideas de Müller-Armack y la Economía Social de Mercado en la corriente ordoliberal. A continuación, se realiza una síntesis de las principales características del edificio teórico de Müller-Armack y su concepción de la Economía Social de Mercado. En tercer lugar, ahondamos en el análisis de la difusión de estas ideas en la España franquista. Por último, los aspectos a destacar a modo de conclusión cierran el documento.

## 3. METODOLOGÍA

En el trabajo utilizaremos las fuentes secundarias más reconocidas que han estudiado el origen y desarrollo del ordoliberalismo y sus distintos círculos. Además, el estudio se sustenta en el análisis detallado de los trabajos previos de referencia que nos ponen sobre la pista de la influencia de la corriente ordoliberal en el diseño del proceso de “apertura a la modernidad” en España vía Plan de Estabilización de 1959. Hecho paradigmático dado lo opuesto de los enfoques, fundamentalmente en lo que respecta a las libertades individuales.

Con base en lo anterior, se recurre al análisis de fuentes primarias, particularmente, los escritos de Müller-Armack.

#### 4. LA FIGURA DE MÜLLER-ARMACK EN EL CONTEXTO ORDOLIBERAL

La similitud de las ideas ordoliberales con las de otras corrientes de pensamiento de tintes igualmente liberales, como las defendidas desde la perspectiva austriaca, de la mano de Mises y Hayek, la vertiente británica de Beveridge o las tesis de Friedman, Becker, Buchanan o Polanyi en Estados Unidos, hizo que los planteamientos de Friburgo fuesen pronto identificados como la corriente neoliberal específica alemana.

Sin embargo, no hay una única forma de ser neoliberal. Incluso dentro del neoliberalismo alemán, las diferencias no son desdeñables. Como señalan Feld, Köhler y Nientiedt (2021) cabe distinguir tres líneas de pensamiento ordoliberal claramente diferenciadas. Por una parte, la Escuela de Friburgo propiamente dicha, liderada por Eucken y Böhm. En segundo lugar, la Economía Social de Mercado representada por Ludwig Erhard y Alfred Müller-Armack. Y, por último, el liberalismo sociológico de Rüstow y Röpke. De esta forma, más allá del alma máter del ordoliberalismo, es decir, de la escuela de Friburgo en esencia, con preocupaciones más jurídicas y económicas, emergieron enfoques complementarios.

En clara oposición al nacionalsocialismo<sup>608</sup>, durante la Segunda Guerra Mundial desde los diferentes “Círculos de Friburgo” ya se trabajaba en el diseño y reorganización de la Alemania de posguerra y durante la década de 1950 su contribución a la construcción neoliberal de Europa

---

<sup>608</sup> Muchos de los integrantes de Friburgo eran claros opositores al régimen nazi, entre ellos el propio Eucken. Es célebre su desencuentro público con el rector de Friburgo, Martin Heidegger, en 1934, a cuenta de un discurso de un funcionario del partido nazi en el que calificaba a la ciencia económica como “judía” (Guillén Romo, 2019). Junto a lo anterior, su activa participación en varios círculos de la oposición académica al nacionalsocialismo, con miembros bastante próximos a los perpetradores del atentado fallido contra Hitler el 20 de julio de 1944, le llevó a ser interrogado en varias ocasiones por la Gestapo y sufrir pesquisas en su propio domicilio. Otros académicos no tuvieron la misma suerte, como es el caso de Rüstow y Röpke, obligados a refugiarse en Turquía en 1933.

bajo un enfoque alternativo al keynesianismo imperante resultó decisiva. Así, Eucken, Böhm y Miksch formaron parte del Consejo Académico Asesor del Ministerio Alemán de Asuntos Económicos. Miksch redactó la ley de 1948 para abolir los controles de precios y Böhm contribuyó a la redacción de una primera versión de la Ley de Competencia que entraría en vigor en 1958. Pero, sin duda, la contribución más importante de los académicos de Friburgo fue su influencia en la configuración del pensamiento económico y social de los dos políticos llamados a materializar la reconstrucción de Alemania a través de la conocida como Economía Social de Mercado: Ludwig Erhard y Alfred Müller-Armack (Feld et al, 2021).

El término Economía Social de Mercado fue acuñado por Müller-Armack en 1946 como título del segundo capítulo de su libro *Economía planificada y economía de mercado (Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft)*<sup>609</sup>. Como breve reseña bibliográfica, Müller-Armack nacido en Essen el 28 de junio de 1901, cursó estudios de economía en Gießen, Friburgo, Munich y Colonia. Su carrera académica se desarrolló fundamentalmente en Alemania tras obtener su Doctorado por la Universidad de Colonia en 1923 bajo la supervisión de Leopold von Wiese. Su tesis, titulada “El ciclo económico en la teoría socioeconómica”, ya dejaba entrever sus intereses (Goldschmidt, 2004).

Sin embargo, su vinculación con la corriente ordoliberal es más tardía. Como señala Guillén Romo (2019), Müller-Armack no se incorpora a los círculos ordoliberales hasta finalizada la guerra. De hecho, llegó a militar en el Partido Nazi durante sus primeros años y no participó en los círculos de reflexión de la resistencia ordoliberal. Fue a partir de 1943 cuando, comprometido con una reflexión sociológica y religiosa sobre los errores del nacionalsocialismo, propugna una economía liberal y social y en 1946 ingresa en la Unión Cristiana Democrática de Alemania.

En 1952, Ludwig Erhard, Ministro de la economía de la República Federal Alemana en el gobierno de Konrad Adenauer le confía el puesto

---

<sup>609</sup> Si bien esta versión es la más extendida, Goldschmidt (2004) señala que las raíces históricas de esta denominación no están claras y hay quien de hecho atribuye su acuñación al propio Erhard durante una conversación informal en 1945.

de jefe de la Unidad de Política Central en el Ministerio de Economía Federal y en 1958 es nombrado Secretario de Estado de Asuntos Europeos, puesto que mantuvo hasta 1963 cuando se alejó de cuestiones políticas para regresar al ámbito académico en la Universidad de Colonia, ciudad en la que fallece en 1978.

#### 4.1. LA INFLUENCIA DE WALTER EUCKEN

El ordoliberalismo, entendido como la esencia de la Escuela de Friburgo, constituye el pilar fundamental de los planteamientos de la ESM, más concretamente, los “principios reguladores” de la constitución económica que enumera Eucken, y así es, de hecho, expresamente reconocido tanto por Müller-Armack como por Erhard.

Recogí con gratitud los pensamientos de Walter Eucken y su círculo que apuntaba a una renovación de la competencia. El fuerte énfasis en la el orden competitivo como medio para diseñar la política económica. Efectivamente, siempre me sentí demasiado angosto. Por lo tanto, también pedí un sistema de medidas sociales y sociopolíticas, pero conforme al mercado (Müller-Armack, citado por Feld et al, 2021, p.6).

Si alguna vez hubo una teoría que fuera capaz de interpretar los signos de los tiempos y cuyas intuiciones dieron un nuevo impulso a una economía competitiva y social, fue teoría creada por los hombres conocidos hoy como neoliberales u ordoliberales. Ellos dieron un mayor peso a los aspectos sociales y políticos de la política económica y la liberó del enfoque computacional mecanicista (Erhard, 1961, citado en Goldschmidt, 2004, p. 12).

La escuela de Friburgo precede, pues, a la construcción de la ESM, instituyéndose como piedra de toque de su fundamentación teórica basada en el concepto de orden económico, si bien esta última incorpora una variable más a la ecuación: la cuestión social.

Heredera de los planteamientos del cristianismo social, la cuestión social es considerada de forma implícita por Eucken como resultado del correcto funcionamiento del orden de la competencia, aunque el propio Eucken incluye aspectos propios de política social entre sus “principios reguladores”, como la redistribución de ingresos o el establecimiento de garantías salariales.

En contraposición, la ESM erige la cuestión social como elemento central ante el “conflicto” permanente que puede suceder entre la eficiencia económica y los objetivos de política social (Feld et al, 2021). Para Müller-Armack, el ordoliberalismo se centra en exceso en la competencia como medio para articular la política socioeconómica, mientras que él desea agregarle un amplio sistema de medidas de protección social, bienestar y redistribución de ingresos compatibles con el mercado. Y, en esta línea, señalaba como principio básico de la ESM el “principio de la libertad en los mercados combinado con una compensación social” (Schmidt, 1980).

## 5. LA ECONOMÍA SOCIAL DEL MERCADO DE MÜLLER-ARMACK

Si es cierto que no hay una única manera de ser neoliberal, también es cierto que no hay una única manera de ser ordoliberal. Si analizamos los términos de la propuesta de “ordenación de la función social de la economía” de Müller-Armack, resulta evidente que su idea de ESM, aunque parte de las tesis de Walter Eucken, las supera en una perspectiva que considera la política social no un resultado o efecto deseado de la ordenación económica, sino el mismo principio constitutivo de aquella. El ordoliberalismo de Eucken concibió una ordenación económica que se limitara a garantizar un capitalismo equilibrado y regulado, mientras que en la óptica de Müller-Armack queda definitivamente “ratificada” la función social de la economía. No una dirección de la economía hacia objetivos de política social, sino una “dirección social” de la economía.

Así, frente a la técnica absolutista de colectivistas a ultranza y liberales individualistas, quiso demostrar la viabilidad de una posición ética de la economía capaz de mantener el equilibrio entre la solidaridad social y la capacidad emprendedora del ser humano. La política social se demostraba, entonces, como un instrumento esencial y permanente de todo ordenamiento económico capitalista; este tendía como fin básico a posibilitar y aumentar el bienestar material del conjunto de la comunidad a

partir de la libertad y seguridad para emprender y competir. (Riquelme Fernández, 2012, p. 90)<sup>610</sup>

La preocupación por la paz y la justicia social llegó a ser una verdadera obsesión en la obra de Müller-Armack y todos sus esfuerzos se concentraron en concebir una “segunda fase de la economía social de mercado” (Müller-Armack, 1962), que encontraría su cumplimiento en la elaboración de una nueva política social. De alguna forma, la política social se puede considerar, por un lado, el filtro por el que pasaron todas sus reflexiones y, por otro, la lupa con la que enfocó su análisis de los eventos pasados y de su presente. En la construcción de su *tercera vía*, es decir, la síntesis entre las fuerzas de una economía de mercado y una ordenación social, nos encontramos con dos términos que delimitan histórica y teóricamente las argumentaciones de Müller-Armack sobre la política social. Por un lado, la capacidad de la economía de libre mercado de conseguir una mejora social y, por otro, las críticas a la dirección centralizada.

### 5.1. LA CAPACIDAD DE MEJORA SOCIAL DE LA ECONOMIA DE LIBRE MERCADO

Según Müller-Armack, las críticas a la economía de libre mercado se fundamentaban en una equívoca adscripción histórica. Se la consideraba erróneamente responsable de unos males sociales heredados por un capitalismo “primitivo”. Como lo define el mismo pensador alemán, era fruto de una engañosa reconstrucción histórica:

Se ha hecho responsable a la ordenación económica del siglo pasado de la situación social del primitivo capitalismo. Esto es tan imposible como el intento de imputar los daños sociales del presente a una ordenación de economía de mercado, cuyo funcionamiento había sido suspendido, desde hace decenios, por una dirección creciente. La situación social del capitalismo primitivo tiene que ser enjuiciada comparándola con la

---

<sup>610</sup> El análisis que Riquelme Fernández realiza de la obra de Müller-Armack matiza el significado de un elemento teórico clave para la comprensión de la propuesta del pensador alemán, la “acción estatal sostenida y justificada políticamente”, reconociendo a la política la función fundamental de adaptar los procesos económicos a necesidades de paz y seguridad social. Además, un sistema político considerado abierto y dinámico por la exigencia de renovar continuamente su función social en virtud de las circunstancias vigentes.

situación social de la época inmediatamente precedente. (Müller-Armack, 1963b, p.116)

En virtud de esa mirada objetiva, a ese mismo capitalismo se le podía reconocer el gran mérito de haber puesto en marcha un proceso de crecimiento y acumulación que sin duda había aliviado la pobreza y la crisis de la segunda posguerra en Alemania, que podían haber sido mucho más duros e insostenibles. Finalmente, lo que el sistema capitalista y la economía de mercado habían logrado fue afianzar definitivamente una amplia plataforma de libertades que, unidas a la excedencia productiva de la época anterior, podían ser, en la actualidad, la base para relanzar o reconstruir una sólida y práctica política social:

Si pensamos en una «economía social de mercado», es decir en una economía que discurra según las reglas de la economía de mercado, pero provista de complementos y seguridades sociales, lo hacemos con la convicción de que ningún otro orden social puede aunar el mismo grado de productividad material y progreso técnico con la posibilidad de libertad personal y medidas sociales [...] Se trata de dar actualmente a la economía de mercado una nueva configuración, en la que no se falsifique su principio, pero en la que se le señale, en atención a la actual preocupación social, un nuevo camino. (*Ibidem*, p. 118-119)

El énfasis en el criterio económico de Müller-Armack revela el profundo realismo que, para él, tenía que dar fundamento a una efectiva política social. De hecho, sus principales críticas dirigidas a los programas de política social del pasado se centraban en el carácter demasiado idealista y en la consideración de elementos únicamente de naturaleza moral. Para Müller-Armack la política social debe garantizar también el bienestar material porque la mejora de las condiciones de vida no puede prescindir de una mayor disponibilidad de recursos económicos. En este sentido, una vez más es la economía de mercado el sistema que más agiliza la consecución de objetivos de política social y que puede ayudar a restablecer la cohesión social. De la economía de mercado se tenía que salvar todo lo que no había ido más allá de lo que se consideraba humanamente aceptable, y de ahí se tenía que volver a empezar.

## 5.2. CRÍTICA A LA DIRECCIÓN CENTRALIZADA

El otro término a tener en cuenta en el análisis de Müller-Armack de la ordenación social es su idea de dirección centralizada. En la época en

que el autor esbozó ese tema, como él mismo afirma, un estricto dirigismo estatal seguía siendo percibido como la forma de gobernanza más compatible con la garantía de una ordenación social, pero ya no inmune a críticas y juicios históricos. La experiencia directa del nazismo había abierto los ojos sobre las amenazas de cualquier forma de autoritarismo, así como esclareció y enriqueció las argumentaciones de los ordoliberales en su propósito de renovar el liberalismo. Müller-Armack, junto a Rustow y Röpke, abordó especialmente el tema social y la vertiente sociológica de un posible nuevo liberalismo.<sup>611</sup>

Para Müller-Armack la implementación de una política social que actuara como principio “regulador” de la ordenación económica, requería del rechazo de cualquier forma de colectivismo que la historia reciente del fenómeno nazi había demostrado ser un peligroso instrumento de “estatificación” de la sociedad que acababa anulando el sentido individual de la acción económica, así como de la necesidad social. En una sociedad homologada bajo la perspectiva de la dirección centralizada, se perdía el sentido de la realidad porque se caía en la abstracción de una ciega idealización y generalización de un modelo de vida impersonal, concebido para las masas<sup>612</sup>:

En la necesidad de pasar de intervención a intervención surge aquella colectivización total de la vida, que al fin no es ya sentida como un proceso histórico dirigidos por los hombres, sino como un proceso que los rebasa, como un sacrificio que tiene que hacer nuestra época, por el hecho de ser una época de movimientos sociales de masas. (Müller-Armack, 1963b, p.91)

En este punto se sitúa la crítica de Müller-Armack del idealismo, igualmente “centralizado”, que marcaba la política social en un régimen de dirección centralizada; crítica que no fue en ningún momento negación de ideales, sino más bien un querer desglosar la naturaleza compleja de la ideología social:

---

<sup>611</sup> Sobre la aproximación de los tres autores a la cuestión de la renovación del liberalismo en la óptica de la cohesión social, véase Haidar, V., (2018).

<sup>612</sup> En relación a ese tema, véase Haidar, V. (2016).

Es el error de todo primitivismo social creer que lo social sea un fin tan inequívoco. Nada es tan complejo, precisamente, como este valor. [...] La política social comprende exigencias éticas, sociológicas y económicas, entre las cuales existen muchos contrastes. Pero incluso dentro de los diversos sectores hay valores diferentes, que rivalizan entre sí, y que pueden ser considerados todos ellos, igualmente, como valores específicamente sociales. (*Ibidem*, p.108)

En las argumentaciones desarrolladas por el autor analiza los objetivos de planificación central, donde es más importante la consecución de una meta social superior y única para todos, que sea símbolo y muestra de éxito, que la identificación de distintas necesidades sociales según el grado de satisfacción personal que busca cada miembro de la sociedad.<sup>613</sup>

El término “satisfacción personal” ratifica la presencia de una dimensión ética, junto a elementos y cálculos económicos, en la idea de política social de Müller-Armack, que se vincula directamente a la libertad de elección individual a la hora de decidir qué objetivo perseguir:

Ninguna ordenación económica es ya, como tal, ética, como había afirmado de sí mismo el colectivismo, con un desconocimiento cruel de la vida. Creemos únicamente que la economía de mercado opone menos obstáculos a una moralización de la vida económica, que siempre habrá de ser un acto de las personas que participen en ella, y ofrece un marco mayor para conseguir una mejora de la situación social. (*Ibidem*, p. 115)

La moralización de la vida económica es una tarea del individuo, no puede ser un proceso institucionalizado, y será tanto más complicada

---

<sup>613</sup> Una clara reivindicación, por parte del autor, del reconocimiento de un individualismo de los objetivos de la política social que tendrían que tener sus referentes en la misma libertad de elección de los individuos a la hora de decidir hacia qué fines dirigir la búsqueda de la satisfacción personal. Una libre ordenación, como la de la economía de mercado, sería el marco más adecuado para sostener la persecución, aunque limitada, de más valores sociales a la vez. Sobre este punto, véase Haidar, (2018, p. 284). Siempre Haidar destaca como “Rüstow, Röpke y Müller-Armack insistieron en torno al problema, más general, de la «satisfacción humana» o, en otros términos, de la «felicidad». Reflejando esa diversa acentuación, Rüstow acuñó el término «política vital» (*vitalpolitik*) en contraste con «política social» (*sozialpolitik*) con la finalidad de designar un enfoque que tenía en cuenta la entera situación vital del hombre en todos sus componentes esenciales. Esta focalización sobre la cuestión de la «felicidad» significó un desplazamiento de la atención desde los aspectos exteriores y por lo tanto «medibles» de la existencia, hacia las dimensiones subjetivas e internas; un pasaje desde lo «cuantitativo» hacia lo «cualitativo». La *vitalpolitik* se pensaba, en sí misma, como una política de mejoramiento de la calidad de vida”, (*Ibidem*, p. 287)

cuanto más libre sea la sociedad. La misma política social, aunque con menos impedimentos que en otras formas de ordenación económica, en el ámbito de una economía de libre mercado, con “mecanismos que funcionan anónimamente” (Müller-Armack, 1962, p.197) tiene que producir respuestas claras y contundentes, para que los individuos no se pierdan frente a cambios tan incipientes que, al contrario, no se dan en una sociedad dirigida.

En la situación devenida inestable de una sociedad sin clases se necesita el montaje de estabilizadores sociales, es decir, de instituciones capaces de dar a los hombres de nuestro tiempo, empujados a la atomización, la conciencia y la seguridad objetiva de una concepción integral. Para el individuo, un orden libre es más difícil de comprender que un orden dirigido... (Müller-Armack, 1962, p. 198)

La economía de libre mercado, afirma Müller-Armack, necesita una política social práctica y resolutive que debe mantenerse anclada a la realidad y no degenerar en una ideología impersonal y estéril. En fin, una “política social libre” (*ibidem*, p.201) que tenga en la política económica de referencia, lo real, un fundamento y no un límite a su acción.

## 6. LA TRANSMISIÓN DE LAS IDEAS DE MÜLLER-ARMACK EN LOS ECONOMISTAS ESPAÑOLES.

Las ideas ordoliberales tuvieron una temprana recepción en España. La primera edición alemana de *Cuestiones Fundamentales de la Economía Política* se publicó en 1939 y ya en 1947 se contaba en España con una primera edición de dicha obra de manos de la colección “Biblioteca de la Ciencia Económica” de la *Revista de Occidente* (San Emeterio, Romero Ojeda, Di Capua, 2021, p. 2026). Hubo al menos tres vías distintas por las cuales se transmitieron estas ideas. En primer lugar, a través de Stackelberg durante su estancia en el Instituto de Estudios Políticos. Allí divulgó el credo ordoliberal a un nutrido grupo de economistas que llevaron a cabo esa primera traducción de la obra de Eucken en 1947. Más tarde, estos economistas, crearon la Biblioteca de la Ciencia Económica en la *Revista de Occidente* que, por supuesto, publicó los principales trabajos de Eucken y de otros autores de su escuela ordo. En segundo lugar, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas también se

interesó por los ordoliberales alemanes. Lo hizo en dos de sus principales revistas: *Anales de Economía y Arbor*. Por último, la Escuela de Friburgo fue objeto de atención del Banco Urquijo, refugio entonces de liberales, a través de su revista *Moneda y Crédito* y de su Sociedad de Estudios y Publicaciones. (Martín Rodríguez, 2016, pp. 51-52)

Con respecto a la ESM de Müller-Armack, la importancia que se concedió a su obra queda patente en las traducciones tempranas que se hicieron en España. En 1961, la revista *Moneda y Crédito* publicó “Estudios sobre la Economía Social de Mercado”<sup>614</sup>. Dos años después, se tradujo *Economía dirigida y economía de mercado*, publicado por Sociedad de Estudios y Publicaciones. Ese mismo año, se traducía al castellano *La Economía de mercado* (Eucken *et al.* 1963b), un compendio de artículos de los autores ordoliberales al que se sumaba el mismo Hayek. En este compendio se editaba el artículo de Müller-Armack, “Las ordenaciones económicas desde el punto de vista social”. En este caso, Lucas Beltrán fue el embajador de las ideas ordoliberales, suyo es el prólogo que antecede a los artículos de los autores alemanes.

La transmisión de las ideas de Müller-Armack a los economistas españoles no se reduce a las traducciones que se hicieron en el comienzo de los años 60. El mismo Ullastres, al llegar al Ministerio en el 57, se acercó a la versión más intervencionista y social del ordoliberalismo. Visitaba con frecuencia a Erhard y Müller-Armack en Alemania y los recibía en España (Martín Rodríguez, 2016, p. 47). También Joan Sardá estuvo en contacto con las ideas de estos economistas alemanes. Sardá amplió sus estudios en Múnich donde estuvo en contacto con las ideas ordoliberales<sup>615</sup>. Ambos economistas y políticos españoles iban a trasladar las enseñanzas de la ESM en su propuesta de política económica en España y, más en concreto, en el Plan de Estabilización (Sánchez Lissen y Sanz Díaz, 2015: 12-13, Beltrán, 1963b, p. 18).

---

<sup>614</sup> Sobre la publicación artículos ordoliberales en la *Revista Moneda y Crédito* ver Sánchez Lissen y Sanz Díaz (2020)

<sup>615</sup> Además Sardá realizó un viaje a Kiel con el Instituto de Economía Mundial en 1948 y 1949. La estancia de Sardá en la Universidad de Kiel, de la que Eucken era profesor, podía haber dado lugar a ese encuentro (Sánchez Lissen y Sanz Díaz, 2015: 12)

¿Cuáles fueron los motivos por los que arraigaron las ideas de la ESM en estos tres autores: Ullastres, Sardá y Beltrán? Existen al menos dos motivos concretos. El primero tiene que ver con su interpretación social. La política económica que defendía Müller-Armack adjudicaba al Estado muchas más áreas de intervención que las admitidas por Eucken. Admitía las políticas anticíclicas activas y daba cabida a las políticas de salud, vivienda y protección a los trabajadores y familias (Martín Rodríguez, 2016, p. 13). Esta interpretación encajaba perfectamente en el ideal de Estado fuerte de la dictadura franquista sin que supusiera una ruptura con el régimen de propiedad privada. Como el mismo Müller-Armack señalaba “es utópico creer en el control central y al mismo tiempo cumplir con los deseos de los consumidores. La política económica, por tanto, debe desarrollarse sobre la base del orden de la economía de mercado” (Goldsmith, 2004:17).

El segundo motivo quizá tenga un mayor peso: la interpretación cristiana de la política económica. Los tres políticos españoles comparten con Müller-Armack una visión profundamente cristiana de la economía. Ullastres fue un autor profundamente católico, perteneciente al Opus Dei desde 1940. Formó parte de la cohorte de tecnócratas que intentaron reformar el Estado autocrático de la España de la postguerra. La mayoría de estos tecnócratas pertenecían al Opus Dei y eran catedráticos de Universidad, empresarios, ingenieros, intelectuales o economistas. Como señala González Cuevas, “su llegada comportó un cambio de estilo y de retórica, imponiendo términos tales como «eficacia», «racionalización», «competencia», «apertura», «costos de productividad» o «integración económica en Europa»” (González Cuevas: 2007:35). No es extraño, por tanto, que estos tecnócratas vieran en las ideas de Müller-Armack el camino a través del cual llevar a cabo sus reformas. Se buscaba conjugar un componente ético y religioso con la eficacia generada por el mercado en competencias. A quién mejor seguir sino a Müller-Armack que mantenía, “No se ha comprendido hasta efectuadas nuevas investigaciones que la organización económica de mercado solo puede imponer su supremacía cuando le viene dado un orden exterior fijo por fuerzas espirituales y políticas (1).” (Müller-Armack citando a Böhm, 1963, p. 64).

El peso de las ideas cristianas de la ESM fue reconocido y compartido por Lucas Beltrán, el gran promotor de Müller-Armack en nuestro país. En una de sus obras dedicada a la relación entre economía y cristianismo sostiene que aunque “dentro de la gran familia cristiana haya variedad de opiniones, que en algunos casos lleguen hasta el marxismo, la mayor parte de sus pensadores se inclinan hacia concepciones próximas a la economía social de mercado” (Beltrán, 1986: 29).

En resumen, los economistas españoles habían encontrado un modelo a imitar: cristianismo y economía de mercado “ordenada”. Con esta mezcla Müller-Armack había sido copartícipe del “milagro alemán”. Sólo habría que repetir esa misma mezcla para que los economistas cristianos españoles obtuvieran su propio “milagro”.

## 7. CONCLUSIONES

A lo largo de las páginas precedentes hemos intentado analizar la esencia de la ESM, una rama procedente de la Escuela de Friburgo con amplios lazos con el pensamiento ordoliberal de Walter Eucken. Más en concreto, hemos estudiado a Müller-Armack, máximo representante de la ESM junto con Erhard. Por último, hemos dado respuesta al motivo que hay detrás de que este autor tuviera una gran influencia en la España franquista de los años 50 y 60 del siglo XX.

Las principales conclusiones de este trabajo son las siguientes:

1. El rasgo distintivo de la ESM frente a la Escuela de Friburgo es el lugar central que ocupa la cuestión social. Mientras que para Eucken las consideraciones sociales bien podían considerarse consecuencias derivadas de su orden de la competencia, para Müller-Armack la cuestión social es un objetivo prioritario en la política económica y perfectamente compatible con la economía de libre mercado.
2. Müller-Armack mantiene otras posturas claras en su obra: reconoce la capacidad de mejora social del sistema de libre mercado, critica al sistema de dirección centralizada en la

consecución de los fines sociales y apuesta por una necesaria moralización de la vida económica.

