Gabilex

Nº 36
Cuarto trimestre 2023

REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA

© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA

Número 36. Diciembre 2023

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y REDALYC

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

Dª Mª Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA. Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

Funcionario de carrera en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos *"Luis Ortega Álvarez".*

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

Dª Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaria de Gobierno Local.

D. Jordi Gimeno Beviá

Vicedecano de Investigación e Internacionalización. Facultad de Derecho de la UNED. Prof. Derecho Procesal

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria.
Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de la Universidad de La Laguna.

SUMARIO

EDITORIAL
El Consejo de Redacción..... 13

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL Y CIUDADANÍA: GARANTÍAS DE LOS CIUDADANOS COMO USUARIOS DE SERVICIOS ESENCIALES
Dª. María Jesús García García 17

LA VIOLENCIA ECONÓMICA DE GÉNERO. ESPECIAL REFERENCIA A LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS Y EL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES
D. Miriam Carralero Valera 103

EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL Y LA DISPONIBILIDAD EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO PÚBLICO

D. Francisco Puerta Seguido y Jesús Punzón Moraleda.....233

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-LEGISLADOR POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN: LA SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 2022 DEL TJUE

D. Jorge Jimenez Carrero ……..307

EL ACOSO SEXUAL EN EL MARCO DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y DISCIPLINARIAS

D. Leopoldo J. Gómez Zamora ……343

EL BLANQUEO DE CAPITALES A TRAVÉS DEL ARTE

D. Covadonga Bermejo Cosmen …….. ……371

EL DELITO DE VIOLACIÓN. MARCO TEÓRICO JURÍDICO
Dª Andrea Cantos Martínez ……455

LA RELACION CALIDAD-PRECIO EN LAS OFERTAS PÚBLICAS. PERSPECTIVA DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN & LICITADOR. UN PLANTEAMIENTO HOLÍSTICO PARA EVALUAR LA OFERTA.

D. Luis Castel Aznar ……541

LA COLECTIVIZACIÓN COMO CABALLO DE TROYA: DE LA DEMOCRACIA A LA OCLOCRACIA
D. Hugo Santos Aso……569

SECCIÓN INTERNACIONAL

MUNICIPIOS ZOMAC EN SANTANDER (COLOMBIA): DESAFÍOS EN TRIBUTOS TERRITORIALES PARA GENERAR DESARROLLO ECONÓMICO

D. César Augusto Romero Molina, Dª Karen Daniela Diaz Ortiz, Dª Gissette Carolina Benavides Mendoza…….627

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

LA SUBSANABILIDAD DE LA DOCUMENTACIÓN ACREDITATIVA PREVIA A LA ADJUDICACIÓN EX ARTÍCULO 150.2 DE LA LCSP ES UN TRÁMITE QUE NO PUEDE OMITIRSE
D. Jaime Pintos Santiago
Dª. María Dolores Fernández Uceda……653

BASES DE PUBLICACIÓN……666

EDITORIAL

En el número 36 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional nueve artículos doctrinales que se suman a un artículo de la sección internacional y una reseña de jurisprudencia, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de D. María Jesús García García, ganadora del premio de la I Categoría General, de los premios Gabilex 2023 con el artículo que lleva por título "Servicios económicos de interés general y ciudadanía: Garantías de los ciudadanos como usuarios de servicios esenciales".

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a Dª. Miriam Carralero Valera ganadora del premio de la II Categoría, Masteres, TFG y similares de los premios Gabilex 2023 con el artículo que lleva por título: "La violencia económica de género. Especial referencia a la obligación de alimentos y el delito de impago de pensiones".

A continuación, D. Francisco Puerta Seguido y Jesús Punzón Moraleda bajo el título "El difícil equilibrio entre el derecho a la desconexión digital y la disponibilidad en el ámbito del empleo público" analizan con brillantez como el derecho a la desconexión digital no es un derecho absoluto considerándose lo que constituye el

tiempo de trabajo, examinando, de forma específica, el marco legal que regula "las guardias de presencia física o disponibilidad no presencial". Finalmente, en el artículo se analiza la compensación de las guardias a través del complemento de productividad.