3. En cuanto a los motivos del arraigo de sus ideas en España, hemos reconocido dos: en primer lugar, creemos que la imagen del Estado que describe Müller-Armack encajaba perfectamente con el ideal de Estado fuerte de la dictadura franquista. En segundo lugar, los tecnócratas vinculados al Opus Dei que accedieron a los órganos de poder de la dictadura en los años 50 recibieron con las manos abiertas a un autor de profundas ideas cristianas que mantenía que “Sólo una economía de mercado formada y guiada por valores trascendentes puede satisfacer las exigencias de nuestro tiempo” (Müller-Armack, 1963, p.175).

## 8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Beltrán Flores, L. (1962), Prólogo. Eucken, W., Müller-Armack, A., Von Stackelberg, H., Ropke, W., Machlup, F., Lutz, F.A., (1962). La Economía de Mercado, Sociedad de Estudios y Publicaciones. 13-23
- Beltrán Flores, L. (1986), Religión y Economía. Revista del Instituto de Estudios Económicos 1/1986, págs.15-35
- Erhard, L. (1961). Gedanken aus fünf Jahrzehnten, Düsseldorf, Wien, New York 1988.
- Eucken, W., Müller\_Armack, A., Von Stackelberg, H., Ropke, W., Machlup, F., Lutz, F.A., (1962). La Economía de Mercado, Sociedad de Estudios y Publicaciones.
- Feld, L. P.; Köhler, E. A.; Nientiedt, D. (2021). Ordoliberalism and the social market economy, Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik, No. 21/05, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Institut für Allgemeine Wirtschaftsforschung, Abteilung für Wirtschaftspolitik und Ordnungsökonomik, Freiburg i. Br.
- Goldschmidt, N. (2004). Alfred Müller-Armack and Ludwig Erhard: Social Market Liberalism, Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik, No. 04/12, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Institut für Allgemeine Wirtschaftsforschung, Abteilung für Wirtschaftspolitik, Freiburg i. Br.
- González Cuevas, (2007). La Derecha Tecnócrata. Historia y Política, núm. 18, Madrid, julio-diciembre (2007), pp. 23-48

- Guillén Romo, H. (2019). La deshomogenización del discurso neoliberal: del ordoliberalismo alemán al ultraliberalismo austro-estadounidense. *Economía UNAM*, 16(47), 140-186.
- Haidar, V., (2018). La problematización ordoliberal de lo «social», *Tabula Rasa*, Num. 28, Enero-Junio, pp. 275-296, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Colombia.
- Haidar, V. (2016). Sociedad de masas: lecturas procedentes del ordoliberalismo y de la Escuela de Frankfurt, *Sociológica*, 88, 29-64.
- Martín Rodríguez, M., (2016). La Escuela de Friburgo y los economistas españoles (1939-1964). DT 02/2016. IAES. Universidad de Alcalá.
- Müller-Armack, A., 1961. Estudios sobre la Economía Social de Mercado. *Moneda y Crédito*, 79, 3-35.
- Müller-Armack, A., (1962). Estudios sobre la economía social de mercado. *Revista de Economía y Estadística*, Tercera Época, Vol. 6, No. 4: 4º Trimestre, pp. 173-221.
- Müller-Armack, A., (1963). *Economía dirigida y economía de mercado*. Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones.
- Müller-Armack, A. (1963b). Las ordenaciones económicas desde el punto de vista social. En W. Eucken, H. von Stackelberg, W. Röpke, F. Machlup & F. Lutz (eds.), *La economía de mercado*. (pp. 82-126). Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones.
- Riquelme Fernández, S., (2012). La economía social de mercado, un referente para el debate contemporáneo entre desarrollo económico y justicia social, *Administración & Desarrollo*, Vol. 40, Num. 56, jul./dic.
- Sánchez Lissen, R., M.T. Sanz Díaz, R. M. (2015) El Plan de Estabilización español de 1959: Juan Sardá Dexeus y la economía social de mercado/ *Investigaciones de Historia Económica - Economic History Research* 11 (2015) 10–19
- Sánchez Lissen, R., M.T. Sanz Díaz, R. M. (2020), The journal *Moneda y Crédito* as a vehicle spreading the social market economy in Spain (1943-1966), *Investigaciones de Historia Económica - Economic History Research* 16 (2020) 125-135
- San Emeterio, N., Romero Ojeda, V., Di Capua, G. (2021), *Ordoliberalismo: de la economía de posguerra a la política actual*. La influencia de Walter Eucken, en *Economía, Empresa y Justicia*. Nuevos retos para el futuro. Dykinson.
- Schmidt, H. (1980). Política social en un orden de Economía Social de Mercado”. En García Echevarría (dir.), *Economía Social de Mercado*. Simposio Internacional de Economía Social de Mercado (pp. 71-92).

## DONDE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS NO LLEGABAN: TRASCENDENCIA DEL CRÉDITO INFORMAL EN EL ÁMBITO RURAL DE LA EXTREMADURA DEL SIGLO XIX

---

ANTONIO HIDALGO MATEOS  
*Universidad de Extremadura*

### 1. INTRODUCCIÓN

A finales del siglo XVIII se publicaba en Madrid el *Almanak Mercantil* o *Guía de los comerciantes* en el que se puntualiza que se puntualiza que cambiar equivale a "dar y tomar dinero a cambio: y algunas veces se usa por negociar y tratar con él llevando intereses."<sup>616</sup> Pese a que la utilización del término comerciante-banquero está vinculada a los orígenes mercantiles de buena parte de los banqueros privados,<sup>617</sup> tal y como vemos, existía un alto grado de indefinición<sup>618</sup> en la identificación del

---

<sup>616</sup> Editado por Diego María Gallard, en el que nos encontramos con los nombres y direcciones de los banqueros madrileños, que están agrupados bajo el nombre de *Cambiantes* y de *Corredores de letras*. En el *Diccionario de Autoridades* de 1726, aparece definido el "cambiador" como "el que trueca y permuta alguna cosa con otro (...) en significación más ceñida, la persona pública que, con autoridad del Príncipe o de la República, pone el dinero de un lugar a otro con intereses..."

Tal y como cita Jaime Boy y su *Diccionario teórico, práctico, histórico y geográfico de Comercio*, hacia 1839, la voz cambista es "voz antigua, que corresponde a la de la gente, o corredor de cambios cuyo oficio es frecuentar la Plaza, Bolsa, o Lonja de Comerciantes para informarse del curso del cambio en las diferentes plazas extranjeras, a fin de poder con su intervención hacer remesas, libranzas o negociaciones de letras o billetes de cambio", contra poniéndolo al "comercio o giro de dinero, que se hace de una plaza a otras, por medio de las letras de cambio, dando el metálico en una ciudad, y recibiendo una letra para cobrarlo en otra el valor correspondiente", por lo tanto, cambio equivale también a la reducción de moneda de un país a la de otro en función de un precio convenido de ante mano. (Tedde de Lorca, 1983, pág. 302)

<sup>617</sup> (Lindoso-Tato, 2022)

<sup>618</sup> Indefinición que no fue exclusivo a la península y que se repitió en otras zonas de Europa. Tomando como ejemplo el caso británico, por la precocidad de la génesis de su sistema financiero moderno, el trabajo de Roberts, al analizar el uso de la terminología asociada a los

cambio con el crédito, donde "los comerciantes que se dedican únicamente a las operaciones de cambio se llaman banqueros". Los "cambiantes" que aparecen en las sucesivas ediciones del almanak no eran exclusivamente banqueros, actuando también como prestamistas, descontando, avalando y girando efectos a corto plazo, a la vez que comerciaban con monedas de diferentes países, aparte de vender diversos géneros, sintetizando de manera clara la dedicación al crédito y al comercio dentro de la realidad comercial en que el importante mercado de bienes de consumo del Madrid decimonónico se había convertido.<sup>619</sup>

El sistema bancario español estaba claramente polarizado en el siglo XIX, entre las instituciones bajo firma individual, sociedades colectivas o comanditarias –banqueros, comerciantes-banqueros y casas de banca–, por un lado, y las constituidas con forma de sociedad anónima<sup>620</sup> –bancos y sociedades de crédito–, por otro, en una evidente e inevitable convivencia de modelos antiguos y modernos<sup>621</sup> que, seguro, se complementaron para evitar el colapso de la actividad económica que hubiera representado el, a priori, fracaso de la modernización del sistema bancario decimonónico.

Secundamos, por tanto, la idea<sup>622</sup> de que dicha carencia de bancos incentivó el desarrollo de un sistema alternativo capaz de, en directa relación con la importancia del desarrollo económico de las diversas regiones españolas, atender las necesidades de intermediación financiera deficientemente cubiertas. Inversamente al grado de fracaso de la banca moderna potenció y consolidó el crecimiento y difusión de la denominada como banca tradicional, entre la que estarían los comerciantes-banqueros.

---

Merchant Banks británicos desde el siglo XIX, Viena a identificarlos con la élite de los banqueros privados ingleses. (Roberts, 1993)

<sup>619</sup> (Tedde de Lorca, 1983, pág. 302)

<sup>620</sup> Para profundizar en el estudio de la constitución de los bancos y sociedades de crédito en su conjunto como sociedades anónimas en el sistema bancario español del siglo XIX ver los trabajos de (Tedde de Lorca, 1974) y (Tortella, 1975)

<sup>621</sup> Las discrepancias y puntualizaciones el respecto y su relación con la estructura organizativa y funcional en (García López, 1989, págs. 378-379)

<sup>622</sup> (García López, 1989, págs. 378-379)

A priori, interpretamos que, además del comercial, debió de existir un mercado financiero en la Extremadura decimonónica vinculado con una estructura crediticia más compleja de lo que hasta el momento sabemos y que debió de tener algún tipo de vinculación tanto con la diversificada actividad comercial, como con los problemas inherentes a la crisis de la ganadería trashumante afincada en Extremadura. En dicho contexto, resulta imposible inhibirse del lógico oportunismo de los comerciantes-banqueros regionales para aprovecharse de los problemas de la cabaña lanar y de la inevitable dependencia del crédito de los ganaderos trashumantes. Además, pretendemos demostrar que dicha actividad crediticia sobre pasó al ámbito regional, extendiéndose nacional e internacionalmente gracias a las complejas redes de contactos establecidas por los comerciantes-banqueros cacereños con los cambiantes y corredores de letras de Madrid, Barcelona, Sevilla, Londres o París. Directamente relacionado con ello, hemos de reclamar el papel de los comerciantes-banqueros, entre ellos también los cacereños, como actores necesarios en el proceso de internacionalización de la economía española dada su vinculación con el movimiento de capitales a través de las fronteras.

## 2. ARTICULACIÓN TIPOLÓGICA

No cabe ninguna duda de que, ante la ausencia de unas bases de datos y estadísticas oficiales fiables,<sup>623</sup> todo estudio que tenga por objetivo profundizar en los pormenores de la actividad de los comerciantes-banqueros ha de partir de la documentación depositada en los archivos de protocolos notariales.<sup>624</sup> Conscientes de que buena parte de los préstamos se efectuaba en un ámbito privado —economía obligaba y reducir la cuantía de los gastos protocolarios era una buena razón— hemos de

---

<sup>623</sup> El trabajo más reciente en (Lindoso-Tato, 2022)

<sup>624</sup> Uno de los primeros estudios sobre el tema en (Montero Carnerero, 1983)

Los inventarios de bienes relictos, como es el caso del "*Ymbentario general de los bienes que pertenecen a D. Miguel Calaff y Ferrer y su hija D<sup>a</sup>. Mariana Calaff y Segura*" son unos instrumentos muy eficaces para acceder a la información de las operaciones de crédito no recogidas en escritura pública, reseñadas las operaciones hipotecarias bajo el apunte de créditos privados.

confiar en que el principio de minimización de la incertidumbre estuviese por encima de la reducción de los costes de transacción de la misma.<sup>625</sup>

A juzgar por la inconsistencia entre los datos volcados por las anotaciones notariales y la realidad de la actividad económica subyacente real, interpretamos que el número de prestamistas que inscribían oficialmente las operaciones en los registros era bastante bajo. Ello se confirma en la matrícula industrial de Cáceres de 1902, donde solo aparecen registrados datos de cuatro localidades: en Cáceres dos banqueros y una prestamista de alhajas; en Plasencia un banquero; en Trujillo tres prestamistas; y en Brozas un banquero.<sup>626</sup> Buena parte de ellos eran hombres de negocios vinculados con la actividad mercantil (la cacereña *Banca Sánchez*), mientras otros eran grandes propietarios que compatibilizaban la gestión de los patrimonios agrarios con el negocio crediticio (hermanos Artaloytia de Trujillo).<sup>627</sup> El uso de otras fuentes alternativas<sup>628</sup> confirma la relación existente a finales del siglo XIX, fácilmente extrapolable en el tiempo hasta principios de siglo, entre la actividad crediticia y los grandes terratenientes cacereños.<sup>629</sup>

En dicha actividad, generalmente se utilizaban las escrituras hipotecarias, en las que el prestamista garantizaba la seguridad de su inversión. El riesgo de la operación crediticia dependía no solo de la solvencia del cliente sino también de su monto, así como del caudal de bienes del

---

<sup>625</sup> Los créditos con garantía hipotecaria, que debieron de concederse en mucho mayor número de lo que nos indican las escrituras de préstamo indican que mayoritariamente eran créditos sin interés, aunque a buen seguro que buena parte de éstos el interés estaría incluido en el capital a amortizar, o bien percibido bajo cuerda fuera de lo escriturado para reducir costes. (García Pérez, 1996, pág. 216) (Sánchez Marroyo, 1993, pág. 354)

<sup>626</sup> (García López, 1985, pág. 62 y ss)

<sup>627</sup> (Sánchez Marroyo, 1993, pág. 353)

<sup>628</sup> AHPCC. Sección Libros de Hacienda, *Registro de prestamistas con hipoteca (1893-1899)*. Libro 2.850.

<sup>629</sup> Un interesante y rico cuadro con la relación de los prestamistas, año, capital en pesetas y rédito obtenido por los grandes préstamos a fines del siglo XIX en Cáceres en (Sánchez Marroyo, 1993, pág. 309) Además, citar insertos en el mismo trabajo, los cuadros relativos a la clasificación socioprofesional de los prestamistas (1870-1900), así como el de la clasificación socioprofesional de los adquirentes de bienes con pacto de retro elaboradas a partir de los protocolos notariales del AHPCC.

individuo. Indudablemente, ello influía no solo en la facilidad para acceder al crédito sino también a la capacidad para negociar tipos de interés más bajos.<sup>630</sup>

Circunscrita con la apertura de los comerciantes a la actividad bancaria, a nivel general, los estudios<sup>631</sup> han documentado una amplia variedad de actividades que poco a poco, y no necesariamente todas, los comerciantes-banqueros fueron utilizando. De los giros vinculados con la realización de cobros y pagos a clientes y proveedores se pasó al descuento y negociación; de las cuentas corrientes a los descubiertos, anticipos y créditos; de las comisiones diversas a la mediación en compraventas de valores mobiliarios, cobros de cupones o colocación de comisiones.<sup>632</sup> Así, las casas de los comerciantes-banqueros evolucionaron de “casas de comercio” a “casas de banca”, con una variada tipología adaptada a las realidades y circunstancias del entorno, pero agrupables en función del rango de su influencia: locales, regionales o nacionales.<sup>633</sup>

Se cubrían con ello los tres niveles de oferta bancaria fundamentales: provisión de medios de pago, de medios de financiación y de servicios financieros.<sup>634</sup> De un lado, la provisión de medios de pago estuvo vinculado con la ingente cantidad de letras de cambio circulando por la economía española en el siglo XIX, que vinieron a suplir de esa forma la escasez monetaria, sobre todo en contextos rurales como el cacereño en el que no estaba generalizado el uso del billete de banco. No obstante, el facilitar medios de financiación de la industria, adoleció en las tierras

---

<sup>630</sup> Aunque entendemos que el margen de negociación estaba muy limitado, siendo muy excepcionales los préstamos por debajo de la tasa oficial.

<sup>631</sup> (García López, 1985) (García López, 2000)

<sup>632</sup> (García López, 1985, pág. 61)

<sup>633</sup> (García López, 1989, pág. 383)

<sup>634</sup> (Bouvier, 1981) No obstante, no hemos de menospreciar el papel de las entidades de crédito como suministradoras de iniciativa empresarial en el contexto de las conexiones entre banca e industria destacadas por (Cameron, 1974), que (Martín Aceña, 1991, pág. 121) acertadamente subraya, y que vienen a respaldar nuestra afirmación de que los comerciantes-banqueros españoles, no solo los cacereños, fueron actores fundamentales en el proceso de internacionalización de la economía nacional, tanto por su actividad comercial inicial –movimiento de bienes propios y ajenos– como por facilitar el movimiento de capitales a través de las fronteras, como financieros de intercambios comerciales off shore.

de Cáceres de los mismos problemas<sup>635</sup> que para otros territorios nacionales:<sup>636</sup> el atender los requerimientos de capital fijo mediante la autofinanciación, dejando a los comerciantes-banqueros la financiación del circulante –cobros y pagos con el exterior– mediante el giro y la negociación de efectos que conllevaban tanto los descubiertos como los créditos a corto plazo. De entre los servicios diversos, tendencia natural en una clase de comerciantes-banqueros cacereños con una mentalidad abierta a las nuevas operaciones, destacaron en especial los valores mobiliarios y los préstamos sobre otras actividades bancarias propias del negocio bancario, como el cambio de moneda.<sup>637</sup>

Es necesario efectuar una síntesis de las principales peculiaridades crediticias que, a lo largo del siglo XIX, fueron características en Extremadura. El estudio de las escrituras de obligación existentes en los archivos de protocolos de Cáceres ha servido para clasificar y segmentar una serie de modalidades de crédito, aquellas que se dieron hasta la primera mitad de siglo<sup>638</sup>. Primeramente, la fianza del pago de deudas a cambio de que los fiadores se procuraran el derecho a ser preferidos en la adquisición de las pilas trashumantes; modalidad que en la contabilidad de algunos estudios de caso como la del comerciante Miguel Calaff y Ferrer aparece anotada como "*socorro de babianas*" y que fue la preferida por los comerciantes, sobre todo por aquellos dedicados al lavado y comercialización de las lanas. Por otro lado, estaba el crédito sin interés, una variedad del anterior pero que difería en la forma de pago, ya que en este caso se resarcía al fiador con lanas o bien con cabezas de ganado. Dentro de los

---

<sup>635</sup> Considerando la industria del siglo XVIII como un factor explicativo de los procesos ulteriores, la Extremadura decimonónica, por su bajo grado de industrialización, fue acertadamente definida como "un desierto manufacturero" que eclosionó entre 1920 y 1930 en un modelo de "especialización agraria sin industria" (Llopis & Zapata, 2001, pág. 295) Dicha afirmación venía respaldada por las aportaciones de los ricos y diversos trabajos compilados en (Zapata Blanco, 1996) centrados en analizar la industria extremeña del siglo XVIII, la formación del desierto manufacturero al final de Antiguo Régimen, la configuración del "sector raquíptico" de la industria hasta 1930, el hundimiento de la industria textil a finales del XIX, las apuestas de industrialización frustrada como las harinera, el alcohol y las destilerías o la especialización agraria sin industrial, por citar algunos de los más próximos a la temática de este trabajo.

<sup>636</sup> Sobre el legado industrial del Antiguo Régimen (Bernal & Sánchez, 2004)

<sup>637</sup> (García López, 1985, pág. 62)

<sup>638</sup> (Melón Jiménez, 1992, pág. 68)

créditos con interés distinguimos aquellos créditos con un interés relativamente bajo,<sup>639</sup> que en el caso de estar implicado un ganadero se efectuaba en esquilmos,<sup>640</sup> de aquellos otros créditos con interés simple y cuyo pago se efectuaba en metálico. Finalmente, tenemos aquellos créditos que se satisfacen con el valor de los arrendamientos de yerbas concertados con anterioridad al vencimiento de las deudas.

### 3. LOS AGENTES INTERESADOS

Desde mediados del siglo XVIII se organizó en Cáceres un importante emporio mercantil que se encargó de centralizar y controlar el comercio de la lana. Vinculado con el mismo aparecen figuras de procedencia muy heterogénea, desde ganaderos con sus propios rebaños, administradores de bienes y rentas,<sup>641</sup> a comerciantes, banqueros o asentadores que trabajaban para compañías comerciales de otras ciudades,<sup>642</sup> todos con un nexo en común, su estrecha relación en cualquiera de sus vertientes con la práctica de la trashumancia.

Pero, más allá de su procedencia, lo verdaderamente relevante fueron los condicionantes y las formas adoptadas por ellos para llevar a cabo sus actividades financieras. Tal y como se documentan en otras regiones,

---

<sup>639</sup> Una vez liberada la tasa máxima por la legislación de 1856, el interés de los créditos con garantía hipotecaria fue muy elevado. Si hasta esa fecha no rebasaron la tasa legal del 6%, desde entonces el interés promedio se incrementó al 10%-12%, siendo comunes tasas del 15%-16%, e incluso del 20% (García Pérez, 1996, pág. 216)

<sup>640</sup> En el caso de los propietarios de las mejores lanas, el problema de la liquidez para atender al circulante quedaba relativamente solucionado, a diferencia de lo que sucedía con los fabricantes, artesanos y pañeros que, dadas las escasas disponibilidades de capital circulante tuvieron que recurrir de manera reiterada a la solicitud de préstamos, cayendo en manos de los prestamistas, los "auténticos usureros locales" (García Pérez, 1996, pág. 215)

<sup>641</sup> De casas nobiliarias, de los hacendados y de las instituciones eclesiásticas.

<sup>642</sup> Algunos de ellos conformarán una primigenia clase social burguesa que, pese a no consolidarse del todo, tuvieron un importante papel en la vida económica de la región. Vemos cómo algunos de los personales más representativos de las élites de poder nobiliarias cacereñas, conviviendo con otros de una nueva clase social, advenediza a los anteriores, que vinieron a remover las tradicionales estructuras socioeconómicas cacereñas. (Melón Jiménez, 1989, pág. 388) De entre los últimos, la documentación nos habla de personajes como José García de Paredes Vinteño, José Blasco Luna, José García Carrasco, que compartieron ecosistema financiero con los hermanos Segura o los miembros de la familia Calaff, entre los que estaba el personaje de este estudio. (Melón Jiménez, 1986, pág. 151)

también en Extremadura podemos agrupar a los comerciantes-banqueros tanto en función del ámbito de sus relaciones, como de su forma adoptada —administrativamente hablando—. En primer lugar, estaban los comerciantes-banqueros locales, sitos en pequeñas localidades caracterizadas por el predominio del comercio mixto, y en algunos casos pequeñas industrias alimenticias, que atendían al negociado de letras.<sup>643</sup> De ellas, la mayoría de las que sobrevivieron al paso del siglo XIX al XX acabaron integrándose como sucursales de los grandes bancos. Coexistiendo con éstos, y ubicados en las capitales de provincia o ciudades portuarias más relevantes, estaban los comerciantes-banqueros (algunas casas de banca ya) de ámbito regional, que atendían todos los requerimientos financieros con la oferta bancaria arriba señalada para atender a todos los asuntos comerciales imaginables.

Algunas de esas casas de banca regionales, cuya génesis se encontraba en las actividades comerciales o industriales, dado el importante monto de las operaciones bancarias que llevaron a cabo, acabaron mutando y desembarazándose de las actividades comerciales de origen para especializarse en las actividades financieras. Finalmente nos encontramos con el nivel superior de todas, las casas de banca (no tanto comerciantes-banqueros) de ámbito nacional establecidas fundamentalmente en Madrid o Barcelona. Al igual que las casas regionales, su origen fue más heterogéneo: podían proceder tanto del comercio de mercancías como ser únicamente banqueros, que en unos casos eran una lógica evolución de los representantes de casas extranjeras, y en otros fueron creados *ad hoc* con los beneficios procedentes del comercio ultramarino con América—<sup>644</sup>

Respecto a las formas adoptadas, dentro del ámbito local tenían preferencia los comerciantes-banqueros individuales, aunque bien es cierto que algunas de las más importantes casas de banca nacionales atendían a una sola titularidad. Las otras dos formas fueron las sociedades colectivas y las sociedades comanditarias. Las sociedades colectivas

---

<sup>643</sup> Era la operación menos lucrativa, pero gracias a la que conseguían la liquidez suficiente para atender los pagos de sus proveedores, toda vez que les servía para captar clientes, lo que venía a incrementar su beneficio. (García López, 1989, pág. 383)

<sup>644</sup> (García López, 1989, pág. 384)

documentadas en las tierras cacereñas –las más numerosas– respondieron a la normal evolución de una serie de casas individuales que, debido al lógico crecimiento del incremento de las actividades y de los beneficios, conllevó la transformación del tipo de forma administrativa. Buena parte de las veces estuvieron relacionadas con la incorporación de hijos y parientes, así como con la integración de empleados como socios –que en no pocos casos no solo fue societaria, sino también familiar por la vía matrimonial–. Menos comunes, aunque algunos casos documentamos en Extremadura, fueron las sociedades comanditarias tras las que estaban individuos que disponían de capitales pero que carecían tanto de conocimientos mercantiles como de las redes comerciales para materializarlos en beneficios.

La complejidad del mercado crediticio se acentuó aún más en Cáceres, y por extensión en toda Extremadura, por la multiplicidad de intereses que entraron a formar parte de él, así como de los diferentes status de los individuos que lo acapararon, ya que a los comerciantes en el sentido estricto de la palabra, habrá que añadir la figura de los propietarios de ganados riberiegos, que eran a la vez ganaderos y comerciantes de todo tipo de productos agrarios, pero que como tal figura fue absorbida desde la segunda mitad del XIX por la solidez de recursos de la burguesía mercantil que se fue consolidando poco a poco a lo largo del siglo; además de estos ganaderos, habrá que tener en cuenta a los laneros propiamente dichos, señores solariegos y propietarios absentistas, así como a las gentes del comercio, cacereños y foráneos, y a los administradores de fincas con intereses en sectores muy concretos de la ganadería.

#### 4. ETAPAS

Para la primera mitad de siglo XIX documentamos<sup>645</sup> la existencia en el mercado crediticio cacereño de dos períodos perfectamente diferenciados y con características bien definidas. El primero de ellos comprendería desde principios del siglo hasta 1830, conteniendo la compleja

---

<sup>645</sup> (Melón Jiménez, 1992, pág. 70)

quiebra de las explotaciones trashumantes<sup>646</sup> y los peculiares comportamientos tanto de los ganaderos como de los incipientes comerciantes cacereños. Era uso secular que, para atender los gastos generados por las cabañas, los laneros adelantasen dinero<sup>647</sup> con cargo al importe de la pila de las lanas del esquilmo.<sup>648</sup> Dicha condición cambió tras la Guerra de la Independencia cuando esas cantidades ya no fueron suficientes y los ganaderos, o sus mayorales, debieron recurrir a préstamos, bien ante instituciones bien con particulares, dando origen a la decadencia de la trashumancia. Esa particularidad la interpretamos como un factor determinante del surgimiento del primigenio y más importante motor de las grandes operaciones crediticias en los territorios extremeños. La forzosa estancia de los ganados trashumantes en las dehesas extremeñas, junto con las crecientes dificultades que desde principios de siglo se constatan en el comercio de la lana<sup>649</sup> a causa de la situación bélica reinante en el país (1808-1814),<sup>650</sup> convirtieron a los capitales regionales en fiadores de los ganaderos serranos, beneficiándose en última instancia de la ruina de sus cabañas por la constante recurrencia al crédito privado.

Si bien es verdad que, en un principio, tales créditos se concedieron sin interés, a cambio de asegurarse los acreedores la preferencia en las pilas de lanas de los rebaños, o de comprar su ganado, a la larga fueron el catalizador que aceleró el proceso de transición y cambio en la configuración de la propiedad de las cabañas ganaderas, fundamentalmente en aquellas que por su gran tamaño se vieron imposibilitadas para sufragar

---

<sup>646</sup> (Melón Jiménez, 1990)

<sup>647</sup> La lógica estacionalidad de las actividades agrarias y ganaderas imponían tal nivel de estacionalidad que, en momentos muy específicos, se necesitaban importantes aportes monetarios. Cuando, por diversas razones, estos no estaban disponibles, era preciso el recurso al crédito para obtener la liquidez suficiente para continuar con la actividad productiva. (Sánchez Marroyo, 1993, pág. 305)

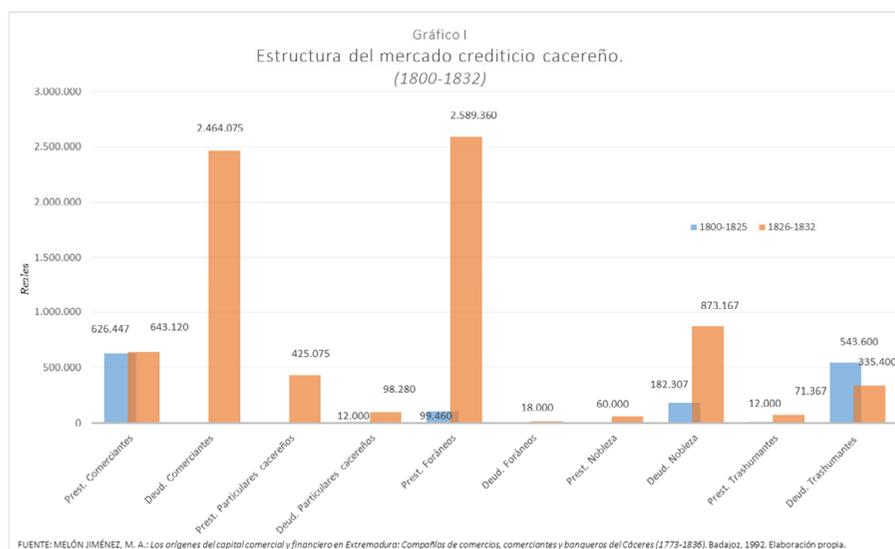
<sup>648</sup> Para ver en profundidad el papel del crédito en las operaciones de venta de lanas realizadas en la región soriana durante los siglos XVI y XVII, y dada la importante presencia de ganaderos trashumantes sorianos documentados en la provincia de Cáceres el trabajo de (Hernández, 2002)

<sup>649</sup> (Melón Jiménez, 1986)

<sup>650</sup> (Sánchez Marroyo, 2013a)

los gastos.<sup>651</sup> Un ejemplo ilustrativo lo tenemos en 1814 con Antonia Carrillo, vecina de Brieva, solicitando al comerciante Cristóbal de Arróñiz la cantidad de 114.320 rs, con un interés del 6% a devolver en cinco pagas entre 1816 y 1820; empero, en febrero de 1830, tras pleitear en la Real Audiencia de Extremadura, los herederos de Arróñiz aún no habían conseguido cobrar el capital principal.<sup>652</sup>

El segundo período, desde 1830 hasta mediados de los cincuenta,<sup>653</sup> preludia el hundimiento de las explotaciones laneras, junto con los movimientos internos en el mercado regional, configurándose una distinta orientación y comportamiento del mercado de capitales.



<sup>651</sup> Respecto a los orígenes de los grandes patrimonios y sus formas de explotación, el mercado de la tierra y su contribución a la consolidación de las oligarquías foráneas en Extremadura, y especialmente el papel del crédito en el mundo rural ver (Sánchez Marroyo, 1991b)

<sup>652</sup> (Melón Jiménez, 1992, pág. 73)

<sup>653</sup> A falta de profundizar más aún en la documentación privada de los comerciantes-banqueros cacereños, entendemos que una fecha que a buen seguro hubo de influir sobre la dinamización del mercado de dinero cacereño fue 1856. La Ley de 14 de marzo de 1956 pudo servir para terminar, no solo con las limitaciones legales que hasta la fecha atenazaban las posibilidades expansivas de la economía regional, sino también, para dar rienda suelta a la actividad financiera.

El hundimiento de las exportaciones generó una angustiosa situación financiera para todos aquellos que pusieron los cimientos de sus economías en el trato con lanas. Casas amayorzadas de gran entidad como la del Conde de Torrearias, o comerciantes como los García Carrasco, Segura Soler o el ya mencionado Cristóbal de Arróñiz, se vieron arrasados por la cambiante coyuntura económica, provocando un cambio radical en la configuración de la estructura del mercado crediticio cacereño [Gráfico 1].

Podemos apreciar una clara reorientación del destino del crédito. Mientras que a principios del siglo fueron los trashumantes los principales destinatarios –y en menor medida la nobleza–, para la primera década de los treinta las casas de comercio establecidas en Cáceres y la nobleza sustituyeron a aquellos. Vemos una relación directa entre la crisis en el mercado de la lana –tanto a nivel nacional como internacional– y la etapa de mayor actividad crediticia en la región. No perdamos de vista uno de los datos que nos interesan: el incremento sustancial en el volumen de dinero negociado en la capital.<sup>654</sup> De tal forma que en un período de 32 años se documenta un negocio bruto de unos 4.546.829 rs, de los que 737.907 rs corresponden al período de los 25 primeros años, esto es, sólo un 16% del total; mientras en los seis años que van de 1826 a 1832 se negocian en créditos unos 3.788.922 rs, aproximadamente el 84% del conjunto; ello condicionado por el hecho de que, sobre todo a nivel regional, una parte sustancial de los créditos no se llegaba a escriturar.

## 5. EL ASCENSO DE LOS COMERCIANTES-BANQUEROS

Poco a poco los comerciantes cacereños, junto a un grupo de particulares, se fueron haciendo sitio en el negocio crediticio. Respaldados por la solvencia de las compañías de comercio que regentaban, se convirtieron de facto en verdaderos comerciantes-banqueros, la nueva clase

---

<sup>654</sup> No obstante, lo extraordinariamente altos beneficios obtenidos por los prestamistas desde mediados del siglo XIX, muy superiores a los procedentes de las tierras, o de los pocos establecimientos industriales –textil fundamentalmente–, estuvieron detrás de la fuerte descapitalización y hemos de verlos como un elemento desincentivador de la inversión y de su fuerte descapitalización (García Pérez, 1996, pág. 216)

socioeconómica que se gestó en toda España,<sup>655</sup> y a la que el Cáceres decimonónico de principios de siglo no fue ajeno. De esta suerte se despertó una conciencia diferente con respecto a los tradicionales métodos de producción, así como respecto de la reinversión de beneficios y la diversificación en otros campos, como el crediticio, del capital amasado al cobijo de la caída en desgracia de la cabaña trashumante. Suscribiendo el planteamiento que reivindica el papel fundamental de los comerciantes-banqueros y los banqueros en el desarrollo y articulación del sistema bancario español,<sup>656</sup> queremos refrendar con nuestro estudio dicha afirmación para ámbitos rurales como la Extremadura<sup>657</sup> del siglo XIX.<sup>658</sup>

De tal manera que, si para la primera etapa el peso de la actividad crediticia recayó tanto sobre las casas de comercio cacereñas como de particulares próximos a la capital, en la segunda etapa se fue haciendo necesaria la búsqueda de otros flujos alternativos. Fue en ese momento cuando los prestamistas extremeños se unieron a los cambistas madrileños, a los cameranos y algún trashumante leonés.<sup>659</sup> Dicha unión fue el origen de las fructíferas y consolidadas relaciones entre los "cambiantes"<sup>660</sup> cacereños, como Miguel Calaff y Ferrer, con los principales centros mercantiles, y a la sazón crediticios, tanto del interior peninsular

---

<sup>655</sup> Para una relación más actualizada –cuantitativa y cualitativamente– de las élites del capital en la España decimonónica (Lindoso-Tato, 2022)

<sup>656</sup> Si, en el cómputo de las entidades financieras del siglo XIX se incluyesen también, y especialmente, a los banqueros y comerciantes-banqueros, se obtendría un sistema equilibrado y consistente, fundamentado en la abundancia y dispersión regional de los mismos, capaz de responder completamente a los requerimientos financieros de la época. (García López, 1985, pág. 65)

<sup>657</sup> Para Extremadura, además de los citados trabajos de Melón Jiménez, completados con (Melón Jiménez, 1986) (Melón Jiménez, 1990) (Melón Jiménez, 2016); de otro lado, hemos de dirigir al lector hacia la obra de Sánchez Marroyo – (Sánchez Marroyo, 1991a) (Sánchez Marroyo, 1993) (Sánchez Marroyo, 1996) (Sánchez Marroyo, 2013b) (Sánchez Marroyo, 2013a) (Sánchez Marroyo, 2014)–, así como de García Pérez – (García Pérez, 1998) (García Pérez, 2005)–

<sup>658</sup> Sumándose los ricos e interesantes estudios de otras regiones, de los que hace una buena revisión historiográfica desde comienzos del siglo XIX hasta la Restauración Borbónica en (Lindoso-Tato, 2022)

<sup>659</sup> Algunos de ellos directos herederos de los registrados en el citado *Almanak Mercantil*. Se puede consultar una completa relación de los cambistas y corredores de letras madrileños para finales del siglo XVIII y principios del XIX. (Tedde de Lorca, 1983, págs. 301-331)

<sup>660</sup> (Tedde de Lorca, 1983, págs. 301-331)

como del extranjero –Francia e Inglaterra en mayor medida–. Así, mercado de capitales y tráfico con todo tipo de mercancías fueron indisolublemente unidos, no sólo en el recíproco beneficio del intercambio, sino también en la necesidad de la capitalización de determinadas empresas, pero siempre condicionadas, en mayor medida, por los complejos métodos mercantiles existentes.

## 6. COMO MUESTRA UN BOTÓN: MIGUEL CALAFF Y FERRER

Comerciante prototipo de la incipiente burguesía mercantil cacereña, oriundo de Copons,<sup>661</sup> las actividades de Miguel Calaff y Ferrer se diversificaron entre el mercado de la lana, la actividad crediticia y otro gran grupo de actividades diversas.<sup>662</sup> Para hacer un correcto análisis del mercado de capitales cacereño primero hay que empezar por analizar el complejo entramado comercial que lo sustentaba, pues los beneficios de unas actividades capitalizaron a las otras.

La base de todo su entramado crediticio hay que buscarla en el mercado de la lana y en los pingües beneficios que generó, sobre todo en las primeras décadas del siglo XIX. Este comercio prosperó en tres circuitos de comercialización: en el contexto regional, a nivel nacional y otro de rango internacional, los mismos en los que desarrolló su actividad crediticia. Con estos beneficios obtuvo una solvencia económica que le fue fundamental para introducirse de lleno en el mercado de capitales; mientras que se mantuvo en el negocio de las lanas, aunque incrementando el volumen de dinero destinado tanto al Socorro de Babianas como a la comercialización directa, seguía disponiendo de liquidez suficiente para invertir en otras actividades, tales como el comercio con textiles, la

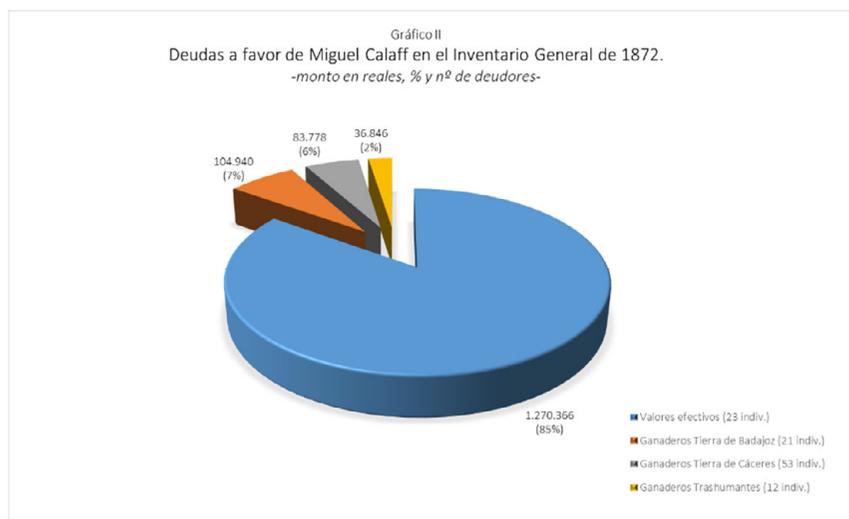
---

<sup>661</sup> Formaba parte de ese nutrido grupo de arrieros y negociantes dedicados al tráfico y al comercio entre Cataluña y el resto de los territorios de España que acrecentaron su actividad desde finales del setecientos, destacando por su importancia numérica los procedentes de las localidades de Tortella, Garrotxa y Calaf y Copons. (Muset Pons, 1995, pág. 193) (Muset Pons, 1997)

<sup>662</sup> (Hidalgo Mateos, 1999b)

compra-venta de granos, una importante actividad inmobiliaria,<sup>663</sup> el comercio con coloniales, la cría de ganado porcino o la inversión en sociedades por acciones, por citar las más relevantes.

Fue en el negocio de los textiles y coloniales en los que documentamos como poco a poco se incrementó el número de minoristas regionales que recurrían al crédito, ya fuese en efectivo como en especie. Así, se fue tejiendo la malla que atrapó los mayores beneficios posibles en todas y cada una de las actividades en las que negoció. Pero la clave de bóveda de todo este entramado estuvo en la facilidad para capitalizar y disponer de efectivo en cada negocio gracias a la amplia red de agentes comerciales y de cambistas con los que mantiene relaciones desde Sevilla a Londres.



Ya que es uno de los mejores y más fiables indicadores del estado de las cuentas de cualquier negociante, recurrimos al citado inventario general

<sup>663</sup> El mercado inmobiliario tuvo un especial interés en la segunda mitad del siglo XIX en Cáceres, tanto para las oligarquías tradicionales apegadas a la tierra, como para los comerciantes-banqueros advenedizo; en ambos casos llegó a convertirse en un componente esencial de sus patrimonios. (Sánchez Marroyo, 1991b) (Hidalgo Mateos, 1999b, págs. 101-126)

sobre los bienes de Miguel Calaff y Ferrer de 1872.<sup>664</sup> Especial atención llaman los datos correspondientes a las deudas que diferentes ganaderos, comerciantes y agentes comerciales contraen con él, que las compilamos en cuatro grandes grupos: Valores en efectivo, ganaderos de la Tierra de Badajoz, ganaderos de la Tierra de Cáceres y ganaderos Trashumantes [Gráfico II].

Las cantidades adeudadas en Valores en efectivo sumaban un total de 1.270.366 rs., el 85% con respecto al total, destacando que sólo correspondían a las deudas que en un concepto u otro mantenían 23 individuos con Miguel Calaff en valores en efectivo; esto es, ese numerario que mantenía en el mercado de capital no tenía una relación directa con el negocio de las lanas. La importancia de esta actividad crediticia no relacionada con las lanas se puede apreciar asimismo si comparamos los datos de las deudas de los ganaderos: el 7% correspondían a los ganaderos de la Tierra de Badajoz,<sup>665</sup> un 6% a ganaderos de la Tierra de Cáceres<sup>666</sup> y tan sólo un 2% a ganaderos Trashumantes.<sup>667</sup> Ahora bien, si analizamos la cantidad total devengada por los ganaderos, bien en concepto de Socorro de Babianas a trashumantes bien a cabañas regionales, observamos que el 15%<sup>668</sup> corresponden a 86 ganaderos, constatando una importante desproporción en la correspondencia per cápita entre los titulares de la deuda en efectivo y la de aquellos titulares de la "deuda ganadera".

Cotejando esos datos con los obtenidos en el año económico de 1868-1869 –pese al breve lapso entre 1868 y 1872– tan sólo cuatro años antes

---

<sup>664</sup> AHPCC. Sección Calaff-Valhondo. "Ymbentario general de los bienes que pertenecen a D. Miguel Calaff y Ferrer y su hija D<sup>a</sup>. Mariana Calaff y Segura". Caja nº 25 (1872). (Hidalgo Mateos, 1999a) (Hidalgo Mateos, 1999b)

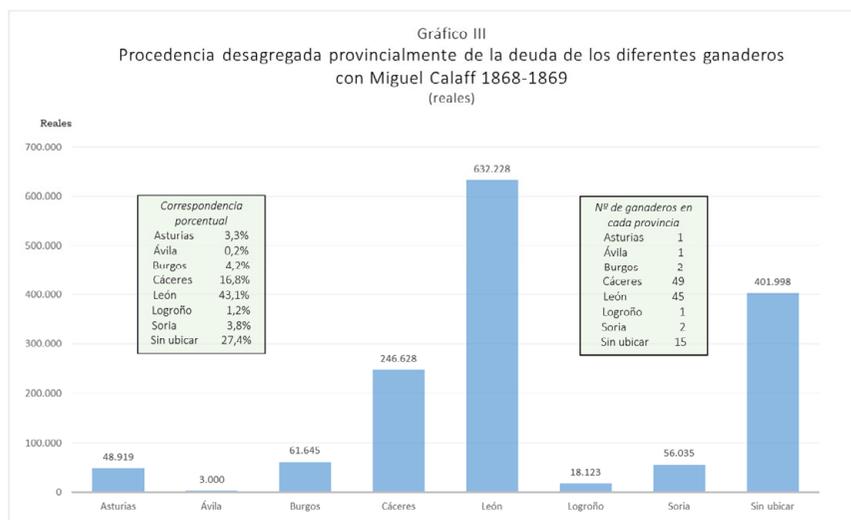
<sup>665</sup> Conformaban en este caso la *Tierra de Badajoz* los ganaderos y cabañas ubicados en las localidades de Alange, Don Benito, La Roca de la Sierra, La Zarza, Puebla del Prior y Valverde de Mérida. AHPCC. Sección Calaff-Valhondo. *Ibidem*.

<sup>666</sup> Procedían de la *Tierra de Cáceres* los ganaderos y cabañas ubicados en las localidades de Cáceres, Casar de Cáceres, Malpartida de Cáceres, Sierra de Fuentes y Torquemada. AHPCC. Sección Calaff-Valhondo. *Ibid*.

<sup>667</sup> Pormenorizando las cantidades, unos 104.940 rs. a los ganaderos de la Tierra de Badajoz, otros 83.778 rs. a ganaderos de la Tierra de Cáceres y 36.846 rs. a ganaderos Trashumantes.

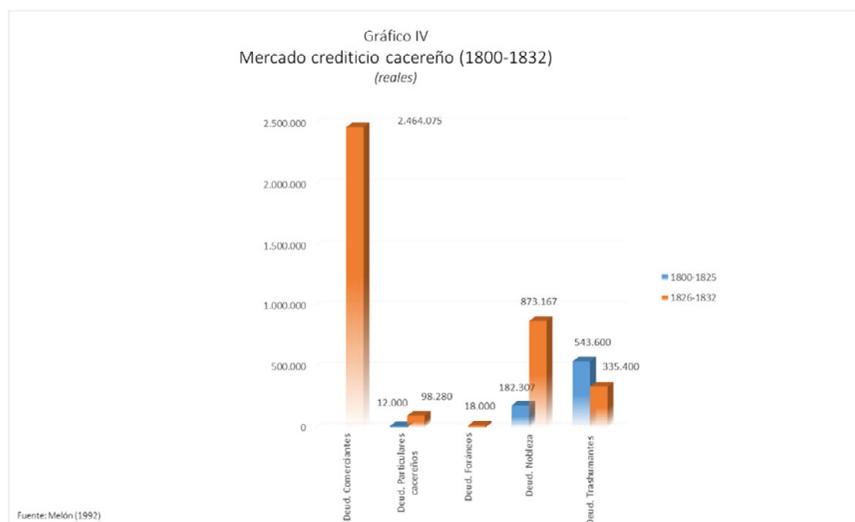
<sup>668</sup> Unos 225.564 rs.

del anterior inventario, el monto del dinero negociado con los ganaderos, sobre todo con los Socorros de Babianas de las cabañas trashumantes, era mucho mayor. Para atender a las necesidades de los diferentes ganaderos Miguel Calaff puso en circulación un total de 1.468.576 rs. en metálico, repartidos en distinta proporción entre 116 individuos procedentes de Asturias, Ávila, Burgos, León, Logroño y Soria para los ganados trashumantes, así como de diferentes puntos de la provincia de Cáceres [Gráfico III].



A tenor de estos datos el volumen de dinero negociado en préstamos a nivel general fue importante, pero no menos que su origen. Así, el capital adeudado por los 52 ganaderos trashumantes representa el 55,8%, frente al 16,8% de los cacereños; no obstante, aún queda un 27,4% del capital que no se pudo asignar regionalmente, pero que es altamente probable que la mitad, si no más, debió corresponder a Socorro de Babianas. Destacan sobre el resto los 632.228 rs. (43,1%) prestado a 45 ganaderos procedentes de la Provincia de León, lo que nos induce a pensar en la importancia del tamaño de dichas cabañas, frente a los 45.495 rs. que necesitó la cabaña de Leandro Hernández, procedente del Valle de Valdelaguna (Burgos).

Consecuentemente, la influencia que tuvieron la presencia de los ganados trashumantes en Extremadura fue muy importante, y no solo sobre el incipiente mercado de capitales cacereño —por el mayor o menor interés aplicado al dinero— sino también por la seguridad que el entramado crediticio ofrecía a los comerciantes de lanas; una seguridad que les llevó no sólo a aumentar su capacidad para responder a la demanda de los ganaderos, sino también a ampliar los mercados de capital, negociando con letras en las principales plazas mercantiles de la península.



Si bien es verdad que para la primera mitad del siglo XIX todo parece indicar un progresivo descenso en la implicación de los trashumantes en el mercado crediticio cacereño en favor de un desarrollo extraordinario de los comerciantes<sup>669</sup> [Gráfico IV], a tenor de los datos extraídos de la contabilidad particular de Miguel Calaff y Ferrer, los Socorros de Babilianas aún parecían ser en 1868 un importante negocio, máxime cuando el prestamista controlaba la mayor parte del proceso de la preparación y comercialización de las lanas, así como el mercado regional, gracias a la relevancia de su volumen de negocio.

<sup>669</sup> (Melón Jiménez, 1992, pág. 73)

Pero el Socorro de Babianas no deja de ser una de las caras de la incursión en el negocio crediticio. Otros, lejos de la cautela y de la aversión al riesgo que caracterizaron a muchos de sus coetáneos —algunos de ellos también pertenecientes al ámbito de los comerciantes banqueros cacereños—<sup>670</sup>, fue el caso de Miguel Calaff, optaron no solo por ampliar el ámbito geográfico de sus operaciones “tradicionales” sino que apostaron por la diversificación de productos, estableciendo una sólida red de préstamos que, aprovechando la infraestructura comercial preestablecida, alcanzaron el ámbito internacional.

Tal y como figura en el inventario de los bienes de dicho comerciante-banquero, el 85% del capital adeudado<sup>671</sup> estaba anotado en la cuenta de valores efectivos, correspondiéndose con un total de 23 individuos. Todos ellos estuvieron vinculados con actividades comerciales, pero sobre todo crediticias y los más reseñables fueron Francisco Nunes en Covilha, Manuel Joaquín de Mascarenhas en Lisboa, Fabra Malagraba y Cía, Ernesto Gómez y Hermanos, Migueletorena Hermanos y Brígido de Ruigómez en Madrid, José Rodríguez, José María Cuadrado y Marcos Romero Izquierdo en Sevilla, Cassi e Hijos, Fulgencio Isaura ó Hernández y Rodríguez en Barcelona, Srs. Cavareda y Presa, Enrique Zonasti y Vicente Hernández en Trujillo o Fidel Sánchez en Plasencia.

Localidades como Lisboa, Covilha, Barcelona, Madrid o Sevilla conformaron la red de las principales plazas comerciales de la península sobre las que se giraron importantes cantidades de dinero obtenidas de la venta de lanas en Inglaterra y Francia. No obstante, el volumen total de dinero que movieron estos banqueros superó con mucho el del dinero procedente de la venta de las lanas; una vez que los mismos disponían del efectivo, gozaban de total libertad por parte de Miguel Calaff para efectuar préstamos a terceros, en los que el interés —ahora sí se establecía claramente— varió en función de las cantidades negociadas: entre el

---

<sup>670</sup> En este caso, la pauta de comportamiento que documentamos en Extremadura basada en la cautela no solo fue característica de la mentalidad de entornos económico más atrasados y rurales, sino que, como patrón propio del comportamiento del “homo economicus” se dio en otros ámbitos económicos más avanzados, tal y como se documenta para el caso de los *merchant bankers* londinenses. (Llorca-Jaña, 2014)

<sup>671</sup> 1.270.366 rs.

1,5% y el 3,5% para cantidades no superiores a los 2.000 rs. y el 4% al 9% en cantidades superiores a los 7.000 rs.<sup>672</sup>

El actuar a través de un tercero, y que los préstamos no se negociasen directamente en Cáceres, explican el porqué de las pocas escrituras de obligación que documentamos en los archivos de protocolos locales, teniendo que recurrir a fuentes alternativas, remitiéndonos a los datos puntuales ofrecidos por los inventarios post-mortem. Pese a ello, es una actividad que ahí está, que por desgracia hasta la fecha no hemos podido seriar, pero que sí que documentamos.

## 7. CONCLUSIONES

Queda evidenciado que para Extremadura podemos secundar la idea de que la carencia de un sistema bancario español moderno a lo largo del siglo XIX incentivó el desarrollo de un sistema financiero alternativo capaz de atender las necesidades de intermediación financiera no cubiertas; que dicha situación sirvió para potenciar, difundir y consolidar figuras como las de los comerciantes-banqueros.

A lo largo del siglo XIX, existió un incipiente mercado financiero en Extremadura, y no solo comercial,<sup>673</sup> desarrollándose una no menos importante y compleja estructura crediticia que estuvo asociada a las inversiones efectuadas con los beneficios procedentes de la diversificada actividad comercial regional y por la favorable coyuntura económica para el crédito que se desarrolló tras la crisis de la trashumancia en Extremadura.

Que el desarrollo del crédito informal en Extremadura se aprovechó de la decadencia de la cabaña lanar trashumante y que detrás de su aceleración estuvo la profunda dependencia de los ganaderos trashumantes respecto al crédito ofrecido por los comerciantes-banqueros, principalmente cacereños.

---

<sup>672</sup> AHPCC. Sección Calaff-Valhondo. *Libro de Caja, Diario nº 5*. Libro 37 (1862-63).