D. Jorge Jimenez Carrero con el título "La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador por infracción del Derecho de la Unión: la sentencia de 28 de junio de 2022 del TJUE" analiza de manera pormenorizada la sentencia del TJUE y establece una propuesta de reforma normativa a nivel europeo para construir un sistema de responsabilidad patrimonial más eficaz que el actual, buscando la colaboración entre la Administración europea, estatal y autonómica.

A continuación, D. Leopoldo J. Gómez Zamora Alfonso aborda un tema de máximo interés como es definición legal de acoso sexual en el marco del procedimiento disciplinario o sancionador a funcionarios públicos.

La sección nacional se cierra con los artículos de Covadonga Bermejo Cosmen sobre "El blanqueo de capitales a través del arte, de D. Luis Castel Aznar con "La relación calidad-precio en las ofertas públicas. perspectiva del órgano de contratación & licitador. un planteamiento holístico para evaluar la oferta", de Dª Andrea Cantos Martínez con "El delito de violación. marco teórico jurídico" y de D. Hugo Santos Aso con "La colectivización como caballo de troya: de la democracia a la oclocracia" que seguro harán la delicia de los lectores.

Dentro de la sección internacional D. César Augusto Romero Molina, Dª Karen Daniela Diaz Ortiz y Dª Gissette Carolina Benavides Mendoza abordan con maestría como algunos beneficios tributarios en Colombia, enfocados en las Zonas Más Afectadas por el Conflicto Armado (ZOMAC) que a través de una deducción tributaria en el impuesto sobre la renta buscan promover la economía de los municipios que fueron mayormente afectados por el conflicto armado, no han sido suficientes para el desarrollo de los municipios.

Dentro de la sección de reseña de jurisprudencia, D. Jaime Pintos Santiago y Dª Mª Dolores Fernández Uceda, tratan con claridad y brillantez "La subsanabilidad de la documentación acreditativa previa a la adjudicación ex artículo 150.2 de la LCSP es un trámite que no puede omitirse

El Consejo de Redacción

REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

Gabilex

Nº 36

Diciembre 2023

http://gabilex.castillalamancha.es

SERVICIOS ECONOMICOS DE INTERES GENERAL Y CIUDADANÍA: GARANTÍAS DE LOS CIUDADANOS COMO USUARIOS DE SERVICIOS ESENCIALES

Dª. María Jesús García García
Profesora Titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Valencia.
Titular de la Cátedra Jean Monnet "Services of General Economic Interest in the framework of social and territorial cohesion" (101047166 - SGEI-EU).
Directora del Módulo Jean Monnet Citizens´ integration into EU democracy (101047164– CitEUdem).

Resumen: Bajo el término Servicios Económicos de Interés General se incluyen sectores como las telecomunicaciones, la banca, los servicios postales, los suministros de agua, el gas, la electricidad, el transporte y cualquier otra actividad económica que sea declarada de interés general por los estados. Estas actividades responden a necesidades básicas y esenciales de la colectividad, por lo cual el suministro y el acceso a estos servicios tiene que quedar garantizado a los ciudadanos. Con arreglo a nuestro derecho interno, el acceso a estas prestaciones se garantizaba a través de la fórmula del servicio público, de forma que la responsabilidad de su prestación quedaba encomendada a la Administración.

Sin embargo, la legislación de la Unión Europea impone la liberalización de alguna de estas actividades, de forma que estas se abren al libre mercado y a la competencia. En este marco la prestación de servicios funciona siguiendo el criterio de la rentabilidad económica y comercial y pone fin a los monopolios estatales, dando lugar a la figura de los consumidores y usuarios de servicios, dotados de derechos e instrumentos de protección específicos. Con todo, se trata de actividades que continúan siendo de interés general, con lo que su prestación tiene que quedar garantizada a los ciudadanos en términos de calidad, regularidad, universalidad y precio asequible. En este contexto, la Unión Europea ha pretendido compatibilizar la liberalización económica de estas actividades, con el interés público subyacente y los intereses y derechos de los usuarios de estos servicios esenciales. A tal efecto, las normas comunitarias han desarrollado unas técnicas e instrumentos dirigidos a cumplir estas exigencias y a garantizar a los ciudadanos el acceso a unas prestaciones básicas y los usuarios la protección de sus derechos e intereses legítimos, cuestiones que son objeto de análisis en el presente artículo.