<sup>673</sup> (Melón Jiménez, 1989) (Melón Jiménez, 1992) (Hidalgo Mateos, 1999a) (Hidalgo Mateos, 1999b)

Igualmente, constatamos que la actividad crediticia no se limitó únicamente al entorno regional, sino que extendió sus tentáculos nacional e internacionalmente aprovechándose de los contactos establecidos por los comerciantes-banqueros con los imprescindibles cambiantes y corredores de letras de Madrid, Barcelona, Sevilla, Londres o París.

Buena parte de los comerciantes-banqueros españoles, no solo los cacereños, fueron actores fundamentales en el proceso de internacionalización de la economía nacional, tanto por su actividad comercial inicial —movimiento de bienes propios y ajenos— como por facilitar el movimiento de capitales a través de las fronteras, toda vez que se convirtieron en financieros de intercambios comerciales *off shore*.

Sería interesante, en el caso de que se conservaran, analizar las cuentas de estos cambiantes comerciantes-banqueros madrileños, catalanes o sevillanos; cuentas que seguro que darían datos esclarecedores sobre la implicación y volumen de los negocios de otros comerciantes cacereños. Nos puede poner también sobre la pista de esta actividad crediticia en Extremadura el seguimiento del importante flujo de capitales que se establece entre los mercados laneros de Inglaterra y Francia y estas plazas comerciales, así como la relación entre Cáceres y los principales centros manufactureros de la costa mediterránea. Los primeros van apareciendo poco a poco tras el análisis de las aún insuficientes cuentas particulares de algunos negociantes, las segundas se intuyen como causa de la salida de los capitales regionales hacia las áreas industriales periféricas que desde mediados del siglo XIX se ven inmersas en pleno proceso industrializador.

## 8. REFERENCIAS

- Bernal, J., & Sánchez, A. (2004). El legado industrial del Antiguo Régimen. En E. Llopis, El legado económico del Antiguo Régimen en España (págs. 187-228). Barcelona: Crítica.
- Bouvier, J. (1981). Relaciones entre sistemas bancarios y empresas industriales en el crecimiento europeo del siglo XIX. En P. Vilar, J. Nadal, R. Cámeron, P. Mathias, & H. Kellenbenz, La industrialización europea : estadios y tipos. (págs. 135-172). Crítica.

- Cameron, R. (1974). *La banca en las primeras etapas de la industrialización*. Madrid: Tecnos.
- Erice Sebares, F. (1991). Crédito y campesinado en la Asturias del siglo XIX. En R. Pegerto Saavedra, *Señores y campesinos en la Península Ibérica, siglos XVIII-XX* (págs. 215-245). Madrid: Crítica.
- García López, J. (1985). Banqueros y comerciantes banqueros, clave oculta del funcionamiento bancario español del siglo XIX. *Moneda y Crédito*(175), 59-85.
- García López, J. (1987). *Los comerciantes banqueros en el sistema bancario español: estudio de casas de banca asturianas en el siglo XIX*. Oviedo: Universidad de Oviedo.
- García López, J. (1989). El sistema bancario español del siglo XIX: ¿una estructura dual? Nuevos planteamientos y nuevas propuestas. *Revista de Historia Industrial*, VII(1), 111-132.
- García López, J. (2000). Banking merchants and banking houses: the hidden key to the workings of the Spanish banking system in the nineteenth century. *Accounting, Business & Financial History*(1-10), 37-56.
- García Pérez, J. (1996). Dinámica histórica y factores determinantes del hundimiento de la industria textil en la Extremadura contemporánea (1830-1940). En S. Zapata, *La industria de una región no industrializada: Extremadura, 1750-1990* (págs. 163-230). Cáceres: Universidad de Extremadura.
- García Pérez, J. (1998). La economía extremeña en el tránsito del siglo XIX al XX. Los avatares de un tiempo de crisis. *Revista de Estudios Extremeños*, I(LIV), 287-340.
- García Pérez, J. (2005). *Abacerías, tiendas y ultramarinos: el comercio en la Extremadura del siglo XIX*. Universidad de Extremadura.
- Hernández, M. (2002). El crédito en el comercio lanero en la región soriana durante los siglos XVI y XVII. *Revista de Historia Económica / Journal of Iberian and Latin American Economic History*(20 (02)), 271-299.
- Hidalgo Mateos, A. (1999a). *Empresarios en el Cáceres del siglo XIX*. Miguel Calaff y Ferrer. En M. A. Melón Jiménez, *Los antecedentes de la Cámara de Comercio de Cáceres: Sociedades mercantiles y comerciantes a finales del Antiguo Régimen (1750-1850)* (págs. 157-177). Cáceres: Servicio de Publicaciones de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Cáceres.
- Hidalgo Mateos, A. (1999b). *Miguel Calaff y Ferrer. Un empresario en el Cáceres del siglo XIX*. Cáceres: Servicio de Publicaciones de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Cáceres.

- Lindoso-Tato, E. (2022). Las élites del capital: los comerciantes-banqueros en España, c. 1840-1874. *Historia Contemporánea*(68), 11-48.
- Llopis, E., & Zapata, S. (2001). El "sur del sur". Extremadura en la era de la industrialización. En L. Germán, E. Llopis, J. Maluquer de Motes, & S. Zapata, *Historia económica regional de España. Siglos XIX y XX* (págs. 271-298). Barcelona: Crítica.
- Llorca-Jaña, M. (2014). London's Merchant Bankers in the Early Nineteenth Century. *Business History Review*(88 (03)), 469-495.
- Martín Aceña, P. (1991). Desarrollo y modernización del sistema financiero, 1844-1935. En N. Sánchez Albornoz, *La modernización económica de España 1830-1930* (3ª ed., págs. 121-146). Madrid: Alianza Universidad.
- Melón Jiménez, M. (1986). De los Cameros a Extremadura: historia y comportamiento de los ganaderos riojanos en tierras de Cáceres (1720-1800). *Brocar: Cuadernos de investigación histórica.*, 141-158.
- Melón Jiménez, M. (1989). Extremadura en el Antiguo Régimen. Economía y sociedad en tierras de Cáceres, 1700-1814. Mérida: Editora Regional de Extremadura.
- Melón Jiménez, M. (1990). Algunas consideraciones en torno a la crisis de la transhumancia en Castilla. *Studia historica. Historia moderna.*(8), 61-89.
- Melón Jiménez, M. (1992). Los orígenes del capital comercial y financiero en Extremadura: Compañías de comercio, comerciantes y banqueros del Cáceres (1773-1836). Badajoz.
- Melón Jiménez, M. (2016). Datos para el estudio de las ferias y mercados en Extremadura en la Edad Moderna. *Revista de Estudios Extremeños*, LXXII(I), 265-294.
- Montero Carnerero, M. (1983). Bases documentales para la investigación del préstamo y la usura en la sociedad del siglo XIX. Madrid: CECA.
- Muset Pons, A. (1995). Los arrieros y negociantes de Calaf y Copons y su implantación en el mercado español en el siglo XVIII. *Revista de Historia Industrial*(8), 193-208.
- Muset Pons, A. (1997). Catalunya i el mercat espanyol al segle XVIII. Els tragners i els negociants de Calaf i Copons. Barcelona: Abadía de Montserrat.
- Roberts, R. (julio de 1993). What's in a name. Merchants, merchant bankers, accepting houses, issuing houses, industrial bankers. *Business History*, 35, 22-38.
- Sánchez Marroyo, F. (1991a). Notas sobre los orígenes de la oligarquía agraria extremeña de mediados del siglo XIX. En R. Pegerto Saavedra, *Señores*

- y campesinos en la Península Ibérica, siglos XVIII-XX (págs. 62-116). Madrid: Crítica.
- Sánchez Marroyo, F. (1991b). El proceso de formación de una clase dirigente. La oligarquía agraria en Extremadura a mediados del siglo XIX. Cáceres: Universidad de Extremadura.
- Sánchez Marroyo, F. (1993). Dehesas y terratenientes en Extremadura. La propiedad de la tierra e la provincia de Cáceres en los siglos XIX y XX. Mérida: Asamblea de Extremadura, Servicio de Publicaciones.
- Sánchez Marroyo, F. (1996). Los catalanes en la Extremadura del siglo XIX. La edad de oro del negocio corchero. En M. Pérez Picazo, A. Mas, & L. Ferrer, *Els catalans a Espanya, 1760-1914* (págs. 193-213). Barcelona: Universitat de Barcelona-Generalitat de Catalunya.
- Sánchez Marroyo, F. (2013a). Empresa agraria, crédito privado y tradicionalismo político. Esplendor y ocaso de uno de los más poderosos terratenientes de la España del siglo XIX, José María Claros Jarillo. *Revista de Estudios Extremeños*, LXIX(II), 1143-1207.
- Sánchez Marroyo, F. (2013b). Los grandes cambios económicos y sociales en el grupo nobiliario en España: una aproximación a la dinámica de mediados del siglo XIX. Madrid: RH+ Ediciones.
- Sánchez Marroyo, F. (2014). Riqueza y familia en la nobleza española del siglo XIX. Madrid: Ediciones 19.
- Tedde de Lorca, P. (1974). La banca privada española durante la Restauración, 1874-1914. En Anes, G. Tedde, P. & Tortella. *La banca española en la Restauración*. Madrid: Banco de España.
- Tedde de Lorca, P. (1983). Comerciantes y banqueros madrileños al final del Antiguo Régimen. En G. Anes, L. Rojo, & P. Tedde, *Historia económica y pensamiento social*. Madrid.
- Tortella Casares, P. (1975). Los orígenes del capitalismo en España. Madrid: Tecnos.
- Zapata Blanco, S. (1996). *Industria de una región no industrializada. Extremadura, 1750-1900*. Badajoz: Universidad de Extremadura.

## LA HERENCIA ESCOCESA DEL ORDOLIBERALISMO: DE HUME Y SMITH A EUCKEN

---

NIEVES SAN EMETERIO MARTÍN  
*Universidad Rey Juan Carlos*

GIUSEPPINA DI CAPUA  
*Universidad Rey Juan Carlos*

VICTORIA ROMERO OJEDA  
*Universidad Rey Juan Carlos*

### 1. INTRODUCCIÓN

La Segunda Guerra Mundial dejó Europa sumida en un periodo de profunda crisis política, económica, social, incluso ética, que supuso un excelente caldo de cultivo para nuevas ideas y el resurgir de otras que habían quedado olvidadas.

Entre esta últimas, antes de la consolidación del régimen nazi con el ascenso al poder de Hitler en 1933, ya existía en Alemania una perspectiva liberal notable, surgida en el seno de la Universidad de Friburgo, de la mano de un grupo interdisciplinar de académicos, encabezados por el economista Walter Eucken (1881-1950) y los juristas Franz Böhm (1895–1977) y Hans Großmann-Doerth Franz que en la década de 1930 instituyeron el primer intento serio en Alemania de formular una respuesta liberal de mercado (Bonefeld, 2012).

Partiendo de la oposición expresa y manifiesta a cualquier forma de totalitarismo, los académicos de Friburgo concebían el liberalismo desde una perspectiva mucho más amplia que la meramente económica, ahondado en cuestiones culturales y sociales, e incluso éticas, de las modernas sociedades de masas.

Considerados como la vertiente alemana del neoliberalismo, los autores ordoliberales se preocuparon por un nuevo “liberalismo interpretado”,

diferenciado del liberalismo clásico del *laissez-faire* y las concepciones estatistas de la economía política, abogando por un marco económico, político, jurídico y social con un Estado fuerte como medio para instaurar y mantener un sistema de economía libre (Bonefeld, 2012; Fritz et al., 2021; Klump y Woersdoerfer, 2010, p.2).

Sin embargo, sería un error sugerir que los ordoliberales no comprendieron el pensamiento clásico o, más aún, distanciarlos del mismo. No cabe duda de que el ordoliberalismo comparte el objetivo primordial de los economistas clásicos de alcanzar una sociedad libre de individuos soberanos, si bien es cierto que estos autores se definieron a sí mismos como “verdaderos” liberales, haciendo firme su compromiso de “redefinir” o “refundar” los principios liberales. Así lo recogen los trabajos de Ulrich (1997, 2008), Recktenwald (1974, 1985, 2005) y Ballestrem (2001) (Hutchison, 1981, 1992 citado por Klump y Woersdoerfer, 2010).

En este sentido, Horn (2019) señala que la desvinculación de la escuela ordoliberal de las ideas de base del liberalismo clásico de Smith podría deberse, más que a una ausencia de planteamientos comunes, a su falta de análisis en profundidad de los matices que subyacen de la obra de los autores clásicos. En la misma línea, Klump y Woersdoerfer (2010) hacen referencia a los “paralelismos inconscientes” entre Eucken y Smith. Cabría pues, la identificación de aspectos comunes entre los planteamientos ordoliberales y el pensamiento clásico de los ilustrados escoceses.

Entre los trabajos pioneros, resulta especialmente relevante el artículo de Hutchison de 1979 “Notes on the effects of economic ideas on policy: The example of the German Social Market Economy” en el cual señala ciertas similitudes entre la corriente clásica de la economía y los planteamientos ordoliberales<sup>674</sup>. Es precisamente este trabajo el que nos pone sobre la pista de analizar las posibles conexiones entre el ordoliberalismo y la economía clásica, que no la tradición liberal manchesteriana.

---

<sup>674</sup> Hutchison tradujo varias obras de Eucken al inglés, incluida *The foundations of economics*. En su artículo, examina la repercusión de las ideas de Eucken en Gran Bretaña y Estados Unidos (San Emeterio, Di Capua y Romero, 2021).

## 2. OBJETIVOS

Con objeto de ahondar en las potenciales similitudes de los fundamentos teóricos de ambas corrientes, este trabajo contrasta el cuerpo teórico del ordoliberalismo, recogido en las principales obras de su precursor y máximo exponente Walter Eucken *Cuestiones fundamentales de la economía política*, publicado en su primera edición alemana en 1939; y *Principios de política económica*, obra póstuma de 1952, con los trabajos de Adam Smith y David Hume.

En las páginas siguientes, intentamos identificar los paralelismos existentes en los planteamientos teóricos de estos tres autores, partiendo de la premisa de que las ideas claves recogidas en los escritos de los ilustrados escoceses fueron reformuladas y adaptadas a su contexto económico y social por los académicos de Friburgo.

## 3. METODOLOGÍA

Este trabajo indaga en dos aspectos muy sustanciales de concordancia entre Walter Eucken y los dos autores escoceses, Hume y Smith. Veremos la importancia que conceden estos tres autores a la estructura institucional básica sobre la que se sostiene la actividad económica; más en concreto, su apoyo a la propiedad privada y su obligada defensa por parte del Estado. En segundo lugar, analizaremos el rechazo que manifiestan contra el monopolio. No obstante, comenzaremos con un apartado preliminar donde se resumen las ideas más sustanciales de la obra de Eucken y los pilares del ordoliberalismo. Acabamos con un apartado que recoge las principales conclusiones.

El estudio se fundamenta en el análisis de fuentes primarias de los tres autores, así como de fuentes secundarias tanto de especialistas en alguno de los tres autores, como de los escasos trabajos que han estudiado la relación que vamos a analizar.

#### 4. LA ESCUELA DE FRIBURGO Y LA INFLUENCIA DE EUCKEN EN LA FORMULACIÓN TEÓRICA DEL ORDOLIBERALISMO

La Escuela de Friburgo tiene sus orígenes en el grupo de investigación interdisciplinar de economistas y juristas creado en la década de 1930 por el economista Walter Eucken y los juristas Franz Böhm y Hans Großmann-Doerth en el seno de la Universidad de Friburgo en el contexto de crisis económica y ascenso del totalitarismo que sucedió al fracaso de la República de Weimar en Alemania.

Las aportaciones teóricas de estos y otros autores que paulatinamente se fueron sumando a los diferentes “Círculos de Friburgo” se plasmaron en los distintos números de su publicación de cabecera “ORDO” –en honor a la escolástica medieval-, “Revista anual sobre el orden de la economía y la sociedad”, fundada por Eucken y Böhm en 1937, pero que no comenzó a publicarse hasta 1948 y que perdura en la actualidad (Reimers, 2020).

Su planteamiento nace de la experiencia personal y la reflexión en torno a las causas del colapso de la República de Weimar y el posterior auge de los totalitarismos con el objetivo de establecer un marco político, económico y social que evitase que acontecimientos similares pudiesen reproducirse en el futuro, en un entorno académico, el de Friburgo, particularmente comprometido con el respeto a la libertad individual y de cátedra<sup>675</sup>.

Para los ordoliberales, el liberalismo del *laissez-faire* y los planteamientos totalitarios de economías planificadas desarrollados en la época de los “experimentos de Política Económica” (Eucken, 2017) constituían la evidencia práctica que justificaba la necesidad de aportar un planteamiento alternativo. En este sentido, Eucken y Böhm hicieron especial hincapié en que su interés no era desarrollar un programa de

---

<sup>675</sup> La Universidad de Friburgo rechazó en todo momento y de forma colectiva el modo de gobierno autoritario del régimen que imponía la depuración racial e ideológica y obligaba a vigilar la aplicación de contenidos pedagógicos nazis en las diferentes disciplinas (Guillén Romo, 2019).

investigación económica bajo un enfoque puramente académico, sino aportar una solución práctica que permitiese adoptar y mantener un orden económico deseable.

Comprometidos con un proyecto orientado a redefinir los principios liberales a través de un “liberalismo ordenado”, su objetivo era el de aunar libertad individual y bienestar social a través de un orden institucional bien establecido, creado y conducido por el Estado como marco legal garante de una sociedad libre, próspera y humana (Fritz et al., 2021, p.3). De esta forma, el ordoliberalismo surge como enfoque “neoliberal” alternativo al preponderante en ese momento en otros círculos germano parlantes: la Escuela Austriaca.

El cuerpo teórico del Ordoliberalismo fue diseñado por Walter Eucken en sus principales obras, *Cuestiones Fundamentales de la Economía Política*, publicada en su primera edición alemana en 1939, y *Principios de Política Económica*, obra póstuma de 1952.

A lo largo de sus trabajos, Eucken desarrolla un enfoque de estudio teórico integrado (*Ordnungstheorie*) y la conformación política de un orden constitucional económico, político y social (*Ordnungspolitik*) cuya

“(...) tarea central (...) es formular las condiciones con arreglo a las cuales puedan desarrollarse órdenes económicos capaces de funcionamiento y dignos de los hombres” (Eucken, 1950, p.184 citado en San Emeterio, Di Capua y Romero, 2021) ante el reto de dar respuesta a “cómo organizar una economía industrializada de una forma eficiente y humana” (Eucken, 1951, p.334).

Para Eucken, la realidad económica, el *orden económico*, se configura como un todo que comprende elementos de diversa índole: políticos, legales, sociales... todos ellos vinculados entre sí, de tal forma que:

(...) el orden económico, como un todo, así como los Órdenes parciales que lo componen se encuentra en una situación de recíproca interdependencia respecto de todos los demás Órdenes humanos (...). Por tanto, no existe únicamente una interdependencia económica, sino también una interdependencia del Orden Económico respecto de todos los demás Órdenes que rigen la vida de las personas (Eucken, 2017, p.31).

De entre los tres órdenes económicos o métodos de dirección a aplicar al proceso económico a los que Eucken dedica un riguroso análisis,

“dirección de la economía o entidades estatales centrales, por grupos y por la competencia”, su respuesta a la pregunta formulada es contundente: la competencia perfecta, al tratarse una “competencia por eficiencia” (Eucken, 2017, pp. 295-299).

Clarificado el objetivo, cómo alcanzarlo se convierte en la segunda cuestión. En este punto, el argumento de Eucken también es claro: la creación y mantenimiento del orden de la competencia debe constituir una tarea en sí misma para, de este modo, alcanzar resultados económicos y sociales ventajosos ya que “estos órdenes no van a surgir de forma espontánea” [como sostenía Hayek] (Eucken, 2017, p.31) ni a sobrevivir sin ayuda. Lo que hace imprescindible la acción del Estado.

Ahora bien, esta primacía del orden sobre la libertad individual y del bienestar común sobre el personal no debe conducirnos a conclusiones precipitadas. No se trata de renegar del papel de la libertad individual inducida por el propio interés como fuerza impulsora del progreso económico y social, sino más bien de considerarla como condición necesaria, aunque no suficiente, para garantizar un desempeño económico eficiente.

De la comprensión de la composición los diferentes órdenes económicos existentes surge la *Ordnungspolitik*, que materializa la puesta en práctica de un marco institucional garante del orden de la competencia.

Las condiciones que han de regir el desarrollo del proceso económico se recogen en lo que Eucken denomina “constitución económica”, entendida como el marco institucional que garantiza el orden de la competencia, de forma que las acciones individuales sirvan realmente al bien común y se eviten formas perniciosas que perjudiquen el correcto funcionamiento del mercado, como la formación de cárteles y monopolios.

Dicha constitución económica está instituida por dos grupos de principios. Los “principios constituyentes”, que definen las “reglas del juego”, permitiendo “la constitución de un determinado y buscado orden económico, creando las condiciones para que este Orden se desarrolle” (Eucken, 2017, p. 341). Y los “principios reguladores”, subordinados a los anteriores, pero fundamentales para que “el orden de competencia mantenga su capacidad de funcionamiento” (Eucken, 2017, p.345).

Establecido el marco institucional, tan solo queda definir su brazo ejecutor. En este punto, Eucken es taxativo: el Estado debe ser el encargado de velar por el cumplimiento de la constitución económica y, por ende, de garantizar el orden económico. Un Estado que, a diferencia de las economías de dirección centralizada, está supeditado a la constitución económica, y no al contrario, lo que impide que pueda convertirse en el objetivo de los grupos de interés. Dicho de otro modo, la constitución económica otorga y delimita la actuación del Estado en pro del correcto funcionamiento del orden económico.

En el apartado siguiente veremos las similitudes en la descripción de ese marco institucional de Eucken con Hume y Smith.

## 5. LOS PARALELISMOS EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA ESTRUCTURA INSTITUCIONAL

Eucken en sus *Principios de Política Económica* hace innumerables alusiones de la política del *Laissez-faire*. Desde el inicio de su obra mantiene una actitud ambivalente. Por un lado, defiende la armonía natural de intereses que Smith recogía en la famosa “mano invisible”, pero por otro, subraya el peligro potencial de que “el interés individual se vuelva contra el interés general” (Eucken, 2017, p. 423).

La concentración del poder de los empresarios era una de las posibles consecuencias de dejarse llevar por la atracción no deliberada de la mano smithiana que podría conducir a “formas de mercado distintas de la competencia” (Ibídem, p. 235). Esta interpretación ordoliberal del planteamiento de Smith olvida muchas de las atribuciones que el escocés otorga al Estado. Como señala Viner en su artículo clásico sobre el *laissez-faire* de Smith, un lector no advertido se sorprendería de la cantidad de intervenciones que aprueba Smith en la *Riqueza de las Naciones* (Viner, 1927). De haber sido consciente de ello, tal vez los reparos de Eucken a la política económica clásica se hubieran moderado. En este sentido cabe calificar la interpretación de Eucken como una versión naif del liberalismo de Smith (Horne, 2019, p.12).

Con independencia de la afinidad que Eucken sintiera por los postulados liberales de Smith y de la profundidad y comprensión que pudiera tener

de ellos, lo cierto es que compartía con él y con Hume un entendimiento de la estructura institucional óptima para la generación de riqueza. Este trabajo se centra precisamente en esto, en la herencia no reconocida de estos dos ilustrados escoceses en la obra de Eucken.

Uno de los principios constituyentes por los que aboga Eucken es el de propiedad privada: “La propiedad privada forma parte de las condiciones previas para la existencia del Orden de la Competencia” (Eucken, 2017, p. 324). Sin embargo, por sí misma no constituye una garantía para la realización del Orden de Competencia. La generación de monopolios es un caso claro donde no es compatible la propiedad privada y la construcción de un Orden Social libre. (Eucken, 2017, pp. 324-27)

Esta idea de la propiedad privada como condición necesaria para dar consistencia al edificio económico-social forma parte del legado institucional de los ilustrados. David Hume señalaba en el *Tratado de la naturaleza humana* que:

A nadie le puede caber duda de que la convención para distinguir la propiedad y estabilizar las posesiones es, en todo respecto, lo más necesario para la constitución de una sociedad humana; después de llegar a un acuerdo para fijar y obedecer esta regla, queda poco o nada que hacer para asegurar una perfecta armonía y concordia (Hume, 1998, p. 661).

Evidentemente, Eucken no diría que quedase poco por hacer, para él la intervención del Estado iba más allá de la defensa de las propiedades de los individuos. En este aspecto, Hume no expuso un programa completo de intervención pública en sus obras. Lo más lejos que llegó fue a criticar las reglamentaciones mercantilistas en contra del libre comercio, esas “innumerables capitaciones, obstáculos e impuestos, con los cuales todas las naciones de Europa y los ingleses más que en ninguna otra, cargan al comercio por su excesivo deseo de amasar dinero” (Hume, 1982, p.130).

Curiosamente Eucken, en una descripción un tanto irónica de las políticas del *laissez-faire*, se refiere a ese conjunto de recomendaciones anti-mercantilistas que conducirían a un orden divino, a una “lógica con la que Dios había dotado las cosas” (Eucken, 2017, p. 58). Nuevamente yerra en esta interpretación deísta de la armonía natural que Eucken atribuye a los autores clásicos. Hume rechazó cualquier atisbo de influencia

divina en sus planteamientos filosóficos. Tampoco se puede decir de Smith en la *Riqueza de la Naciones*. Sólo en la *Teoría de los Sentimientos Morales* existe algo similar a una Providencia divina que, por otra parte, no se pronuncia sobre la pertinencia o no de eliminar el proteccionismo mercantilista. Como señala Horn, Eucken parece sobreestimar este determinismo de carácter religioso de Smith (2019, p. 11).

Como vemos, Eucken intenta diferenciarse del liberalismo clásico con sus críticas al *laissez faire*. Unas veces adopta una visión naif de ese liberalismo, otras, malinterpreta las apelaciones de Smith a Dios y al Maestro del Universo. Sin embargo, quiera Eucken o no, las similitudes son patentes. Smith, repetirá los argumentos de Hume. La propiedad privada es condición *sine qua non* para que las sociedades puedan tener las mínimas posibilidad de prosperar: “es el pilar fundamental en que se apoya todo el edificio”,

Si desaparece, entonces el inmenso tejido de la sociedad humana, esa red cuya construcción y sostenimiento parece haber sido en este mundo, por así decirlo, la preocupación especial y cariñosa de la naturaleza, en un momento será pulverizada en átomos. (Smith, 1997, p. 186).

La estructura institucional, ese tejido que sostiene la sociedad, depende de la definición y defensa por parte del Estado de los derechos de propiedad. Eucken mantiene estos mismos postulados: “la propiedad privada es una condición previa, irrenunciable, para preservar la esfera de la libertad privada”, y añade, es “la condición previa para un Orden Estatal y Social Libre” (Eucken, 2017, p. 327). Las semejanzas son notorias con la descripción de las bases institucionales en la *Riqueza de las Naciones*:

El comercio y las manufacturas pocas veces pueden florecer durante mucho tiempo en un estado que no se disfrute de una ordenada administración de justicia, donde el pueblo no se sienta seguro en la posesión de sus propiedades, en el que el cumplimiento de los contratos no sea amparado por la ley y en el que su autoridad no se ocupe de forma permanente en obligar a que paguen sus deudas todas aquellas personas que se halla en condición de hacerlo (Smith, 1988, p. 937).

Una idea similar a la que había mantenido Hume en el *Tratado de la Naturaleza Humana*:

Los hombres no pueden vivir en sociedad, ni asociarse sin gobierno. El gobierno establece las diferencias en la propiedad, ordenando así las diferentes clases de hombres, lo que a su vez ocasiona la industria, el comercio, las manufacturas, el derecho, la guerra, las ligas y alianzas, los viajes, la navegación, las ciudades, los barcos, los puertos y todas las demás acciones y objetos que producen una tal diversidad y, al mismo tiempo, mantienen una tal uniformidad en la vida humana. (Hume, 1998, p. 545).

La importancia del Estado como agente que conforma el marco institucional que aparece en las citas anteriores de Smith y Hume también se encuentra en Eucken. El Estado -señala- “ha de influir en el marco institucional y en el orden dentro del cual se desarrolla la actividad económica, así como ha de fijar las condiciones en que se desenvuelve un orden económico capaz de funcionamiento y digno de los humanos” (Eucken, 1950b, p. 337). En definitiva, los tres autores comparten una descripción general del marco institucional sobre el cual se desarrolla la actividad económica, esto es, la defensa de la propiedad privada y la necesaria intervención del Estado para hacer valer estos derechos.

No obstante, existe también una diferencia. La actitud de Eucken es hostil a admitir que, una vez que se instaura la propiedad privada, el libre juego del mercado conduciría por sí mismo al bien común. Es necesaria la intervención del Estado que configura a través de los principios reguladores. Estos principios deberán solucionar, entre otros, el problema del monopolio, llevar a cabo una política de rentas y evitar la caída de salarios por el comportamiento anómalo de la oferta. (Eucken, 2017, Cap. XVII). Como veremos, en realidad estas diferencias son mucho menores que lo que él admitiría.

## 6. RECHAZO A LOS MONOPOLIOS

El análisis de la postura de Smith y Hume acerca de la cuestión del monopolio, así como su evidente sintonía con las ideas de Eucken al respecto, no puede prescindir de la consideración de elementos teóricos como la visión del papel del Estado, la relación que ambos autores defienden entre libertad individual, por un lado, y mecanismos económicos por el otro, el tipo de liberalismo que propugnan, el contexto histórico y

los orígenes de la formación de sus pensamientos. Como afirma Martinnelli (2015),

“Cuando nos proponemos analizar los conceptos de los pensadores escoceses relativos a dinámicas económicas e instituciones jurídicas, no tenemos que olvidar su dimensión de filósofos morales e históricos de las civilizaciones” (p.7)

La centralidad que ambos autores reconocen al ser individual y a la naturaleza humana, así como la defensa de su libertad, pasan por el rechazo de un Estado que, como en el marco de las prácticas mercantilistas, se impone como el ideal más alto de gobernanza, aplastando cualquier brote de iniciativa económica individual.

En esta reconstrucción de los caminos liberales de los tres autores, la cronología nos coloca primero en la obra de Hume que se adelantó unos años a los principios de teoría económica de Smith. En su condena a los mandamientos del mercantilismo y a las concentraciones de poder que generan las instituciones monopolistas, Hume exalta la libertad del individuo a través de la reivindicación de la libertad de comercio como sistema de relaciones que hunde sus raíces directamente en la naturaleza humana, naturaleza que ningún Estado puede moldear y alterar según sus objetivos e intereses, siendo natural en el ser humano la predisposición al intercambio de bienes como medio para sobrevivir.

Hume presenta, además, el libre comercio como el camino más directo hacia el progreso económico y humano. En este sentido, será el mecanismo de la “emulación entre naciones rivales” el que permita concretar la libertad de comercio y de competencia en mercancías que, circulando libremente entre economía distintas, se convierten en vehículos de conocimientos de los que todos pueden aprender métodos y técnicas para mejorar e innovar.<sup>676</sup>

---

<sup>676</sup> Este razonamiento se podría considerar como el esbozo, a escala mayor, del ideal de *simpatía* de Smith por el que la felicidad individual se alcanzaba sólo con la realización de la felicidad de los demás: el negocio o comercio de cada agente y de cada país será más exitoso si lo serán los de los demás competidores y países. Sobre las ventajas del comercio internacional, véase también Dos Santos Oliveira, F. (2017, pp. 29-52)

Un Estado difícilmente puede llevar muy lejos su comercio e industria si todos los Estados que le rodean se encuentran sepultados en la ignorancia, la pereza y la barbarie. (Hume, 2008 p. 139)

Ese mismo ideal de Estado que no antepone sus objetivos de grandeza al bienestar de los súbditos, la podemos encontrar en la compatibilidad que Hume considera posible, casi como una norma general, entre poder del Estado y felicidad, opulencia, de los ciudadanos:

Así como los particulares reciben mayor seguridad en la posesión de su comercio y riquezas del poder de las instituciones públicas, de igual forma el Estado se hace más poderoso en proporción de la opulencia y extensión del comercio de los particulares. (Hume, 2008, p. 65).

La imagen del Estado que emerge de tal consideración es, una vez más, la de un Estado garante. En el sistema de monopolios, la balanza de los intereses caía siempre hacia las ambiciones de superioridad políticas de los gobernantes, desviando todos los beneficios del comercio hacia las necesidades de las Monarquías y las grandes instituciones económicas públicas creadas para sostenerlas.

El Estado, en Hume, al contrario, tendría que surgir cual baluarte para proteger a los ciudadanos de cualquier mecanismo de gobernanza arbitrario, porque “sin leyes, magistrados y jueces no se podrían impedir los abusos de los fuertes sobre los débiles, de los violentos sobre los justos y equitativos” (Hume, 2005, p.146).

En fin, la defensa de la libertad necesita el respeto que el Estado debe asegurar del *orden natural*, incluyendo en ese orden el mismo determinismo de la naturaleza y de la voluntad humana, que permite al individuo elegir entre “el poder de actuar o no actuar” (Hume, 2001, p.95), es decir seguir u oponerse a un camino marcado.

Los soberanos deben tomar a la humanidad tal como la encuentran y no pueden pretender introducir ningún cambio violento en sus principios o formas de pensamiento. [...] Ahora, de acuerdo con el natural curso de las cosas, la industria, las técnicas y el comercio, incrementan el poder del soberano, a la vez que la felicidad de los súbditos; en cambio, es violenta la política que engrandece el Estado a través de la pobreza de los individuos. (Hume, D. 2008, p.69).

El marco de garantías, seguridad física y jurídica que el Estado tiene que asegurar para el libre y eficaz desenvolvimiento de los operadores

económicos está claramente presente también en la obra de Smith, como condición bien distinta de un sistema de leyes que enjaulan a las libertades individuales, acabando con el mismo beneficio colectivo. La manifestación más directa del fracaso de la gestión de los procesos económicos por parte del Estado, es decir cuando la regulación acaba siendo dirección indebida de los mecanismos del mercado, es, según Smith, la formación de monopolios.<sup>677</sup>

Smith habla claramente de un «sistema de libertad natural», que no se impone como fuerza superior, sino que, como hemos visto, está constituido por un cuadro regulatorio y legislativo, es decir, la mano visible del Estado y el entorno institucional.

La denuncia de los males de los monopolios aparece, de hecho, diluida en toda su obra, tal vez de manera más efectiva en lo relativo a cuestiones económicas y prácticas (formación de los precios), y más sutil en sus intervenciones sobre asuntos de ética y moral.

El término “privilegio”, bajo la lupa ética, merece una atención especial por tener una doble vertiente. Por un lado, representa un importante punto de conjunción con la misma denuncia de los perjuicios al interés general que suponen las instituciones monopolistas en la obra de Eucken, en la que ese término también suele recurrir y, por el otro, remonta a las citadas “premisas morales” que acompañan la obra propiamente económica de Smith. El privilegio rompe con aquella situación de equidad e igualdad que se puede considerar el efecto buscado a través del sentimiento de “simpatía”, entendida como la necesidad de satisfacer las necesidades del otro, y no sólo las propias, a través de un intercambio que busca un bien común. Si a esto añadimos la noción del «espectador imparcial» que empuja a los individuos a elegir acciones beneficiosas para su entorno, es evidente la incompatibilidad entre esta búsqueda de reciprocidad que guía la conducta humana y una condición privilegiada

---

<sup>677</sup> El contexto histórico que enmarca la obra de Smith coincide con una época de transición y grandes cambios propiciados, entre otros procesos, por la Revolución Industrial británica. En este nuevo escenario, los privilegios de las grandes élites aparecen como el principal mal del que librarse en cuanto obstáculo a la implantación de un sistema social fundado en la justicia, libertad y equidad de derechos.

que establece relaciones de superioridad e inferioridad, lo que viene a ser el sistema de poder del monopolio.

Por más egoísta que quiera suponerse al hombre, evidentemente hay algunos elementos en su naturaleza que lo hacen interesarse en la suerte de otros de tal modo, que la felicidad de éstos le es necesaria, aunque de ello nada obtenga, a no ser el placer de presenciarla. (Smith, 1997, p. 49).

La condena del monopolio se concentra en varios elementos que conforman el edificio teórico de la obra económica de Smith. Por ejemplo, con relación a la diferencia entre precio natural y precio de mercado, sobre las circunstancias que provocan aumentos en el segundo, Smith afirma:

Al mantener el mercado continuamente desabastecido, esto es, al no cubrir totalmente la demanda efectiva, los monopolistas venden sus mercancías por encima de su precio natural y elevan sus ganancias, bien sean estas en salarios o beneficios, por encima de su tasa natural» (Smith, 1988, p.145)

Walter Eucken, al igual que Smith se preocupa por el desabastecimiento que producen los monopolios. Tanto los monopolios públicos como los privados, “quieren alcanzar el nivel con el mayor producto neto (...) la mayoría de las veces, está muy alejado del punto en el se produce la satisfacción óptima de la demanda” (Eucken, 2017, p. 347).

Otro tema en el que Smith manifiesta el contundente rechazo de todo tipo de organización monopolista es el del colonialismo y de todas las instituciones que las monarquías absolutas europeas implantaron para afirmar su dominio comercial y geográfico.

Aplicar el sistema mercantilista como una especie de “etapa” obligada para poder fortalecer el aparato productivo nacional en la fase de formación de una nación, había creado la ilusión de una “independencia comercial” que, al contrario de los efectos deseados, rompió con cualquier norma de eficiencia económica, además de reprimir, hasta en las

decisiones privadas, la libertad económica de los miembros de una sociedad.<sup>678</sup>

Otorgar el monopolio del mercado interior al producto de la actividad doméstica en cualquier manufactura o actividad específica, es en cierta medida dirigir la forma en que los particulares han de emplear sus capitales y, en caso todos los casos, es una regulación inútil y dañina (Smith, 1988, p. 504)

Donde las conclusiones del análisis de Smith sobre la perversión de los mecanismos mercantilistas y monopolistas se hacen más esclarecedoras es relativamente al funcionamiento de la Ley de Navegación británica.

Cuando, por la ley de Navegación, Inglaterra se apropia del monopolio del comercio colonial, los capitales extranjeros que estaban antes implicados se retiraron necesariamente. El capital inglés, que antes solo abarcaba una parte, debía ser ahora el único. (Smith, 1988, p.636)

Se produce entonces un cambio de dirección total en la dirección del comercio y no tanto una adición al comercio que poseía Inglaterra previamente (*Ibidem*, p. 639). Esa concentración de los capitales británicos en el comercio colonial, es decir el monopolio colonial, rompe aquel “equilibrio natural” que sólo se mantiene cuando los capitales se reparten entre más mercados y comercios, y anula las condiciones para poder limitar la incertidumbre a través del mecanismo de la “compensación” que se da cuando los riesgos están repartidos entre distintas actividades económicas.

Debemos distinguir cuidadosamente entre los efectos del comercio colonial y los del monopolio de ese comercio. Los primeros son siempre y necesariamente beneficiosos; los segundos, son siempre y necesariamente dañinos. [...] No obstante, si el comercio colonial, incluso tal y como se lleva a cabo en la actualidad, es ventajoso para Gran Bretaña, no lo es por el monopolio, sino a pesar suyo. (Smith, 1988, p. 647-649)

En Eucken, como hemos visto, la existencia de un Estado fuerte, lejos de ser sinónimo de dirección de la economía, es claramente funcional a la salvaguarda de la libertad individual. El Estado protege y regula el

---

<sup>678</sup> Las argumentaciones desarrolladas por Smith en contra de los efectos del monopolio también dejan algún margen a la consideración de circunstancias especiales y puntuales en las que la concesión del monopolio, por ejemplo a los mercaderes y marineros británicos, se puede considerar algo necesaria, aunque de forma transitoria. Véase Smith, 1988, p. 504 y ss.

orden de la competencia, sin alterarlo, en cuanto condición indispensable al correcto funcionamiento de una economía social de mercado y para que cada individuo pueda participar en la vida económica ejerciendo su derecho a la libertad. En este sentido, hay que entender la regulación del libre mercado y de la libre competencia como el principal sistema de defensa en oposición a la concentración de poder que supone asignación de privilegios y otras prácticas discriminatorias<sup>679</sup>. Y esto es así porque (...) “quien tolera luchas monopolistas impide el desarrollo de una competencia por eficiencia. Y quien quiere que exista la competencia por eficiencia no puede afirmar y tolerar luchas monopolistas” (Eucken, 2017, p. 73).

El ordoliberalismo vio claramente que si el Estado del libre mercado capitalista había fracasado fue por no haber logrado contener aquellas tendencias monopolistas que el mismo capitalismo había generado como efecto de una libertad desregulada. Pero no por esto llegó a considerar una estricta dirección de la economía como solución al abuso de libertad. Al contrario, una administración centralizada, como había demostrado el régimen nazi que Eucken observó muy de cerca, también resultó ser un mecanismo generador de centros de poder económico en manos de grupos privilegiados, por su apoyo y fidelidad al régimen. La propuesta ordoliberal se colocó, entonces, en un punto intermedio, la *dritte Weg*, un capitalismo “ordenado”, basado en una libre competencia regulada por un Estado fuerte y presente, pero como garante de condiciones de igualdad.

Para los tres pensadores la verdadera amenaza a la libertad económica individual, es decir la formación de monopolios, surge en presencia de dos condiciones que se polarizan en dos términos extremos opuestos: el mal funcionamiento de la regulación estatal, cuando el Estado está “demasiado presente” y de manera invasiva, y la ausencia de un Estado fuerte que regule los mecanismos de libre mercado.

---

<sup>679</sup> Véase Llano Reyes, C., 2010, p.58: “En este marco el Ordoliberalismo de Eucken puede ser visto como expresión de un liberalismo radical, crítico a las tendencias monopólicas, que se ligó al conservadurismo social católico alemán, preocupado del mantenimiento del orden social, de los principios de solidaridad y bienestar dentro de la sociedad alemana que se debía reconstruir después de la dictadura y la guerra total”.

## 7. CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo era establecer determinados vínculos entre el pensamiento económico de Walter Eucken y los filósofos escoceses precursores del pensamiento clásico: David Hume y Adam Smith. Más allá de las discrepancias manifestadas por Eucken sobre el *laissez-faire* clásico, si cotejamos las fuentes, vemos que hay muchas más similitudes que las admitidas por el autor alemán. A continuación, enumeramos las principales:

1. Los tres autores comparten la idea de que la propiedad privada y su defensa por parte del Estado forma parte de la estructura institucional básica que debe tener la sociedad para que su economía prospere. Para Eucken esta estructura era condición necesaria, pero no suficiente y, por consiguiente, arroga al Estado un ámbito de acción más amplio para construir un “orden de la competencia”. No obstante, una lectura pausada de Hume, y especialmente de Smith, nos hace concluir en que la acción del Estado defendida por los autores escoceses no se aleja demasiado en cuestiones relacionadas con la oposición a los monopolios y los grupos de interés.
2. En relación con el punto anterior, hemos visto como Smith rechaza la formación de monopolios. Incluso en el caso del comercio colonial o las leyes de Navegación, Smith siempre distinguió claramente entre las ventajas de comercio ultramarino y los perjuicios que acarrea un comercio monopolizado. Podría objetarse que Smith se centró en los monopolios comerciales, mientras que Eucken amplía su definición de monopolio a las actividades industriales. Aun así, tanto para Eucken como para Hume o Smith, el “orden de la competencia (léase ley natural)” requiere de la eliminación por parte del Estado del poder de monopolio que pudiera surgir en la actividad económica.

Por último, hemos de advertir que tanto unos como otros, ilustrados y ordoliberalistas, estuvieron influidos por el momento histórico que les tocó vivir. Los primeros tuvieron que enfrentarse a un Estado de corte mercantilista y su misión consistió en aportar los fundamentos teóricos para

romper las ataduras proteccionistas. Para Eucken, se trataba de poner límite a un liberalismo que había permitido la llegada del nazismo sin estar abocados a la planificación de los regímenes comunistas. Al margen de estos dos contextos históricos claramente diferentes, en el fondo, como hemos visto, esta “tercera vía” diseñada por los ordoliberales en poco se diferenciaba del liberalismo moderado de los autores ilustrados.

## 8. REFERENCIAS

- Ballestrem, K. G. (2001): Adam Smith; München.
- Báques Quesada, J., (2002). La Ilustración escocesa: ¿un depósito de intuiciones para el neoconservadurismo?, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N. 118, octubre-diciembre, p. 143-180.
- Bonefeld, W. (2012). Adam Smith and ordoliberalism: on the political form of market liberty, *Review of International Studies*.
- Dos Santos Oliveira, F. (2017). I vantaggi del commercio internazionale secondo David Hume e Friedrich List, *Attraverso i conflitti. Neutralità e commercio fra età moderna ed età contemporanea*, Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste, pp. 29-52.
- Eucken, W. (1950). Política económica del laissez-faire, economía planificada y orden de la competencia. *Arbor*, febrero, 179-190.
- Eucken, W. (1950b). Política económica del laissez-faire, economía planificada y orden de la competencia. *Arbor*, marzo, 323-337.
- Eucken, W. (1951). *This Unsuccessful Age or The Pains of Economic Progress*. With an introduction by John Jewkes, London, Edinburgh, Glasgow.
- Eucken, W. (2017). *Principios de Política Económica*. Navarra. Aranzadi.
- Fritz, R., Goldschmidt, N. y Störing, M. (2021). Contextual liberalism: the ordoliberal approach to private vices and public benefits. *Public Choice*.
- Guillén Romo, H. (2019). La deshomogenización del discurso neoliberal: del ordoliberalismo alemán al ultraliberalismo austro-estadounidense. *Economía UNAM*, 16(47), 140-186.
- Horn, K. (2019). The difficult relationship between historical ordoliberalism and Adam Smith, *Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik*, No. 19/03, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Institut für Allgemeine Wirtschaftsforschung, Abteilung für Wirtschaftspolitik und Ordnungsökonomik, Freiburg i. Br.

- Hume, D. (1982), *Ensayos políticos*, [1752]. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- Hume, D. (1998). *Tratado de la naturaleza humana* [1739-40]. Madrid. Tecnos
- Hume, D., (2001) *Investigación sobre el conocimiento humano*. Traducción, prólogo y notas de Jaime de Salas Ortueta. Madrid. Alianza Editorial.
- Hume, D., (2005). *Ensayos Políticos*. Unión Editorial.
- Hume, D., (2008). *Ensayos Económicos. Los orígenes del capitalismo moderno*. Edición de Javier Ugarte Pérez. Biblioteca Nueva.
- Hutchison, T. W. (1979). Notes on the effects of economic ideas on policy: The example of the German Social Market Economy. *Bd. 135, H. 3, Currency and Economic Reform: West Germany after World War II: A Symposium* (septiembre de 1979), 426-441.
- Hutchison, T. W. (1981/1992): *The Politics and Philosophy of Economics. Marxians, Keynesians and Austrians*; Aldershot/Hampshire..
- Klum, R. y Woersdoerfer, M. (2010). *An Ordoliberal Interpretation of Adam Smith*, *ORDO · Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft* (Lucius & Lucius, Stuttgart 2010) Bd. 61
- Llano Reyes, C., (2010). El deber del Estado en el Ordoliberalismo de Walter Eucken: Tradición y coyuntura en el manejo político-económico del Estado, *Revista Chilena de Economía y Sociedad*, 4(1), diciembre, p. 15-27.
- Martinelli, C. (2015). I fondamenti costituzionali dell'illuminismo scozzese, *Club La Scozia nella storia costituzionale delle Isole britanniche*, Departamento de Ciencias Jurídicas Nacionales e Internacionales de la Università degli Studi di Milano-Bicocca, 11 de abril, 2014.
- Recktenwald, H. C. (1974/2005): *Würdigung des Werkes*; in: *Smith: Der Wohlstand der Nationen*; München; pp. XV-LXXIX.
- Recktenwald, H. C. (1985): *Ethik, Wirtschaft und Staat. Adam Smiths Politische Ökonomie heute*; Darmstadt.
- Reimers, P. (2000). An Austrian School view on Eucken's ordoliberalism. *Analyzing the Roots and Concept of German Ordoliberalism from the Perspective of Austrian School Economics*, *Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política*, Vol. XVII, n.º 1, Primavera 2020, pp. 13 a 53.
- San Emeterio, Di Capua y Romero (2021). La ordnungspolitik de la Nueva Economía Institucional, *Revista de Economía Institucional*, vol. 23, n.º 44, primer semestre/2021, pp. 109-135.

- Smith, A. (1997). La teoría de los sentimientos morales. [1759]Traducción y estudio preliminar de Carlos Rodríguez Braun. Madrid. Alianza Editorial.
- Smith, A. (1988), Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones, [1776], Barcelona, Oikos-Tau.
- Ulrich, P. (1997/2008): Integrative Wirtschaftsethik; Bern.
- Vanberg, V. j. (2014). Ordnungspolitik, the Freiburg School and the reason of rules, Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik, No. 14/01, Albert Ludwigs-Universität Freiburg, Institut für Allgemeine Wirtschaftsforschung, Abteilung für Wirtschaftspolitik, Freiburg i. Br.
- Viner, J. (1927), Adam Smith and Laissez Faire, The Journal of Political Economy, Vol. 35, No. 2. (Apr., 1927), pp. 198-232.
- Zanini, A. (2014). Adam Smith. Morale, jurisprudence, economia politica, liberilibri, Macerata.

PRIVANZA Y TRANSMISIÓN DE REALES ÓRDENES  
DURANTE EL REINADO DE FELIPE III.  
EL FRACASO DEL PRIMER SISTEMA DE VALIMIENTO  
DE LA MONARQUÍA HISPÁNICA

---

ADOLFO HAMER-FLORES  
*Universidad Loyola Andalucía (España)*

## 1. INTRODUCCIÓN

El siglo XVI constituyó para la Monarquía Hispánica una etapa de expansión territorial sin precedentes. Tanto es así que de sobra es conocida la expresión, atribuida a Felipe II, de que en los dominios del rey español nunca se ponía el sol. Ahora bien, sus dimensiones y las considerables distancias también hicieron más complejas las labores de gobierno y llevaron pronto a un considerable incremento de las tareas administrativas. Así, el gobierno de las armas se unió estrecha e indisolublemente al gobierno de la pluma, hasta el punto de que dicho monarca es conocido como el rey burócrata.

Ese considerable volumen de cuestiones a tratar, como es lógico, contribuyó a ralentizar significativamente su tramitación y resolución. No puede extrañar, pues, que el sistema polisindial, con el paso de los años, se mostrara más y más lento y sobrecargado, de ahí que el acceso al monarca y el control y la gestión eficaz de la información de sus dominios fueran ya desde el siglo XVI elementos clave para imprimir el ritmo que las referidas labores de gobierno requerían. Este último fue el motivo principal que llevó a la aparición, ya a finales de dicha centuria, de personajes que gozaron de la confianza del rey y que le auxiliaban en sus tareas de gobierno; precedentes de los conocidos como validos, los cuales tendrían su época de esplendor en la primera mitad del siglo XVII.

No obstante, esas labores de estrecha colaboración en los asuntos gubernativos colisionaron muy pronto con la práctica y costumbre de que solo el rey, de manera directa o a través de sus secretarios, transmitiera órdenes al aparato administrativo de la monarquía. Francisco de Sandoval y Rojas, primer duque Lerma, en su condición de valido de Felipe III, trasladaría, con el visto bueno de este, órdenes y disposiciones en su nombre; una práctica que por su frecuencia, así como por la importancia de los asuntos tratados, muy pronto causó recelos y desconfianzas en la corte (Martínez Peñas, 2007, pp. 400-401; Feros, 2002, p. 275). Las sospechas sobre si las reales órdenes procedían realmente o no del monarca encontraron amplia acogida no solo entre los enemigos de Lerma sino también entre otros sectores de la nobleza, así como en los círculos intelectuales, que no veían con buenos ojos que el rey delegara en exceso unas tareas que consideraban debía desempeñar directamente<sup>680</sup>.

Así pues, el modelo de valimiento al que dio forma el duque de Lerma se apoyó no solo en una estrecha relación de confianza con el monarca, sino también en un amplio control de su entorno político y palatino y, además, en la posibilidad de participar activamente en las tareas de despacho transmitiendo incluso reales órdenes y recibiendo directamente noticias de los territorios de la Monarquía Hispánica. Los dos primeros elementos, mejor o peor, no le acarrearón demasiados inconvenientes; no ocurriendo lo mismo con el último. Junto a las acusaciones de corrupción, la idea de que se había excedido en sus funciones actuando casi en lugar del rey adquirió una amplia difusión (Alvar Ezquerro, 2016). Tanto es así que el propio Felipe III llegó a suscribir la cédula de 15 de noviembre de 1618, de la que se colige que el monarca reconocía

---

<sup>680</sup> A modo de ejemplo, podemos mencionar que el escritor Francisco de Quevedo (1580-1645) llegó a convencerse de que el gobierno directo del rey representaba la solución de todos los males; considerando que «el reinar no es entretenimiento, sino tarea. Mal rey el que goza sus Estados, bueno el que los sirve» (Caminero, 1984, p. 93; Martínez Conde, 1996, p. 80). Aunque hasta mediados de la primera década del siglo XVII mostró su apoyo a Lerma, con obras como el *Discurso de las privanzas* (Pilat-Zuzankiewicz, 2017, pp. 67-77), posteriormente criticaría a Felipe III y a su valido, así como a sus clientelas y aliados, a los que consideraba políticos corruptos, llegando a afirmar del monarca que «acabó de ser rey antes de empezar a reinar» (Feros, 2002, p. 17).

que quizá habían sido excesivas las atribuciones concedidas a Lerma en el ámbito de transmisión de su real voluntad<sup>681</sup>.

En este sentido, el objetivo de la presente investigación consistirá en analizar ese primer modelo de valimiento que el duque de Lerma desarrolló, a fin de entender cuáles fueron los motivos fundamentales que lo llevaron a su fracaso y a la necesidad de reformular posteriormente las atribuciones y acciones de los validos en los que se apoyó el hijo y sucesor de Felipe III. Esos privados del segundo cuarto del siglo XVII tomaron buena nota de los errores de Lerma e impulsaron la creación de una secretaría que se ocupara de todo lo concerniente al despacho con el rey; la cual permitió, de paso, reducir la influencia del sistema polisindial en las decisiones adoptadas en ese despacho a la vez que reforzaba la influencia en él del valido sin incumplir la real cédula de 1618. Nos referimos a la secretaría del Despacho Universal, nacida tímidamente en los primeros momentos del reinado de Felipe IV pero que se fue haciendo cada vez más compleja e influyente, de la mano, sobre todo, del conde-duque de Olivares. Los individuos elegidos para desempeñarla estuvieron, por lo general, muy vinculados con los validos, incluso a nivel personal (Hamer Flores, 2019).