Palabras claves: Servicios económicos de interés general, consumidores y usuarios, servicio público, Unión Europea, ciudadanía europea.

Abstract: The term Economic Services of General Interest includes sectors such as telecommunications, banking, postal services, water supplies, gas, electricity, transport and any other economic activity that is declared of general interest by the states. These activities respond to basic and essential needs of the

community, so the supply and access to these services must be guaranteed to citizens. According to our domestic law, access to these benefits was guaranteed through the public service formula, so that the responsibility for their provision was entrusted to the Administration. However, European Union legislation imposes the liberalization of some of these activities, so that they are open to the free market and competition. In this framework, the provision of services operates according to the criterion of economic and commercial profitability and puts an end to state monopolies, giving rise to the figure of consumers and users of services, endowed with specific rights and instruments of protection. However, these are activities that continue to be of general interest, so their provision must be guaranteed to citizens in terms of quality, regularity, universality and affordable price. In this context, the European Union has sought to reconcile the economic liberalization of these activities, with theunderlying public interest and the interests and rights of the users of these essential services. To this end, Community standards have developed techniques and instruments aimed at meeting these requirements and guaranteeing citizens access to basic services and users the protection of their rights and legitimate interests, issues that are the subject of analysis in this article.

Keywords: Economic services of general interest, consumers, public service, European Union, European citizenship.

Sumario

SERVICIOS ECONOMICOS DE INTERES GENERAL Y CIUDADANÍA: GARANTÍAS DE LOS CIUDADANOS COMO USUARIOS DE SERVICIOS ESENCIALES

I. CONCEPTO Y CLASES DE SEIG

II. GARANTÍAS DE LOS CIUDADANOS EN EL ACCESO A LOS SEIG

1. La relevancia de los SEIG para la ciudadanía: el acceso a los SEIG como derecho de los ciudadanos y como eje de la política social europea

2. El papel de los poderes públicos en el nuevo modelo de liberalización económica de los servicios esenciales

III. LOS CIUDADANOS COMO USUARIOS DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL. SUS GARANTIAS COMO USUARIOS DE SERVICIOS ESENCIALES

1. Definición de usuario y consumidor

2. El estatuto jurídico de protección de los usuarios de servicios económicos de interés general

2.1. Puesta a disposición del consumidor de los servicios o prestaciones básicos en las condiciones de calidad, regularidad y asequibilidad que definen las obligaciones de servicio público

2.2. Protección de los consumidores con necesidades especiales

2.3. La información

2.3.a) La información previa a la contratación

2.3.b) El derecho a la información posterior a la contratación

3.4. La formalización del contrato y el tracto o iter contractual

3. La protección coyuntural de consumidores y usuarios del sector energético de la luz y el gas

3.1 Protección de los consumidores de energía eléctrica

3.1.a) La excepción ibérica y el mecanismo de ajuste al precio del gas para la producción de energía.

3.1.b) El bono social eléctrico

3.1. c) El derecho de información.

3.2) Protección de los consumidores de gas: La limitación del precio del gas y el bono social térmico

IV. SISTEMAS PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS EN MATERIA DE SERVICIOS ESENCIALES

1. Consideraciones generales sobre los sistemas de resolución de conflictos

2. La resolución de conflictos en sectores específicos

2.1. El sector eléctrico

2.2. Los servicios postales

2.3. Las telecomunicaciones

2.4. Los transportes

SERVICIOS ECONOMICOS DE INTERES GENERAL Y CIUDADANÍA: GARANTÍAS DE LOS CIUDADANOS COMO USUARIOS DE SERVICIOS ESENCIALES[1].

I. CONCEPTO Y CLASES DE SEIG

Los servicios económicos de interés general (SEIG) son servicios básicos y esenciales para los ciudadanos. Tienen un papel fundamental para el desarrollo, el reconocimiento y ejercicio de derechos sociales y para la cohesión social y territorial de tal manera que el acceso a los mismos se configura como un derecho de los ciudadanos. Dentro de ellos se integran los llamados sectores regulados, que incluyen todas aquellas actividades económicas que han sido así calificadas por la normativa europea. Quedan englobadas dentro de esta categoría la energía y su suministro; la telefonía y las telecomunicaciones (Muñoz Machado, 2010c); los transportes (Muñoz Machado, 2010e) y los servicios postales, configurando los servicios económicos de interés general sujetos a

[1] El presente artículo se desarrolla en el marco de la Cátedra Jean Monnet "Servicios Económicos de Interés General en el marco de la cohesión social y territorial" (101047166 - SGEI-EU) financiada por la Unión Europea en el marco del programa Erasmus+.

regulación armonizada[2].