## 2. MONARQUÍA Y PRIVANZA DURANTE EL REINADO DE FELIPE III

La historiografía tradicional, que se extendió hasta los años sesenta del pasado siglo, defendió que el valimiento real en la monarquía española encontró su razón de ser en el ascenso al trono de unos monarcas débiles que perdieron parte de su soberanía a favor de unos individuos pertenecientes a la alta aristocracia, los cuales, gracias a la confianza y amistad que el rey les dispensó, se beneficiaron de su posición para acumular numerosos oficios y riquezas. De este modo, validos y decadencia eran dos

---

<sup>681</sup> Una copia de esta cédula dirigida a los Consejos, en la que el rey se reservaba la firma de los despachos y órdenes más importantes, se conserva entre los fondos relacionados con el ducado de Lerma (Archivo Histórico de la Nobleza, *Osuna*, ct. 3, doc. 21). El texto original, según Escudero (1999, p. 318), se halla en la Biblioteca Nacional de Francia, *Espagne*, 156, f. 69.

caras de la misma moneda. El profesor Francisco Tomás y Valiente ofreció en sus trabajos una explicación menos negativa, insertando a estos favoritos dentro del sistema político de su época. El valido en España, así como otros privados en varios países europeos, habría nacido de la necesidad de resolver las crecientes necesidades político-administrativas a las que debía dar respuesta el monarca en un momento en el que no se había fijado aún una cultura y una estructura institucional para ello.

Felipe III (1598-1621) permitió lo que su padre y abuelo siempre habían tratado de evitar: la existencia de un único ministro, con lo que inauguraba la etapa de grandes validos o privados asociados a los Austrias Menores. El propio Carlos I llegó a manifestar a su hijo que entre los principales inconvenientes de proceder así estaba el que los súbditos podrían pensar que el rey era gobernado, que ese individuo tendría tanto poder como para que fuera peligroso para el propio monarca o que aumentaría la inestabilidad política al favorecerse una facción concreta de todo el universo nobiliario español. Por ello, lo más adecuado era gobernar con la ayuda y consejo de muchos ministros, por más que hacerlo con uno solo fuera más cómodo (Feros, 2002, p. 42).

Muchas veces se ha afirmado que con el reinado del «rey piadoso» comenzó una etapa oscura de debilitamiento de la institución monárquica, aunque realmente se desarrolló entonces una importante dinámica en sentido contrario. La necesidad de reforzar la autoridad real se manifestó entonces con una firme voluntad tanto en la Monarquía Hispánica como en otras potencias -por ejemplo, Francia-, y para ello era fundamental acometer reformas (Elliot, 1984, p. 90). La historiografía ha hecho excesivo hincapié en la supuesta contradicción entre el deseo del valido de oír la voz del pueblo y su poco afecto a las asambleas representativas, sin embargo, esto no es un contrasentido. Esas asambleas, en la práctica, no se representaban más que a sí mismas y a sus intereses particulares; es decir, eran instituciones representativas nominalmente pero no realmente. De ahí la percepción de perniciosas para los intereses del Estado que tenía el propio gobierno con respecto a ellas, y los frecuentes intentos de reducir su influencia.

En cualquier caso, junto a ese reforzamiento de la institución monárquica nos encontramos también ante un incremento simultáneo del

poder de las oligarquías locales, especialmente en las grandes ciudades. Una realidad a la que contribuyó de forma decisiva la asfixia hacendística de la monarquía, lo cual hizo posible la venta masiva de oficios y dignidades. Una patrimonialización de oficios y espacios públicos que contribuyó, sin duda, a reducir el control que la Corona tenía sobre sus dominios<sup>682</sup>. Así pues, aunque se reforzó la autoridad regia, a la par se la debilitó en la práctica al hacer más fuertes a las oligarquías locales, las cuales estarían más preocupadas por sus intereses personales que en los de un Estado que dilapidaba sus recursos en inacabables conflictos para mantener su hegemonía y reputación. Dichas oligarquías supieron luchar activamente contra el poder central haciendo valer sus privilegios y negándose a participar activamente en lo que ellos denominaban un mal gobierno.

En ese reforzamiento del poder monárquico, el papel desempeñado por el valido fue siempre fundamental; como *alter ego* del rey, cuanto más poderoso fuera su señor mayor margen de influencia tendría él sobre los dominios de aquel. En este sentido, no se descuidó el ceremonial destinado a mostrar ante sus contemporáneos la calidad y el poder que disfrutaba gracias a contar con el favor regio. Ahora bien, no debe perderse de vista tampoco que el valido, como miembro de esas oligarquías que se beneficiaron de las ventas de oficios y señoríos, también debió responder ante sus aliados y ante los miembros de toda la estructura clientelar que lo sustentaba; circunstancia que lo hacía moverse, en un difícil equilibrio, entre el deseo de reforzar el poder del monarca y la necesidad de cuidar de los intereses de sus partidarios.

### 3. FELIPE III Y EL ORIGEN DE LOS VALIDOS

Frente a lo que tradicionalmente se ha venido sosteniendo, la figura del *valido* aparece en la Monarquía Hispánica ya en los últimos años del reinado de Felipe II. Un hecho, sin duda, sorprendente si tenemos en

---

<sup>682</sup> La bibliografía que se ha ocupado de estos temas es muy amplia. Entre las investigaciones más significativas, y con mayor impacto en otros trabajos posteriores, podemos citar a Domínguez Ortiz, 1970, pp. 105-137; Soria Mesa, 1995 y 2007; Tomás y Valiente, 1982; y Jiménez Estrella, 2012, pp. 259-272.

cuenta que se ha difundido hasta la saciedad su perfil de rey incansable, que despachaba durante horas leyendo cuanto documento se le enviaba y anotando él mismo en ellos en no pocas ocasiones sus reales órdenes. En sus últimos años de vida, no obstante, asistimos, como decíamos, a la génesis de la figura del valido. Su delicada salud le llevó a asistirse de una junta de gobierno integrada por Cristóbal de Moura, Juan de Idiáquez, Diego Fernández de Cabrera Bobadilla (conde de Chinchón), el marqués de Velada, el cardenal Alberto y el príncipe Felipe, heredero del trono (Tomás y Valiente, 1963, pp. 7-8); un hecho que es ampliamente conocido, pero no ocurre lo mismo con la circunstancia de que decidiera apoyarse especialmente en uno de esos hombres: Cristóbal de Moura<sup>683</sup>. Tanto es así que en 1591 le otorgó la autoridad para responder a las consultas de la junta de Gobierno y desde 1595 le permitió transmitir reales órdenes<sup>684</sup>.

Esta colaboración fue tan cercana que Felipe II llegó a afirmar que sin la ayuda de Moura «es cierto yo no podría dar un solo paso adelante con tan gran carga sin dar con ella en tierra», y recomendó a su hijo que se sirviera de él para gobernar (Feros, 2002, p. 100). Así pues, a pesar de que este rey había sido un gobernante burócrata por excelencia, a finales de su reinado tuvo un valido; por tanto, Felipe III, o mejor dicho, Lerma solo consolida y profundiza un sistema que ya se había adoptado con

---

<sup>683</sup> Cristóbal de Moura y Távora (Lisboa, 1538 – Madrid, 1613) se estableció en España en 1554, ocupándose de la diplomacia de Felipe II en Portugal para atraer partidarios para la causa del monarca español y, una vez que este ocupó también el trono luso, formó parte del Consejo de Portugal. Con la llegada al trono de Felipe III, recibió el nombramiento de virrey de Portugal, un empleo que desempeñó hasta en tres ocasiones, y se le concedió el título de marqués de Castel-Rodrigo. Sobre este individuo véase: Martínez Hernández, 2010.

<sup>684</sup> Esta posibilidad de transmitir reales órdenes ha generado no pocos equívocos en su interpretación. Por ejemplo, Leopold von Ranke llegó a sostener en el siglo XIX que Felipe III dio a la firma de Lerma igual valor que la suya; una afirmación errónea y de todo punto inaceptable pues ignora conceptos básicos del origen del poder en el Antiguo Régimen. La autoridad y el poder del valido emanan del monarca, por tanto, lo realmente importante era la posibilidad de firmar en nombre del rey sin la necesidad forzosa de que la firma regia también estuviera presente en el documento. El problema fundamental radicaba en la desconfianza que muchos mostraban de que el rey conociera realmente todas esas órdenes transmitidas por su valido, con lo que este último podría, en teoría, usurpar una potestad reservada al monarca. Ni que decir tiene que el monarca podía anular o modificar cualquier disposición de su valido, algo que nunca podía ocurrir en sentido contrario.

anterioridad<sup>685</sup>. Ciertamente, ni al rey prudente ni a sus colaboradores, entre ellos Moura, les agradaba el perfil del favorito del príncipe heredero, el referido conde de Lerma; de ahí el intento de alejarlo de la corte nombrándolo virrey de Valencia en 1595, un movimiento con escaso éxito pues a finales de 1597 de nuevo volvía a estar presente en el círculo cercano del príncipe. Este último se inclinaría siempre con claridad a su favor, tanto es así que incluso antes de fallecer su padre (13 de septiembre de 1598) su favorito recibió el importante nombramiento de caballero mayor por título de 4 de agosto de 1598; y nada más heredar la Corona, no solo lo confirmó en este cargo sino que al día siguiente de fallecer Felipe II lo designó también consejero de Estado (Feros, 1997, 11-36; Feros, 2002, pp. 105-111; Williams, 2010, pp. 66-67).

El nuevo monarca insertaba así a Lerma en las labores de gobierno y lo hacía partícipe al más alto nivel de la maquinaria burocrática del Estado. Como era de esperar, pronto se iniciaron las tareas de desmantelamiento del sistema de poder anterior<sup>686</sup> y se comenzó a construir uno nuevo en el que poco quedó en manos del azar (Escudero, 1999, pp. 295-297). Tanto es así que incluso se impulsaría una campaña de opinión apoyada en panfletos, memoriales, cartas, etc. con miras a atacar a los favoritos de Felipe II tachándolos de avariciosos cortesanos, de intentar usurpar el poder real y de tratar de mostrar al príncipe heredero como incapaz para el gobierno. En este contexto, en los primeros meses del reinado, Lerma fue desplazando o marginando, según quienes fueran los individuos afectados, de forma más evidente (Pedro de Portocarrero, obispo de Cuenca e inquisidor general; Rodrigo Vázquez de Arce, presidente del Consejo de Castilla; García de Loaysa, tutor del príncipe; etc.) o de manera disimulada (Cristóbal de Moura<sup>687</sup>), a todos aquellos que le

---

<sup>685</sup> Nos parece interesante reseñar, como expresa Tomás y Valiente (1963, p. 8), que no consta que nadie se opusiera abiertamente a la práctica de que el duque de Lerma transmitiera órdenes reales; a lo cual quizá contribuyó la ya mencionada circunstancia de que Felipe II hubiera permitido obrar de igual manera a Cristóbal de Moura.

<sup>686</sup> El desmantelamiento del sistema de juntas de Felipe II, unido a algunos nombramientos de consejeros, hicieron pensar en un primer momento que se devolvería a los Consejos su poder central como supuestos garantes de un gobierno justo; algo que, obviamente, nunca ocurrió.

<sup>687</sup> Su condición de ministro principal de Felipe II aconsejaba proceder con delicadeza. En este sentido, se le concedió el título de marqués de Castel Rodrigo en 1699, así como una sustanciosa encomienda en la orden de Calatrava; pero como contrapartida había perdido su puesto

podieran hacer sombra (Feros, 2002, p. 127). El nuevo valido alejó del rey a todo el que pudiera ir contra él, dejando solo a Juan de Idiáquez, y ello porque le era provechosa la confianza que en él tenía el monarca (Escudero, 1976, I, pp. 224-225).

El poder del valido dependía y se apoyaba esencialmente en gozar de la confianza del rey y en erigirse en intermediario entre este y el resto de la monarquía. Realidades ambas que exigían una permanente y constante presencia junto soberano, la cual por sí sola no aseguraba el éxito. Los integrantes de la familia real y de la propia corte daban forma a frecuentes alianzas y rivalidades que no siempre beneficiaban al favorito. Ello explica que Lerma nunca pudiera ver culminada, al igual que le ocurriría al conde-duque de Olivares décadas después, su intención de gozar por completo del favor regio, pues incluso en los momentos de máxima influencia sobre el rey contó con enemigos de primer nivel como el confesor real y el nuncio papal (Elliot, 1984, p. 79; Alvar Ezquerro, 2016, pp. 332-346).

En cuanto al modo en el que Lerma y sus sucesores en el valimiento accedieron a este empleo de confianza es evidente que el mecanismo fundamental fue el de hacerse con los principales empleos palatinos ligados al príncipe heredero y al rey (Feros, 1990, pp. 206-208). Destacaba el de gentilhomme de cámara por la proximidad que daba a estos, pero Francisco de Sandoval acabó haciéndose con la mayor parte de los más destacados. Este hecho, sumado a un conveniente control de la etiqueta, le permitió estar siempre presente junto al monarca y minimizar la influencia de otros cortesanos. Lerma era mayordomo mayor desde agosto de 1598, un cargo al que une el de sumiller de corps el 17 de diciembre de ese mismo año. Dicho sumiller de corps actuaba como cabeza de la cámara del rey, pues, aunque el titular era el camarero mayor, al no nombrarse desde finales del siglo XVI a nadie para su desempeño, sus responsabilidades pasaron a este. Su deber más importante era el de asistir al rey cuando se levantaba y acostaba, así como cuando comía en

---

como sumiller de corps a finales de 1698. Aun así, la cuestión no quedó ahí, en enero de 1600 se le ordenó salir de la corte y retirarse a sus estados de Castilla, y solo tres meses más tarde se le nombraría virrey de Portugal.

sus habitaciones privadas. El sumiller no podía separarse del rey, al que acompañaba en todas las audiencias públicas, visitas a las habitaciones de la reina y cuando se retiraba a su cámara. Además, elegía y gobernaba a un amplio número de servidores de palacio, incluidos los gentileshombres de la cámara. Por su parte, el caballero mayor acompañaba al rey siempre que salía de palacio. Así pues, con el control de estos dos empleos, que obligaban a su titular a residir en palacio, el valido lograba estar junto al rey casi toda la jornada diaria. Una presencia que se acrecentó aún más en 1603, cuando el duque fue nombrado general de la caballería de España (Sánchez González, 2019, pp. 78-81).

**FIGURA 1.** Retrato del cardenal Francisco Gómez de Sandoval y Rojas, primer duque de Lerma, grabado por Frans van den Wyngaerde.



Fuente: © Biblioteca Nacional de España, *Iconografía española*, sig.: IH/3874/2

Como hemos indicado, también usó a su favor la etiqueta palatina. Aunque el palacio real estaba frecuentemente muy concurrido por empleados y Grandes, Lerma contaba con la ventaja de que estos estaban obligados a permanecer en silencio ante el rey; una realidad a la que pronto pudo sumar una real orden de 1599 que redujo aún más el acceso a la cámara del rey. A partir de ese momento solo quien tuviera llave de la cámara, es decir, los servidores mayores de palacio y los gentileshombres de cámara, podían entrar en ella. Así se evitaba que accedieran a las habitaciones privadas del rey los Grandes sin oficio palatino, asegurándose que las reuniones con estos las celebraría el rey en la Pieza Oscura, adyacente a la alcoba regia, siempre en presencia del sumiller de corps (Feros, 2002, pp. 130 y 176-179).

Por si todo esto no fuera suficiente, en este entorno palaciego, tanto de la casa del rey como de la reina, así como en los Consejos y tribunales de la monarquía, el valido iría situando a sus familiares y clientes; a sus «hechuras» utilizando la jerga de la época. Además, el duque influyó en la composición del Consejo de Estado y en el nombramiento de los secretarios de Estado (Escudero, 1976, I, pp. 226-227). Por ejemplo, para poder inspeccionar todos los memoriales dirigidos al monarca, situó en 1601 como secretario de la cámara del rey a su favorito Rodrigo Calderón<sup>688</sup>. Asimismo, en un ámbito que le era hostil, como fue siempre la casa de la reina, ubicó a otro de sus favoritos, Pedro Franqueza<sup>689</sup>, para que actuara como secretario de la reina; hábil estrategia para tener el máximo control posible de la información que circulaba en la corte. Pero no solo de amigos y clientes se valió para proveer estos empleos, también los utilizó para ganarse el favor de otros Grandes de Castilla.

La voluntad del duque de Lerma para extender lo máximo posible su influencia llegó hasta el punto de poner sus miras en la ubicación de la corte, establecida de manera permanente en la villa de Madrid a comienzos del reinado anterior. Como centro de poder político y administrativo,

---

<sup>688</sup> Sobre el papel político de Rodrigo Calderón de Aranda, primer marqués de Siete Iglesias, al igual que sobre su implicación en las prácticas corruptas desplegadas durante el valimiento de Lerma, es imprescindible la consulta de: Martínez Hernández, 2009.

<sup>689</sup> Los trabajos dedicados a este secretario son abundantes, entre los que destacamos los siguientes: Guerrero Mayllo, 1991; Torras i Ribé, 1998; y García García, 1999.

constituía un magnífico espacio para proyectar la imagen de un rey poderoso, justiciero y piadoso. Una imagen que tanto él como sus sucesores trataron de compartir. Los inconvenientes que presentaba Madrid por la existencia de unas relaciones cortesanas muy afianzadas, por la presencia de nostálgicos de la de la austera corte de Felipe II y hasta por la existencia en ella de un ambiente crítico lo llevaron a impulsar, en 1601, su traslado a la ciudad de Valladolid (Feros, 1990, p. 208).

En cuanto a su participación en el gobierno, actuó gobernando a través de juntas, a las que rara vez acudía el monarca, y controlando el despacho del rey limitándolo casi a su persona. Para inspeccionarlo todo, Lerma necesitaba controlar el proceso consultivo, por lo que procedió con varias iniciativas. En noviembre de 1598 hizo que todas las consultas dirigidas al rey debieran consignarse por escrito, y gradualmente logró convertirse en el único intermediario entre este y el resto de los organismos e instituciones. De este modo, Lerma, sin ser secretario, incluso llegó a transmitir reales órdenes valiéndose sistemáticamente de expresiones muy similares a las empleadas por Moura: «El rey, por billete del duque de Lerma, manda...» (Feros, 2002, pp. 181, 186 y 203-206). El valido operaría habitualmente con la fórmula «de parte de Su Majestad», un proceder que encontró un respaldo sin precedentes en la real cédula de 23 de octubre de 1612. Sin desmerecer todas las iniciativas antes expuestas, este poder sobre el despacho fue, sin duda alguna, el más importante para hacer valer la influencia que tenía sobre el monarca; básicamente porque en este se resolvían los principales asuntos relacionados con la gobernanza de la Monarquía Hispánica. Su margen de maniobra en el despacho era tal que podía jugar incluso con enviar o no lo asuntos al Consejo de Estado según conviniera a sus intereses.

El duque, y sus sucesores, entendieron el valor de monopolizar el despacho a boca, evitando que el monarca tuviera otros secretarios con los que despachar independientemente (Escudero, 1976, I, pp. 233 y 236). Los secretarios del Consejo de Estado, al igual que los de otros organismos, quedaron limitados a entregar la información y a recibirla ya elaborada; ellos no la expondrían y su relación con el rey sería estrictamente profesional. El valido podía transmitir las órdenes del monarca y abrir los despachos, por lo que la presencia de un secretario junto a aquel

era ya innecesaria; y de ser necesario alguno, se podía recurrir a individuos como Calderón, secretario de la cámara. Pero este sistema, obviamente, no tardó en ganarse detractores y en gozar de no poca impopularidad.

Aunque el favorito de Felipe III fue receptor de un elevado número de tratados y avisos de naturaleza política en los que se resaltaban las virtudes para la monarquía de la existencia de un buen privado, entre los que podemos citar el *Veriloquium en reglas de Estado* del valenciano Tomás Cerdán (1604), también tuvo que lidiar con obras menos amables que, aunque no lograron las correspondientes licencias de impresión, o fueron perseguidas después de obtenerlas, circularon entre sus enemigos. Este fue el caso, por ejemplo, de la *Doctrina política civil, escrita en aphorismos y reglas sacadas de la doctrinas de los sabios y exemplos de la experiencia* del toledano Eugenio de Narbona<sup>690</sup>, escrita en español para lograr la mayor difusión posible entre los altos cargos de la administración. En su aforismo 173 afirmaba que no debía haber ninguna duda de quién tenía el legítimo poder: «Ministros que ayuden al gobierno admítolos, y la razón y la necesidad los admite; pero el príncipe muestre y dé a entender que las órdenes y resoluciones son suyas solas, y como en el nombre, sea en el mandar rey» (Mrozek Eliszczynski, 2015, pp. 107-109).

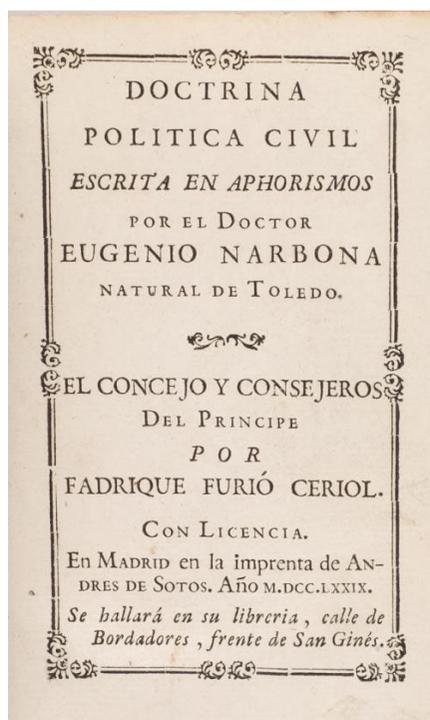
El privado se arrogaba tantas facultades que era difícil no pensar que estaba secuestrando la voluntad regia y extralimitándose, cuando no usurpando, en las funciones que podía ejercer. Un hecho que, paradójicamente, contrastaba con la intensa labor que el duque desarrolló para reforzar el poder regio; algo que repercutiría, de modo indirecto, en su propio beneficio. A pesar de que se consideraba incuestionable el carácter sagrado de la Corona, la monarquía española no dispuso de muchas de las formas externas asociadas a la monarquía divina presentes en otros Estados europeos. El rey español, a diferencia de los de Francia,

---

<sup>690</sup> Esta obra fue impresa en Toledo en 1604 tras obtener licencia para ello el 9 de octubre de ese mismo año. No se conserva ningún ejemplar de esta edición ya que la Inquisición ordenó retirarla de circulación en 1606. Su autor la editó nuevamente en 1621, tras expedírsele la correspondiente licencia real en el mes de agosto (Fernández-Santamaría, 1986, p. 28; Alvarado Fernández, 2020).

carecía de poderes curativos y, desde 1379, ni siquiera había ceremonia de coronación al acceder al trono. El heredero recibía homenaje como príncipe, siendo las únicas ceremonias que tenían lugar el izar banderas y su proclamación oficial. Aún más, todo apunta a que hasta finales del siglo XVI no se hicieron omnipresentes trono, cetro y corona (Elliot, 1990, pp. 205-206). La aplicación de una estricta etiqueta y la autonomía que se confirió al rey frente al sistema polisindial contribuyeron sin duda a sentar las bases para el desarrollo pleno del absolutismo en el siglo XVIII.

**FIGURA 2.** Portada de la edición de 1779 de la obra *Doctrina política civil escrita en aphorismos* de Eugenio Narbona.



#### 4. LA CAÍDA DE LERMA Y LA REAL CÉDULA DE 1618: UN GOLPE PARA LA PRIVANZA

La etapa de Lerma como privado de Felipe III puede considerarse, a tenor de todo lo indicado hasta ahora, como excesivamente personalista.

No se cuidó suficientemente la imagen pública de un gobernante activo, una circunstancia a la que se sumaron las teorías de la majestad real entonces imperantes, que sostenían que un rey que delegaba era un monarca débil (Feros, 2002, pp. 471-473). Por tanto, después de dos décadas hubo un lógico desgaste. Surgieron problemas con los adeptos, tales como la corrupción, y sus detractores cada vez serían más. El valido y sus partidarios justificaban su enorme enriquecimiento como un lógico pago por sus servicios a la monarquía, pues en su época estos beneficios personales eran asumidos como habituales, pero ello no convencía ni a sus rivales ni al pueblo en general. Ahora bien, no debemos perder de vista es que esa acumulación fue tan desmedida que también es posible hablar, como lo hicieron sus mencionados detractores, de la presencia de prácticas corruptas con fines lucrativos (Marcos Martín, 2003, pp. 102-103; Galván Desvaux, 2016).

Como cabía esperar, el rey no confirmó los rumores de que sus validos habían emitido reales órdenes sin su conocimiento, limitándose la real cédula de 15 de noviembre de 1618 a indicar que los duques de Lerma y de Uceda, en el poco tiempo que este último había desempeñado este cargo de confianza, firmaron órdenes «en diversas materias por mi mandado» (Tomás y Valiente, 1963, p. 10)<sup>691</sup>. No obstante, el hecho de que a partir de ese momento Felipe III declarase derogada la real orden de 1612 y limitara esa excesiva libertad en la firma, reservándose para sí la de las mercedes y órdenes universales, evidencia que se consideró que quizá se había delegado en demasía. La Corona marcaba distancia con unas prácticas de uso de información en beneficio personal y de enriquecimiento abusivas, especialmente si tenemos en cuenta que las acusaciones y procesos contra las *hechuras* de Lerma, y contra este mismo, comenzaron a hacerse frecuentes tras la vuelta de la corte a Madrid en 1606. Incluso, en febrero de 1619, el Consejo de Castilla llegó a elevar

---

<sup>691</sup> La cuestión acerca de cuál fue la naturaleza y alcances concretos de la autorización que Felipe III concedió al duque de Lerma para que trasladase reales órdenes en su nombre ha hecho correr verdaderos ríos de tinta a cuenta de la ya mencionada afirmación de Ranke de que se habría producido una delegación de la firma del rey en su valido. Consideramos que este equívoco está actualmente suficientemente resuelto y, sobre ello, pueden leerse las interesantes e imprescindibles aportaciones de Escudero (1999, pp. 287-294 y 308-321) y Vallejo García-Hevia (2014, pp. 843-993).

al rey una consulta en la que se recomendaba *revisar* todas las mercedes concedidas en los años anteriores por considerar que habían sido «muchas y muy excesivas» (Feros, 1990, p. 213).

Ciertamente no se condenaba en 1618 el sistema de gobierno mediante favoritos, pero sí se reconocieron de facto como excesivas las atribuciones concedidas a Sandoval y Rojas. Por ello, a través de la mencionada real cédula se prohíbe a partir de entonces que nadie sino el rey, a través de sus secretarios, pudiera transmitir reales órdenes. Es decir, el valido no podría volver a suplir al monarca hasta ese punto, por lo que, aunque el duque de Uceda poseyó también cargos palatinos de primer orden, como ser sumiller de corps, y aunque gozase del favor real, su poder como valido a partir de ese momento fue sin duda más limitado que el que tuvo su padre y antecesor. Tanto es así que la caída de este último en octubre de 1618 y la sucesión de Uceda significaron un modo distinto de actuar sobre el Consejo de Estado. Felipe III trató inicialmente de que no se reprodujera la situación anterior, aun así el peso de la herencia fue tan grande que su nuevo favorito acabó controlando gran parte del gobierno.

Como hemos podido evidenciar, la institución monárquica entendió la necesidad de limitar la enorme dependencia que tenía del valido para las labores de gobierno, para lo cual se intentó que la información disponible para el rey fuese lo más amplia y variada posible. Un deseo apoyado por no pocos Grandes con el objetivo de dismantelar las estructuras conformadas por los validos. Con la muerte de Felipe III en 1621, el valimiento pasaría del duque de Uceda a Baltasar de Zúñiga (que había sido ayo del nuevo rey) por deseo de Felipe IV. El conde-duque de Olivares (que había sido su gentilhombre) quedó entonces en un segundo plano, pero asociado a su tío. El joven monarca mostró en los primeros momentos de su reinado la intención y propósito de despachar él mismo los asuntos de gobierno y que Zúñiga tuviese solo una función burocrática, de asesoramiento. Mientras tanto, Olivares se ocupó del mundo de palacio, reforzando su ascendiente sobre el joven rey. Sin embargo, a medida que pasaban los meses, el volumen de los asuntos y la propia inexperiencia de Felipe IV en las tareas de gobierno, facilitaron que Gaspar de Guzmán fuera desembarcando poco a poco en el gobierno, suponemos que con la aquiescencia del rey, que lograba así alivio y consejo en su labor diaria;

es decir, el propósito de evitar el sistema del valimiento no duró mucho y un nuevo privado hizo acto de presencia en la Monarquía Hispánica por voluntad del joven monarca (Tomás y Valiente, 1963, p. 13). No puede sorprendernos, pues, que cuando Baltasar de Zúñiga falleció el 7 de octubre de 1622, Felipe IV dispusiese de manera inmediata que Olivares se encargara del manejo de los papeles del gobierno; una orden que debió, al parecer, ser reiterada ante las reticencias –desconocemos si fingidas o no- del conde-duque a aceptar este empleo de confianza.

## 5. CONCLUSIONES

Después de casi dos décadas en las que el duque de Lerma desplegó, merced a su posición como valido de Felipe III, un poder como ningún otro favorito real hasta ese momento, las acusaciones de corrupción<sup>692</sup> y la posición cada vez más destacada de sus enemigos en la corte llevaron a que el rey decidiera retirarle su confianza en octubre de 1618, lo que implicó su inmediata salida de la referida corte. Todavía más, apenas un mes más tarde, el rey dictó una nueva cédula con la que puso término al régimen de despacho que se había seguido hasta entonces.

Sin duda, las enormes atribuciones que el rey había concedido a su favorito fueron vistas no solo como excesivas sino también como facilitadoras de algunos de sus comportamientos irregulares, por lo que Felipe III decidió reservarse para sí, a partir de entonces, la firma de las gracias y decretos más importantes, estableciendo que solo sus secretarios pudieran trasladar sus reales órdenes a instituciones y a particulares. Unas disposiciones que los validos que le sucedieron durante el reinado de su hijo respetaron valiéndose de un subterfugio, el establecimiento de la secretaría del Despacho Universal, con el que no solo lograban controlar en buena medida las labores de despacho con el rey sino incluso incrementar todavía más su influencia sobre la maquinaria de la monarquía. El modelo de valimiento que puso en práctica el duque de Lerma se hizo

---

<sup>692</sup> La historiografía más reciente se muestra contraria a creer que este movimiento se debió únicamente a un deseo de destapar prácticas de corrupción y enriquecimiento ilícito del duque de Lerma y sus partidarios, haciendo de este movimiento una conspiración orquestada por un grupo de enemigos entre los que estaban el conde-duque de Olivares e incluso el propio hijo de Lerma (Cristóbal Gómez de Sandoval, duque de Uceda), deseoso de sustituir a su padre.

inviabile a partir de 1618, lo que no impediría que, con los reajustes mencionados, pudiera adaptarse a las nuevas circunstancias e incluso que Gaspar de Guzmán, conde-duque de Olivares, llevase a su máxima expresión la figura del valido en la España del segundo cuarto del siglo XVII.

## 6. REFERENCIAS

- Alvar Ezquerro, A. (2016). *El duque de Lerma. Corrupción y desmoralización en la España del siglo XVII*. La Esfera de los Libros, 2ª ed.
- Alvarado Fernández, A. (2020). Disimular por aforismos. *La Doctrina política civil de Eugenio de Narbona*. *Criticón*, 140, pp. 263-283. Université de Toulouse II-Le Mirail.
- Caminero, J. (1984). *Víctima o verdugo. Conservadurismo y antisemitismo en el pensamiento político-social de Quevedo*. Universidad de Deusto.
- Domínguez Ortiz, A. (1970). La venta de cargos y oficios públicos en Castilla y sus consecuencias económicas y sociales. *Anuario de Historia Económica y Social*, 3, 105-137. Universidad Complutense de Madrid.
- Elliot, J.H. (1984). *Richelieu y Olivares*. Grijalbo.
- Elliot, J.H. (1990). *España y su mundo (1500-1700)*. Alianza Editorial.
- Escudero, J.A. (1976). *Los secretarios de Estado y del Despacho (1474-1724)*. Instituto de Estudios Administrativos, 4 vols.
- Escudero, J.A. (1999). Los poderes de Lerma. En J.A. Escudero, *Administración y Estado en la España Moderna* (pp. 275-325). Junta de Castilla y León.
- Fernández-Santamaría, J.A. (1986). *Razón de Estado y política en el pensamiento español del Barroco (1595-1640)*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Feros, A. (1990). Lerma y Olivares: la práctica del valimiento en la primera mitad del seiscientos. En J. Elliott y A. García Sanz (coords.), *La España del conde duque de Olivares* (pp. 195-224). Universidad de Valladolid.
- Feros, A. (1997). El viejo monarca y los nuevos favoritos: los discursos sobre la privanza en el reinado de Felipe II. *Studia Historica. Historia Moderna*, 17, pp. 11-36.
- Feros, A. (2002). *El duque de Lerma. Realeza y privanza en la España de Felipe III*. Marcial Pons.
- Galván Desvaux, D. (2016). *Felipe IV y la defensa del valimiento. El proceso contra el duque de Uceda*. Universidad de Valladolid.

- García García, B.J. (1999). Pedro Franqueza, secretario de sí mismo. Proceso a una privanza y primera crisis del valimiento de Lerma (1607-1609). *Annali di storia moderna e contemporanea*, 5, pp. 21-42. Università Cattolica del Sacro Cuore.
- Guerrero Mayllo, A. (1991). D. Pedro Franqueza y Esteve: de regidor madrileño a secretario de Estado. Pedralbes. *Revista d'Historia Moderna*, 11, pp. 79-89. Universitat de Barcelona.
- Hamer Flores, A. (2019). Los secretarios del Despacho Universal de la Monarquía Hispánica durante el reinado de Felipe IV (1621-1665). *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 41, pp. 505-525. Universidad Católica de Valparaíso, Chile.
- Jiménez Estrella, A. (2012). Poder, dinero y ventas de oficios y honores en la España del Antiguo Régimen: un estado de la cuestión. *Cuadernos de Historia Moderna*, 37, pp. 259-272. Universidad Complutense de Madrid.
- Marcos Martín, A. (2003). Desde la hoja del monte hasta la piedra del río... La venta al duque de Lerma de las once villas de Behetría de Castilla la Vieja. *Publicaciones del Instituto Tello Téllez de Meneses*, 74, pp. 49-113. Institución Tello Téllez de Meneses. Academia Palentina de Historia, Letras y Bellas Artes.
- Martínez Conde, F.F. (1996). Quevedo y la monarquía (Un modelo de rey). *Endymion*.
- Martínez Hernández, S. (2009). Rodrigo Calderón. La sombra del valido. Privanza, favor y corrupción en la corte de Felipe III. Marcial Pons.
- Martínez Hernández, S. (2010). No hay rey sin privado: Cristóbal de Moura, un modelo de privanza en el siglo de los validos. *Librosdelacorte.es*, 2, pp. 21-37. [<https://revistas.uam.es/librosdelacorte/article/view/8266>]
- Martínez Peñas, L. (2007). El confesor del rey en el Antiguo Régimen. Editorial Complutense.
- Mrozek Eliszczynski, G. (2015). Bajo acusación. El valimiento en el reinado de Felipe. *Procesos y discursos*. Polifemo.
- Pilat-Zuzankiewicz, M. (2017). La perfecta privanza según Francisco de Quevedo: de la aproximación teórica a la visión dramatizada. *La Perinola*, 21, pp. 67-97. Universidad de Navarra.
- Sánchez González, R. (2019). La Europa de los validos. Síntesis.
- Soria Mesa, E. (1995). La venta de señoríos en el Reino de Granada. Universidad de Granada.
- Soria Mesa, E. (2007). La nobleza en la España Moderna: cambio y continuidad. Marcial Pons.

- Tomás y Valiente, F. (1963). Los validos en la monarquía española del siglo XVII: estudio institucional. Instituto de Estudios Políticos.
- Tomás y Valiente, F. (1982). Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen. Alianza Editorial.
- Torras i Ribé, J.M. (1998). Poder i relacions clientelars a la Catalunya dels Àustria. Pere Franquesa (1547-1614). Eumo.
- Vallejo García-Hevia, J.M. (2014). Historia, biografía del poder: el duque de Lerma (la figura histórica e imagen jurídico-política del valido, y su privanza, en la historiografía del siglo XXI. Anuario de Historia del Derecho Español, 84, pp. 843-993. Ministerio de Justicia.
- Williams, P. (2010). El Gran Valido: el duque de Lerma, la corte y el gobierno de Felipe III, 1598-1621. Junta de Castilla y León.

*PARA LA MEJOR EXPEDICIÓN DE LOS NEGOCIOS  
QUE ENTRE SÍ SE OFRECIESEN:  
DISPUTAS ECONÓMICAS Y CONCORDIAS  
ESCRIBANILES EN ANDALUCÍA (SS. XVI-XIX)*

---

ELIZABETH GARCÍA GIL  
*Universidad de Málaga*

## 1. INTRODUCCIÓN

Los escribanos públicos presentaron fuertes resistencias corporativas desde el inicio de la institución notarial. Para llevar a término su objetivo suscribieron diferentes acuerdos donde se recogían actuaciones y procedimientos de su oficio. Con ello pretendían protegerse de la pérdida de poderes y privilegios que se inició en el reinado de los Reyes Católicos y se incrementó en época de Felipe II, pero también de sus propios compañeros de oficio. En las siguientes páginas analizaremos diferentes concordias suscritas por escribanos del Reino de Granada y del Reino de Sevilla desde finales del siglo XVI hasta inicios del XIX. En ellos se pueden vislumbrar los diferentes mecanismos llevados a cabo por estos profesionales de la pluma para proteger sus intereses a lo largo de los siglos.

## 2. EL OFICIO DE ESCRIBANO PÚBLICO

La institución del notariado fue uno de los pilares fundamentales del régimen jurídico. Su misión primordial fue la de atribuir fe pública a las actas notariales, es decir, los documentos entre las distintas partes que suscribían un contrato. Tenían la misión de otorgar veracidad al documento que signaban, recogéndolo de manera exacta, legal y real. Con ello se garantizaba el negocio jurídico, convirtiendo la escritura en un instrumento jurídico con valor legal ante posibles litigios. Aunque su

origen fue romano<sup>693</sup>, no fue hasta la publicación de las Partidas en el siglo XIII cuando se les reconoció autoridad pública. Con anterioridad a ellas también quedaron recogidos en el Fuero Real y el Espéculo. Las Partidas definirían qué tipo de escribanos existían y cuáles eran sus funciones:

Escribano tanto quiere decir como home que es sabidor de escrebir et son dos maneras dellos: los unos que escriben los privilejos, et las cartas et las actas en casa del rey, et los otros son los escribanos públicos que escriben las cartas de las vendidas, et de las compras, et los pleytos et las posturas que los homes ponen entre sí en las cibdades et en las villas. Et el pro que nasce dellos es muy grande quando facen su oficio lealmente; ca se desembargan et se acaban las cosas que son meester en el regno por ellos, et finca remembranza de las cosas pasadas en sus registros, en las notas que guardan et en las cartas que facen, así como mostramos en el título ante deste que fabla de las escripturas<sup>694</sup>.

La importancia de estos profesionales residía en que eran los intermediarios entre los diferentes estamentos sociales. Nos referimos a una diferenciación que obedece a una distinción entre iletrados y letrados. Se relacionaban con las élites, con las minorías que acaparaban el poder: nobleza y clero. Los escribanos prestaban servicio a las instituciones públicas, pero también a los habitantes de a pie que residían en las villas y ciudades. Esto los hacía el nexo entre gobernados y gobernantes, siendo la clave de su importancia (Extremera Extremera, 2001). Por las manos de los fedatarios pasaban todas las escrituras que las personas registraban, lo que hacía que se pudiese controlar a una sociedad gracias a la información contenida en los documentos.

Las Partidas van a tipificar las clases de escribano que existían y la constitución de las notarías, así como su desarrollo. Un rasgo importante que definiría a los notarios sería su poridad. Los escribanos públicos,

---

<sup>693</sup> Los *tabelliones* romanos son el antecedente de los notarios actuales. Este cargo romano pasó a denominarse *conscriptor* o *notarius* con los germanos, pero no fue hasta el siglo XII cuando en el norte de Italia se instauró legítimamente la figura del notario como se conoce hoy día, naciendo entonces los llamados *notarius regis*, *notarius iudex* o *sacri palatii*, es decir, aquellos que estaban investidos por la *fides publicam*.

Un trabajo más profundo que recoge la historia del notariado y su *auctoritas* puede verse en Bono Huerta (1985), Piñol Alabart (2015) o Pagarolas Sabaté (2007).

<sup>694</sup> Partidas, III, XIX, I.

aquellos en los que nos centraremos en esta investigación<sup>695</sup>, tenían que cumplir una serie de requisitos para poder prestar sus servicios:

[...] Otrosi decimos que los escribanos públicos que son puestos en las cibdades, et en las villas et en los otros logares, que debe seer homes libres et cristianos de buena fama. Et otrosi deben ser sabidores de escrebir bien et entendudos de la arte de la escribanía, de manera que sepan bien tomar las razones et las posturas que los homes posieren entre sí ante ellos: et deben seer homes de poridat, de guisa que los testamentos et las otras cosas que les fueren mandadas escrebieren poridat que non las descubran en ninguna manera, fueras ende si fuesen á daño del rey o del regno: et demás decimos que deben seer vecinos de aquellos logares do fueren escribanos, porque conozcan mejor los homes entre quien ficieren las cartas. Et aun decimos que deben seer legos, porque han de escrebir et facer cartas de pesquisas et de otros pleytos en que cae pena de muerte ó de lision, lo que non pertenece á clérigo nin á otros homes de orden, et demás porque si ficiesen algunt yerro por que mereciesen pena, que gelo pueda el rey calañar<sup>696</sup>.

Un escribano público del número era aquel que ejercía su actividad en un número cerrado dentro de una población, es decir, el *numerus clausus*. Este *numerus clausus* no fue siempre respetado. Además, es frecuente encontrar a escribanos con examen aprobado y que actuaban como pasantes en escribanías públicas hasta que pudiesen obtener un número para poder ejercer como fedatarios. También era habitual encontrarlos ejerciendo cargos de procuradores o testigos. En Málaga se han encontrado procuradores y testigos que años después volverán a aparecer en la documentación como escribanos públicos (Peña-Mir, 2020).

---

<sup>695</sup> Entre los diferentes tipos de notarios podemos encontrar, entre los más representativos, los notarios por autoridad real, eclesiásticos, del número, por autoridad de un señor (laico o eclesiástico) o por autoridad de los jurados o representantes del poder de un concejo. Véase Partida III, XIX, III para ampliar esta cuestión. En nuestro caso, solo nos centraremos en los escribanos públicos del número, al ser los intervinientes en las concordias que analizamos. Asimismo, distinguimos entre notarios o escribanos públicos y escribanos. Este último era un oficio desarrollado en las escribanías, pero no poseía fe pública, es decir, era un amanuense o escribiente que realizaba las tareas de escrituración, pero no validaban los documentos. El signo y la suscripción del notario o escribano público sería lo que validaría el documento.

Sobre un recorrido específico de la vida profesional de los notarios véase Blasco Martínez (2015).

<sup>696</sup> Partidas, III, XIX, II.

Pero sus funciones se dilataban más allá de los negocios jurídicos privados de su escribanía, pues también prestaba servicios administrativos a las autoridades concejiles y judiciales (Mendoza García, 2007a; Escalante Jiménez, 2016a).

En la ley expuesta se describen los requisitos para ser escribano público: hombres que sepan guardar secretos, cristianos, de buena reputación social, versados en letras, que recojan en el documento la realidad y la veracidad de los hechos, instruidos en leyes y no ser lego<sup>697</sup> para no poderse acogerse a la ley clerical y eludir la justicia real. A todo lo añadido hay que sumar que las Partidas también reflejaban que el escribano debía ser varón<sup>698</sup> mayor de edad, es decir, mayor de 25 años. En algunas ciudades, como Sevilla, se estableció que los hijos de los notarios podían heredar el cargo a los 18 años si existía necesidad de la transmisión de la propiedad (Ostos Salcedo, 2014).

Destacable es también el punto sobre su lugar de residencia. Deben ser vecinos de los lugares donde efectúen su oficio, dando así a entender que se establecerían relaciones de confianza con estos profesionales de la pluma. Por la escribanía pasarían las realidades sociales de toda una villa y el escribano sería testigo de lo sucedido, plasmando en sus registros y protocolos la vida de los habitantes de la ciudad, es decir, el escribano estaría en conocimiento de la información de todos los vecinos de un lugar y, por ende, sería sabedor de muchos asuntos privados.

De igual modo, estos actos jurídicos entre personas y/o entidades supondrían un acto público, pues el fedatario intervenía en el documento con su firma y con ello reconocía su ajuste a derecho. En este sentido, en el documento intervienen el autor y los actores (Bono Huerta, 1992).

---

<sup>697</sup> Los escribanos que suscribiesen un contrato a una persona lego con sumisión a las justicias eclesíásticas serían penados con la pérdida de su oficio (Novísima Recopilación, X, I, V).

<sup>698</sup> Aunque existían excepciones, los oficios públicos estaban restringidos al género masculino. En caso de que una viuda heredase una escribanía, tendría que contratar a un escribano público para que la regentase, aunque la notaría seguiría perteneciendo a la viuda, según dicta la Novísima Recopilación VIII, XXIII, XIII. Por ejemplo, entre 1720 y 1754, el Catastro de Ensenada nos informa de que la provincia de Málaga tenía 13 escribanías en las que una mujer era propietaria en solitario o en conjunto.

A este tenor, las Partidas desarrollaron un artículo<sup>699</sup> donde se recogía la forma de los documentos y las pautas por la que debían regirse los formularios, una información que será muy útil para conocer el funcionamiento de la Cancillería Real castellana. Una vez terminaba su vida profesional, tenían la obligación de entregar el libro de registro a su sucesor, dando lugar a la serie documental que hoy en día reconocemos como protocolo notarial<sup>700</sup>. Desde el punto de vista de la producción documental, fue el protocolo notarial el resultado más visible, y actualmente el más consultado como fuente de información histórica para reconstruir no pocos aspectos de la vida tanto pública como privada.

Del mismo modo, la ley XV<sup>701</sup> también autorizaba los honorarios que podían percibir por sus cartas. Si, por ejemplo, se hiciese un documento por algo que costase 1.000 maravedíes o más, el escribano percibiría cuatro sueldos. Si los valores fuesen entre 100-1.000 maravedíes, el fedatario recibiría dos sueldos. De la misma manera se recogen los precios de las cartas de dote, las cartas que se hiciesen a los judíos, los pleitos o particiones, entre otras. Los honorarios de los escribanos fueron también motivo de enfrentamiento, pues a la hora de jurar el cargo, se comprometían a no cobrar abusivamente por sus funciones, cosa que en muchos casos no se cumplía y llegó a ser tratado en las Cortes de Valladolid en 1442. En 1453, el propio monarca, Juan II, tuvo que ordenar a los fedatarios que no cobrasen derechos excesivos por sus servicios (Rábade Obradó, 1996).

También en la ley XV se expone que la forma de pago debería ser “de la mejor que corriese en la tierra que non sea de oro nin de plata”. Esta valiosa información aporta muchos datos para reconstruir la historia

---

<sup>699</sup> Partidas, III, XIX, XVIII-XIX.

<sup>700</sup> La denominación de protocolo notarial nace de la Pragmática de Alcalá de 1503 promulgada por los Reyes Católicos. En ella se establecía que los escribanos tenían que recoger íntegramente (antes solo había que recoger algunos datos) las notas en los libros de registros notariales, empezándose así a denominar protocolos. Desde entonces, la escritura matriz debía ser exactamente igual que la escritura notarial que se expedía. Con ello se pretendía que el documento tuviese un gran valor probatorio a la hora de un posible juicio. Una ampliación sobre el paso de la nota registral a la matriz puede verse en Ostos Salcedo (2014) y Bono Huerta (1985).

<sup>701</sup> Partidas, III, XIX, XV.

económica concerniente a las escribanías y su relación con la sociedad, datos que posteriormente veremos reflejados en las concordias que analizaremos.

Por su parte, también las leyes locales recogían su labor. Verbigracia, las Ordenanzas del Concejo de Málaga, de 1489 y 1556, y el Fuero Nuevo de 1495 volvían a recoger lo desarrollado en las Partidas. El cambio significativo vendría en pocos años (Mendoza García, 2007a). Continuando en el tiempo, los Reyes Católicos marcarán un punto de inflexión en los procesos de elaboración de la documentación notarial moderna gracias a la Pragmática de Alcalá de Henares. Tras la publicación de esta Pragmática, en los sucesivos siglos se irán añadiendo o modificando normas sobre su figura en las distintas ordenanzas, sobre todo a partir del reinado de Felipe II.

Desde el último reinado de los Trastámara, el control por los oficios públicos fue convirtiéndose en motivo de disputa y enfrentamientos entre el poder regio y los diferentes gremios. La compra de oficios dio a la Monarquía tanto beneficios políticos como económicos, pues en ellos recaía el control de la venta de escribanías, que con anterioridad había sido prohibida. En Indias, este control fue casi total. Sin embargo, en Castilla, los gremios escribaniles pusieron fuerte resistencia y se unieron para luchar contra esta situación, desencadenando en el reinado de Felipe II enfrentamientos directos con tal de conservar sus privilegios.

Ya en el siglo XIX, Isabel II aprobará la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, consagrando la institución del notariado y su proceso, aunque modificará algunas medidas. Con la publicación de la Carta Magna del notariado español, además de todo lo anteriormente mencionado, se exigen dos nuevos requisitos: una carrera universitaria en Derecho y aprobar un concurso-oposición libre. El gran cambio que sustenta esta ley es que el notario público dejaría de actuar y servir como juez ante los juzgados y los tribunales, dando así lugar a una institución con menos dependencia del poder judicial y los órganos del Estado y pasando esta función a los secretarios del Estado (Riesco Terrero, 2007). En otras palabras, la Ley del Notariado va a separar estos dos ámbitos. La documentación judicial va a ser competencia de los secretarios judiciales y la extrajudicial de los notarios. La Ley Orgánica del Notariado

también desnaturalizó el término escribano público, normalizando de forma definitiva el de notario.

En referencia al espacio donde se situaban los puestos de trabajo de estos profesionales de la pluma, las escribanías públicas solían estar ubicadas en el centro de la ciudad, aunque también podían ejercer su oficio en su domicilio si no disponía de un lugar para llevar a cabo su tarea. Cuando el otorgante de un documento no podía desplazarse, ya fuere por enfermedad como en muchos casos de testamentos o cualquier otra índole, el escribano público acudía a casa de esa persona. También era muy frecuente que determinadas personas con un caudal económico elevado otorgasen los documentos en su casa y el fedatario acudiese a sus residencias.

Los escribanos numerarios desarrollaban su trabajo en las denominadas tiendas de escribanos. Estas debían estar juntas y situadas en un lugar conocido y de fácil acceso para los habitantes de la ciudad. Normalmente, las Ordenanzas solían recoger su zona de asiento. Así, no es difícil encontrar lugares que llevan aún o en su día se denominaban calle de los Escribanos Públicos, como ocurre en Córdoba. En el Sevilla, las ordenanzas municipales dispusieron que las escribanías se trasladasen del centro de la ciudad a las afueras (Ostos Salcedo, 2014).

En Málaga, al igual que en Sevilla, las ordenanzas malagueñas referían que tenía que haber dos escribanos por tienda. Estos establecimientos estaban situados en la planta baja del edificio de la Casa Capitular, en la Plaza Mayor de la ciudad, conocida hoy día como Plaza de la Constitución, que sigue siendo uno de los centros neurálgicos de la capital. Desde 1499 se inició un proceso de negociación con la Monarquía para repartir los oficios. Tras varios años, en 1502 se acordó que los escribanos más antiguos se quedasen en la plaza central y el resto alrededor. Lo que esto suponía para los notarios más antiguos era la proximidad física a la Audiencia, conllevando un mayor número de contratos a escriturar gracias a su cercanía a esta institución gubernamental. Una situación que dará lugar a nuevos conflictos que se volverán a recoger en las concordias suscritas entre los escribanos.

Respecto al resto de villas de la ciudad malacitana, aunque se tiene conocimiento del lugar en pocos casos –como Antequera o Ronda–, el Fuero Nuevo disponía que debían ubicarse en las plazas mayores de los pueblos o en los lugares convenientes (Arroyal Espigares *et ali*, 1991).

Con objeto de comprender mejor el contexto documental de los concordatos que analizaremos, hemos expuesto de forma resumida las funciones de los escribanos y su implicación social. A continuación, nos centraremos en el análisis y comparación de varias concordias realizadas en diferentes siglos en dos contextos espaciales diferentes: el reino de Granada y el de Sevilla.

### 3. ENTRE DISPUTAS Y CONCORDIAS

#### 3.1. REINO DE SEVILLA

La primera concordia que analizaremos se ubica en el partido de Antequera, que pertenecía a un corregimiento capa y espada del reino de Sevilla (Parejo Barranco, 1987). La ciudad antequerana suscribió varias concordias a lo largo de los siglos, algunas ya mencionadas por Escalante Jiménez (2016b). En la ciudad se establecieron 23 oficios durante la Modernidad, no existiendo constancia de que existiese el privilegio real que otorgaba el *numerus clausus*, de manera que las tiendas de escribanía se irían estableciendo de manera gradual y transmitiéndose el oficio de padres a hijos o sobrinos.

A inicios del siglo XVII existían 23 oficios en la ciudad, pues la gran trayectoria comercial que había tenido desde su fundación en 1410 así lo requirió. Los escribanos fueron dispersándose en diferentes puntos de la ciudad, no acatando la agrupación de sus establecimientos en las calles próximas a las casas capitulares. Las diversas epidemias que la ciudad sufrió hicieron que el comercio decreciese, hasta tal punto de que a inicios del siglo XVIII encontremos una real provisión en la que se ordenaba reducir los oficios del número a un máximo de 12 (Escalante Jiménez, 2016b).

En 1687 localizamos una concordia que refiere a una anterior pasada por la escribanía de Rodrigo Alonso de Messa en 1578<sup>702</sup>, realizada con el objetivo de aplacar los cesantes conflictos que se ocasionaban entre los distintos oficios. En esta nueva concordia del siglo XVII se registran 17 capítulos acordados entre 15 escribanos de la ciudad. Los que la suscribieron se muestran en la siguiente lista:

**TABLA 1.** *Relación de escribanos que firmaron la concordia en 1687*

<b>Nombre de los escribanos</b>
Diego del Águila
Felipe Aguilar Cabrera
Blas de Talavera Navarro
Juan de Luque Tizón
Carlos de Talavera Navarro
Bartolomé Bázquez Reynoso
Juan Antonio Navarro
Juan Ximénez de Aro
Francisco Rodríguez Montañés
Bernardo Ignacio de Lassarte
Francisco Montano Serrano
Antonio Mathias de Pedraza
Antonio Anoal y Medrano
Miguel Conejo de Buenrostro
Francisco de Balenzuela

Fuente: AHMA, DSC, Concordia.

La Historia nos ha mostrado que cuando se insiste en una normativa o una ley es porque no se está cumpliendo o realizando de otra manera distinta para la que se fijó. En la concordia recogemos el testimonio de Diego del Ávila, pasando por su oficio la escritura:

Dijeron que hicieron entre sí concordia para la mejor expedición de los negocios que entre sí se ofreciesen cerca de sus oficios, para olvidar las disensiones y litigios que entre los susodichos y subseores se pudieren ofreser, y que lo redigieron en a diferentes capítulos que se havían de guardar y obserbar. Y porque es assí, que con la antigüedad de dicha

<sup>702</sup> Escalante Jiménez no localizó en el protocolo del citado escribano la mencionada escritura, lo que parece sugerir que el convenio no se llegó a elevar a escritura pública.

concordia mucha parte no se ha obserbado, por lo dudoso de algunos capítulos se han ofrecido y ofrecen cada día diversos litigios entre dichos escribanos<sup>703</sup>.

Lo más sobresaliente de esta concordia es el repartimiento de las escrituras que producían más beneficios a los fedatarios. Las particiones de bienes eran uno de los servicios que más dinero les generaba. Por poner un ejemplo, en una partición extrajudicial realizada en 1794 sobre la herencia de una comercianta antequerana, el caudal total inventariado ascendió a 277.447 reales de vellón y los gastos de escritura a 5.688 reales<sup>704</sup>. Cantidades nada desdeñables que, sin duda, serían motivo de deseo, llegando al punto de realizar concordias para reiterar los procedimientos que debían seguirse.

Lo recogido en el documento se recapitula en varias cuestiones. En lo que respecta a las particiones *inter vivos*, siempre se realizarían ante el mismo escribano que otorgó el testamento. De igual modo, cuando hubiese testamentos de marido y mujer en distintos escribanos porque en viuda una parte, la partición se suscribiría en el primer escribano que hizo el testamento. Ocurriría lo mismo con las particiones *mortis causa*: siempre ante el mismo escribano que otorgó el testamento.

En lo referente a las ejecuciones contra bienes de difuntos por dotes, herencias o legados, como no fuese acreedor particular por distinto derecho, tenía que pasar por el escribano que otorgó el testamento. Sobre los testamentos cerrados, estos se abrirían con el mismo escribano.

Controvertido es el capítulo 9, que versa sobre concursos de acreedores, y oficios y vacantes. El él se advierte que “se han ofrecido diferentes dependencias y litigios sobre ante qué escribano han de pasar”<sup>705</sup>. Finalmente, fue acordado que sería ante el escribano que tuviese demanda más antigua de la deuda del deudor común.

El capítulo 11 considera las causas criminales. La actuación del escribano en la primera instancia fue común en Castilla durante la Edad Moderna.

---

<sup>703</sup> Archivo Histórico Municipal de Antequera (en adelante AHMA). Documento sin clasificar que lleva por título “Concordia del Número de los escribanos de esta ciudad”.

<sup>704</sup> AHMA, legajo 2.535, fol. 444

<sup>705</sup> AHMA, DSC, Concordia, capítulo 9, fol. 4r.

Además de la atribución notarial, también podían tener la municipal y judicial, es decir, auxiliar de los concejos. Lo que hoy conoceríamos como un secretario municipal, ya que estaban formados en leyes y procesos administrativos (Moreno Trujillo, 2014). No obstante, en Sevilla estuvieron exentos de suscribir determinadas escrituras judiciales, realizando solo las extrajudiciales (Rojas García, 2014). En la concordia analizada, las causas criminales pasarían ante el escribano que primero la prescribiere en el libro de prevenciones<sup>706</sup>. Y si volviesen a prender al criminal por reincidir, la causa volvería al mismo escribano. Advirtiendo que esto ya había sido un motivo de disputa, se estableció que, si existiesen dudas sobre este particular, se consultaría a Felipe de Aguilar Cabrera, nombrado juez para esta cuestión por ser el escribano más antiguo.

Finalmente, suscriben el contrato los escribanos arriba mencionados y actúan como testigos un abogado y un procurador, otorgando solemnidad a la concordia. En ella podemos observar que las escrituraciones más importantes se rigen por antigüedad, es decir, es el escribano que originó el primer documento el que lo continuará, o en su defecto, su oficio. Las escrituras recogidas son las que más peso monetario aportaban al conjunto de documentación que una escribanía podía tramitar, observando las implicaciones económicas que conllevaba la firma de esta concordia.

### 3.2. REINO DE GRANADA

Las dos siguientes concordias que analizaremos se localizan en el partido judicial de Vélez-Málaga, un corregimiento de letras perteneciente al Reino de Granada, situado en la Axarquía malagueña, al este de la provincia (Álvarez Cañas, 2018). La primera de ellas se asentó en 1713. Hacía alusión a otra refrendada en 1596 y en 1604. La segunda se genera justo a la finalización de la guerra de la Independencia Española, trayendo importantes cambios respecto a las anteriores.

---

<sup>706</sup> En el libro de prevenciones se registraban y repartían las causas criminales y civiles derivadas de la justicia municipal (Escalante Jiménez, 2016b).

En 1713 localizamos una escritura denominada *Autos de la concordia y turno de los escribanos públicos numerarios de esta ciudad*<sup>707</sup>, aprobada por Juan Ruiz de Recio, abogado de los Reales Consejos y corregidor de Vélez-Málaga; y Andrés Guillén, alcalde mayor en la ciudad. En ella se menciona una concordia realizada el 3 de diciembre de 1596 y refrendada en abril de 1604 ante Juan Vaca de la Torre, alcalde mayor de la ciudad. En 17013 se vuelve a formalizar otra concordia porque existían dudas y diferencias que “redundan en murmuración y escándalo entre las gentes”<sup>708</sup>. Este nuevo acuerdo se otorgan 15 capitulaciones donde vuelven a recogerse las mismas casuísticas detalladas en la concordia de Antequera.

Uno de los aspectos que más van a destacar en ella son los temas relativos a la documentación de índole criminal. Sus predecesores usaban el oficio del crimen por rueda, bajo pena de 20.000 maravedís si no se cumplía. A diferencia de los fedatarios de Antequera, en Vélez-Málaga los encargados de estos procesos documentales cambiaban cada mes, denominándose escribanos del mes. En una nota dejada por Vázquez Rengifo, por quien pasó la primera concordia, se recoge lo siguiente:

Su Magestad, por una real provision, librada por los de su real consejo, dada en la ciudad de Valladolid, a veinte e un días del mes de enero del año de mil seiscientos y tres, refrendada de Pedro Zapata de Mármol, escribano de la Cámara, manda que en esta ciudad de Vélez, los escribanos del número de ella guarden el turno en todas las causas criminales que se hacen del oficio de justicia de esta ciudad<sup>709</sup>.

En 1703 suscriben la concordia siete escribanos, pero en ella se menciona que los 12 escribanos del número de la ciudad están conformes, no alegando el porqué de la ausencia de casi la mitad de ellos. Esta nueva escritura fue firmada ante Juan Gutiérrez de Zelis, corregidor de la ciudad.

Destacable respecto a la anterior son las cláusulas que insisten en el cumplimiento del turno y en no establecer derechos abusivos sobre los servicios. Del mismo modo es detallado que las visitas que la justicia de la ciudad realizase en los navíos que la visitaban también pertenecían al

---

<sup>707</sup> Archivo Central de la Comunidad Autónoma de Melilla, Caja 14, leg. 15, fol. 237-265.

<sup>708</sup> ACCAM, Caja 14, leg. 15, fol. 239.

<sup>709</sup> ACCAM, Caja 14, leg. 15, fol. 62-63.

oficio del crimen por rueda, incluso aquellas en las que el navío se encontraba en cualquier parte del mar que pertenecía a Vélez-Málaga.

El 11 de junio de 1815, justo a la finalización de la Guerra de la Independencia española, localizamos un documento titulado *Concordato. El Número de Escribanos de esta ciudad. Entre sí*. Este nuevo acuerdo venía determinado por un cambio fundamental respecto a los anteriores: en él se establecía la formación de una corporación social. Compuesta por 52 artículos, en ella se recogían de manera detallada los aspectos que influían en sus oficios. El propio documento recogía el objetivo de realizar una “Concordia para nuestro gobierno interior y exterior. [...] Ya que si logran acogerse a él todos los individuos que lo conforman, perpetuará debidamente la paz y armonía dentre ellos”<sup>710</sup>.

TABLA 2. Escribano que suscribieron los concordatos (siglos XVI-XIX)

1596	1604	1713	1814
Gaspar de Toledo	Gaspar de Toledo	Luis de Ortega Dormediano	Miguel del Álamo y Rando
Luis Díaz de Bribresca	Luis Díaz de Bribresca	Juan de Torres de la Escuela	Alonso Domínguez y García
Marcos Díaz de Toledo	Marcos Díaz de Toledo	Juan Andrés García del Castillo	Diego de Frutos Sánchez
Bartolomé Ramírez	Juan Cano	Francisco Guirao y Bara	Juan José de Pasqual Molina
Pedro Muñoz de Toledo	Luis González Arroyo	Francisco Sánchez Santiesteban	José Ruis y Morales
Juan Vázquez Rengifo	Juan Vázquez Rengifo	Sebastián Francisco Barranqueros Cortés	Francisco Ramires Hierresuelo
Juan de la Corte Arévalo	Juan de la Corte Arévalo	Francisco Díaz de la Cuesta	Francisco Ramires Hierresuelo
Francisco Camacho	Francisco Camacho		Basilio Guerrero y Torres
Simón Pérez Alonso	Simón Pérez Alonso		Manuel García y García
Juan de Salzedo Urtecho	Juan de Salzedo Urtecho		José Renxifo y Roa
Gerónimo de Toledo Mercador	Gerónimo de Toledo Mercador		León Rando y Domínguez

Fuente: AHPM, Leg. P-5059, fol. 62-81 y ACCAM, Caja 14, Leg. 15, fol. 237-265.

<sup>710</sup> Archivo Histórico Provincial de Málaga, Protocolos Notariales, Leg. P-5059, fol. 63

En la anterior tabla hemos listado a los escribanos que suscribieron las concordias veleñas desde el siglo XVI hasta el XIX.

En las páginas consecutivas analizaremos los artículos más significativos, aquellos que marcan un cambio respecto a los anteriores o que sobresalen por su reiteración, precisamente por no haberse cumplido.

La nueva corporación social se comprometía a los principios de la religión católica, siendo su patrón el Cristo Nazareno que se conservaba en la Iglesia del Convento de Religiosos de San Francisco de Vélez-Málaga.

Cada integrante debía ser escribano público del número y aportar 100 reales de vellón para un fondo común. El presidente de la corporación sería el decano del número, actuando como acreedor. Presidiría la junta general –que sería bianual– y sus funciones serían la de tratar y resolver todos los particulares concernientes al mejor orden y gobierno, conferenciar y resolver los traslados e informes del rey, celebrar sorteo de turno criminal cada año, examinar y aprobar cuentas del tesorero, mejorar el establecimiento del patronazgo de Jesús Nazareno y desempeñar los artículos que le concernían del concordato.

El escribano tercero de antigüedad, el secretario y otro que la junta general nombrase cada año, formarían una junta particular denominada Diputación del Número de Escribanos. Sus funciones serían la de velar sobre la rigurosa observancia del concordato, sobre todo en lo que concernía a la conducta pública de sus individuos, amonestándolos oralmente primero y si reinciden por escrito. La inclusión de esta cláusula y el detalle que con el que fue redactada sugiere que estos acontecimientos pudieron darse con una posible frecuencia.

Estas conductas no son para nada desconocidas, llegando a darse casos de inhabilitación del cargo. Un escribano público podía ser inhabilitado por tres motivos principalmente –aunque existían más–: mala praxis, normalmente por falsedad; un cobro excesivo de aranceles, algo que se dio bastante y que ha quedado recogido en numerosos pleitos; y por herjía, sobre todo en el reinado de Felipe II con los llamados juicios de residencia (Domínguez Guerrero, 2020; Mendoza García, 2007b).

Además, debían elaborar los informes que la Justicia solicitase, hacer tasaciones judiciales de costas, hacer los aprecios de oficios cuando se tratase de su enajenación judicial o extrajudicial, hacer reconocimientos de letras, instrumentos o firmas que se hubiesen dado por falsos en un juicio, convocar a la junta general extraordinaria, librar contra el tesorero las cantidades necesarias, desempeñar las tareas a su cargo, presentar en las juntas generales ordinarias los libros de sus acuerdos y actas, y desempeñar los artículos relativos a sus funciones recogidos en el concordato.

El artículo 18 establecía un sello del concordato para autenticar documentos propios. En su imagen plasmaría las armas de la ciudad, que eran la figura ecuestre de Fernando el Católico en acción de destruir los ejércitos mahometanos, orlada con la frase: “Número de escribanos de Vélez-Málaga”<sup>711</sup>. Este pedimento fue solicitado al Consejo de Castilla para que aprobase y pusiese en marcha su elaboración.

El oficio del crimen por rueda seguiría vigente, ya que fue el método que se llevaba a cabo desde hacía 300 años, cuando se consumió el oficio de escribanía pública del crimen de la ciudad. Asimismo, pedían que inventarios, cuentas, particiones, tutelas, curadurías, fianzas, almonedas, y otras diligencias, pasasen por el turno que tocaba en ese momento. En otras palabras, la escrituras que más dinero generaban.

La decisión de turnar se tomó porque

“si consideramos que la punible asepeión de personas o las cautelas y negociaciones que a nadie se ocultan ha hecho, y hacen que mientras a unas escribanías les falta tiempo para despachar los negocios y se hallan sobrecargadas, otras sin una justa causa carecen de ellos, hasta el extremo de hallarse cerradas, con descrédito y notorio agravio del propietario. [...] Adoptando las medidas en los tribunales superiores y otros subalternos ... contrarrestándose al propio tiempo las cautelas de los litigantes malévolos o de sus agentes negociadores en la elección de escribanías arbitrio que siempre ha sido causado la promoción de muchos pleitos de comerciase con ellos de sucesos injustos. [...] Esta

---

<sup>711</sup> AHPM, PN, Leg. P-5059, fol. 67.

corporación llama a la fraternidad a fin de que todos circulemos y gozemos de los productos del mismo repartimiento<sup>712</sup>.

Aunque los escribanos presentasen un fuerte corporativismo, las guerras intestinas dentro de este grupo profesional estaban al a orden del día, como bien refleja el texto anterior. Sus honorarios en la tramitación judicial eran elevados, ya que muchos de los pleitos podían acabar en la Chancillería de Granada, lo que haría aumentar sus ingresos considerablemente. No era extraño encontrar demandas entre escribanos en la que uno acusaba al otro de haber conseguido llevar la causa gracias a su relación con el corregidor de turno (Mendoza García, 2008a).

El artículo 25 señala algo que influiría en el devenir de la complicada administración judicial. Los escribanos del turno criminal deberían crear un libro de repartos titulado *Registro de negocios judiciales eventuales, civiles y criminales* que correspondiese al juzgado real ordinario de la ciudad de Vélez-Málaga. Esto constituiría, en toda regla, un registro general de pleitos que, pasado los años, se convertiría en un instrumento de notable interés y valor. En él debían aparecer las fechas en las que se suscribieron, escribanías que en que radicasen, nombres de los litigantes, del procurador y abogado actores, y lo substancial del pleito o demanda. Además, cada libro contendría un repertorio alfabético con los actores del contrato. En definitiva, se convertiría en una herramienta que facilitaría el acceso a la documentación e información judicial, algo que era muy difícil de localizar de manera rápida y eficaz en aquellos tiempos.

El artículo 41 fija las cantidades de dinero que irían al fondo de la corporación y serviría para cubrir los gastos comunes. Para ello, los 12 escribanos del número debían aportar una determinada cuantía por algunos servicios que prestaban. En la siguiente tabla se detallan la transacción y la cantidad a aportar por cada uno:

---

<sup>712</sup> AHPM, PN, Leg. P-5059, fol. 69.

**TABLA 3.** Tipo de transacción y cantidad de dinero que se aportaría al fondo

Tipo de transacción	Cuantía (en reales)
Legalización de los documentos o instrumentos para salir del reino/provincia	7
Certificado de que una persona no tenía causas pendientes	120
Documento de poder para pleitos, expediente o pretensión judicial	4
Copia de escritura de fianza que se presenten en los juicios	4ª parte del arancel
Diligencia y testimonio del escribano que asiste a poner autos productivos en el correo	14

Fuente: AHPM, Leg. P-5059, fol. 76.

Estos derechos aplicados al fondo eran comunes al cuerpo y tenían que entregarse al tesorero, quien además debía encargarse de que los documentos de legalizaciones y testimonios que se expidieran llevasen el sello de la corporación, y no fuese válido el documento de no hacerlo así. Si algún escribano no fuese fiel a ello, tendría que pagar el doble de lo no aportado al fondo, además de ser juzgado por la Junta.

El artículo 49 recoge los procesos relativos a la transmisión de las escribanías y la formación en el oficio, que debían anotarse en el libro de acuerdos y actas de la corporación. La Diputación aceptaría la formación de todos los hijos de los escribanos, que podían acreditarse a partir de los 12 años, aunque debían de ser mayores de 15 años para ser amanuenses. Dentro de esta corporación social podrían realizar sus prácticas, que serían aprobadas y certificadas por ella.

Los gastos del fondo se destinarían también para sufragar anualmente dos comidas de los pobres de la cárcel de Vélez. También se financiarían 12 misas rezadas para los escribanos que falleciesen, por el estipendio de 6 reales de vellón, además del coste de las luces, siendo obligatorio que toda la corporación asistiese al funeral.

La situación económica de los escribanos malagueños era dispar. Aunque en algunos casos se han localizado profesionales de la pluma que tenían una situación boyante, en otros se han examinado casos en los que morían en condiciones económicas muy desfavorables (Mendoza García, 2010). Posiblemente por esto, el concordato recogía que, si un escribano falleciese en la más absoluta pobreza, sin otros bienes que el

oficio, su entierro de iglesia entera con tres capas se costearía por el propio fondo.

Al final del concordato los integrantes de la corporación social se obligan con sus bienes y rentas habidos y por haber a cumplir lo contenido en él. Además, se inician los trámites para formalizar la corporación:

Suplicamos a S.M. y señores del real y supremo consejo de Castilla y de los demás tribunales superiores como igualmente al señor corregidor de esta ciudad, se sirvan aprobar y confirmar lo contenido en este concordato<sup>713</sup>.

Los motivos que llevaron a la creación de esta corporación han ido apuntándose durante el transcurso del capítulo. La mejora en las condiciones económicas sería lo primordial, pero también esa acusada reiteración de cumplir lo ya acordado nos indica que los acuerdos no se ejecutaban. La creación de un fondo común y la obligación de sus miembros a cumplir las condiciones referidas en el concordato podrían haber frenado, o al menos atenuado, las posibles reincidencias de incumplimiento. Pero, además, que este se firmase justo al final de la guerra, es un hecho significativo, ya que indica una necesidad de proteger sus intereses una vez restaurada la paz. Las tropas francesas habían causado daños en diferentes escribanías malacitanas, destrozando y quemando los despachos y afectando en mayor o menor medida los protocolos notariales hasta el punto de que muchos desaparecieron (Mendoza García, 2008b). En este periodo su labor fue fundamental, pues en muchos casos eran los encargados de emitir documentación veraz y emitir poderes y otro tipo de documentación necesaria para las cuestiones bélicas.

#### 4. CONCLUSIONES

A lo largo de este capítulo hemos realizado un pequeño recorrido sobre el corporativismo de los escribanos públicos durante la Edad Moderna. En esta aproximación hemos podido comprobar que los documentos que más dinero generaban eran los que más enfrentamientos causaban. Las particiones y documentos relativos a los procesos criminales son los que

---

<sup>713</sup> AHPM, Leg. P-5059, fol. 80.

suponían una mayor fuente de ingresos, siendo los más codiciados por los fedatarios.

Si comparamos el método ejercido para los trámites criminales, el hecho de que se estableciese un turno en Vélez-Málaga y en Antequera fuese el escribano que comenzase a escriturar la causa el que la continuase, conllevaba una serie de ventajas y desventajas. En el caso antequerano, que pudiese seguirse la antigüedad del trámite sería más fácil, ya que todo quedaría bajo la misma escribanía y no sería tan difícil hallar la documentación necesaria para un litigio. No obstante, también sería más fácil que al ser llevado siempre por la misma persona, en caso de pérdida o mala praxis del escribano, esta pudiese perderse o distorsionarse fácilmente. En lo relativo a los aspectos económicos, no existiría un reparto equitativo, ya que, si siempre comenzase la demanda el primer escribano, otros se verían excluidos de las minutas que conllevaban esos servicios.

En el caso veleño, al realizarse por turno, cada escribano tendría una parte de la documentación, pero con la nueva concordia del siglo XIX esto comenzó a solucionarse con el libro de registro de negocios judiciales, que a su vez crearía una base de datos donde documentar el proceso criminal. Su ventaja también sería económica, pues los escribanos repartirían las causas y se evitaría que, como recoge el concordato analizado, se diese el caso de que algunas escribanías estuviesen cerradas por falta de demanda.

En definitiva, este grupo profesional fue forjando vías de protección de sus intereses desde el inicio de la institución notarial. Estudios como el que aportamos ofrecen un conocimiento más exacto del funcionamiento de las escribanías y el contexto socioeconómico de los profesionales de la pluma durante la Modernidad.

## 5. REFERENCIAS

- Álvarez Caña, M. L. (2018). Semblanza de los servidores del rey en la Edad Moderna. Los corregidores de letras de Vélez-Málaga (S. XV-XVIII). *Revista de Historia Moderna. Anales de la Universidad de Alicante*, 36, 114-146.

- Arroyal Espigares, P., Cruces Blanco, E. y Martín Palma, M.T. (1991). Las escribanías públicas de Málaga. Universidad de Málaga.
- Blasco Martínez, A. (2015). Escribir la fe pública en la ciudad: los notarios. The Lugares de escritura: la ciudad, (pp. 91-132). Institución Fernando el Católico y Diputación de Zaragoza.
- Bono Huerta, J. (1985). Los archivos notariales. Una introducción en seis temas a la documentación notarial y a la catalogación e investigación de fondos notariales. Junta de Andalucía.
- Bono Huerta, J. (1992). Conceptos fundamentales de la diplomática notarial. Historia. Instituciones. Documentos, 19, 73-88, Universidad de Sevilla.
- Domínguez Guerrero, M. L. (2020). El control de los escribanos públicos en la corona castellana: un juicio de residencia en la tierra de Sevilla (1570). Studia Historica, Historia Moderna, 42 (1), 223-253.
- Escalante Jiménez, J. (2016a). Los escribanos de Antequera (1479-1869), ExLibric.
- Escalante Jiménez, J. (2016b). El oficio de escribano del número en Antequera. Códex: Boletín de la Ilustre Sociedad Andaluza de Estudios Históricos-Jurídicos, 6-7, 93-122.
- Extremera Extremera, M. A. (2001). Los escribanos de Castilla en la Edad Moderna. Nuevas líneas de Investigación. Chronica Nova, 28, 159-184. Universidad de Granada.
- Mendoza García, E. M. (2007a). Pluma, tintero y papel. Los escribanos de Málaga en el siglo XVII (1598-1700), Universidad de Málaga.
- Mendoza García, E. M. (2007b). Juicio de residencia al escribano de Ardales en 1685: ¿culpable o inocente? Baetica. Estudios de Arte, Geografía e Historia, 29, 347-366.
- Mendoza García, E. M. (2008a). Litigios entre los escribanos públicos malagueños: sus actuaciones profesionales en el ámbito judicial como fuente de conflictos. Baetica. Estudios de Arte, Geografía e Historia, 30, 367-381.
- Mendoza García, E. M. (2008b). Los escribanos malagueños y la guerra de la independencia. Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea, 8.
- Mendoza García, E. M. (2010). La religiosidad popular más allá de la muerte: los testamentos de los escribanos malagueños del siglo XVII. Baetica. Estudios de Arte, Geografía e Historia, 32, 371-393.
- Moreno Trujillo, M. A. (2014). La actuación del escribano público en la primera instancia: los cuadernos mixtos de Baza (1535) y Santa Fe (1542-1549), (pp. 81-98). Los escribanos públicos y la actividad judicial. III Jornadas sobre el notariado en Andalucía. Encasa.

- Ostos Salcedo, P. (2014). El documento notarial en Andalucía. Práctica notarial en Andalucía (siglos XIII-XVII). Universidad de Sevilla.
- Pagarolas Sabaté, L. (2007). Los archivos notariales. Qué son y cómo se tratan. Trea.
- Parejo Barranco, Antonio (1987). Historia de Antequera. Biblioteca Antequerana de la Caja de Ahorros XXI.
- Peña-Mir, J. L. (2020). The Strength of the Deed: Notarial Credit Markets and Contract Enforcement Institutions in Early Modern Spain, Universidad de Barcelona.
- Piñol Alabart, D. (2015). La ‘auctoritas’ del notario en la sociedad medieval: nominación y prácticas. Trialba.
- Rábade Obrado, M. P. (1996). Los escribanos públicos en la Corona de Castilla durante el reinado de Juan II. Una aproximación de conjunto. En la España Medieval, 19, 125-166, Universidad de Complutense de Madrid.
- Riesco Terrero, A. (2007). El notariado español de ámbito nacional y la documentación pública durante la dinastía borbónica hasta la ley orgánica de 1862. VI Jornadas Científicas Sobre Documentación Borbónica en España y América (1700-1868), (pp. 267-325). Universidad Complutense de Madrid.
- Rojas García, R. (2014). La justicia en entredicho: los escribanos frente a la Corona, (pp. 13-27). Los escribanos públicos y la actividad judicial. III Jornadas sobre el notariado en Andalucía. Encasa.