Además de los anteriores, calificados por la normativa europea como servicios económicos de interés general, puede haber más sectores de actividad que se encuadren bajo esta categoría porque así hayan sido declarados por los diferentes estados[3] (Laguna de Paz, 2009). La Comisión europea controla la procedencia de estas declaraciones estatales, puesto que deben estar basadas y justificadas en el interés general. El motivo de este control es que estas actividades al ser declaradas SEIG escapan a las reglas del libre mercado, cuya aplicación se excepciona, por lo que debe quedar muy justificada su declaración, y debe además estar amparada por el interés general como veremos a continuación.[4]

---

[2] Sobre el concepto de SEIG y su distinción de figuras afines, puede verse la Comunicación de la Comisión al Parlamento al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones "Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa", de 20 de diciembre de 2011 COM (2011) 900 final.

[3] Por ejemplo, algunos países han considerado como Servicios Económicos de Interés General las farmacias, o algunos servicios básicos bancarios, o el transporte de ambulancias.

[4] Los estados tienen así libertad para declarar sus propios SIEGE y apreciar el interés general en su ámbito interno. En España, la declaración formal de la misión, o misiones de interés general corresponde al legislador, que es el competente para declarar que una determina actividad económica reviste interés general. A la Comisión Europea y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea le corresponde examinar la compatibilidad de esa declaración con las normas europeas que rigen el mercado interior y la libre competencia

En todo caso, las actividades calificadas como Servicios Económicos de Interés General conllevan una doble dimensión. Por un lado, son servicios económicos, es decir, tienen un componente monetario, que se sustancia en una prestación a cambio de un precio, o lo que es lo mismo, el servicio se presta a cambio de una remuneración económica. Eso quiere decir que son actividades liberalizadas, es decir, que deben abrirse a la libre competencia (Rosado Pacheco, 2020), de forma que cualquier operador económico puede entrar en el mercado y hacer uso de su derecho a la libre prestación de servicios, sin más restricciones o limitaciones que las que impone el Derecho de la competencia (Fournier, 2000). Por otro lado, son de interés general, lo que quiere decir que satisfacen necesidades básicas y esenciales de la colectividad. Ayudan a las personas a llevar una vida digna y garantizan que todos puedan acceder a bienes y servicios esenciales. Como veremos, garantizan la justicia, la cohesión y la integración social y contribuyen a que todos los ciudadanos de la Unión reciban un trato igualitario. Constituyen un aspecto clave para el fomento de la cohesión económica, social y territorial y son determinantes para un crecimiento económico basado en el desarrollo sostenible. Por eso, la normativa europea establece una serie de garantías para su prestación. De esta manera, estas actividades llevan una etiqueta que las hace especiales por su carácter

a través del criterio del error manifiesto, basado en el principio de proporcionalidad.

esencial y básico para la comunidad. Por tanto, su prestación debe quedar asegurada, pero no solo su prestación, sino su prestación con arreglo a una serie de parámetros como son la universalidad, la calidad, la regularidad y el precio, que ha de ser asequible para todos.

Vemos por tanto que en estas actividades concurren dos elementos diferenciados que han de hacerse compatibles: por un lado, el interés económico de las empresas que prestan esos servicios, ya que, al ser actividades liberalizadas, cualquier prestador o empresa puede entrar en el mercado buscando su rentabilidad; y por otro el interés general, que implica que, al ser actividades básicas, su prestación debe de quedar asegurada en condiciones de regularidad, accesibilidad y universalidad a toda la colectividad.

En principio, cabe pensar que en la medida en que a las empresas les resulte rentable ofrecer estas prestaciones, serán ellas mismas las interesadas en proporcionar estos servicios a los ciudadanos. El problema surge en aquellos casos en que proporcionar esas prestaciones a ciertos colectivos, o en ciertos lugares no resulte rentable. El servicio se prestará regularmente cuando al operador le resulte ventajoso desde el punto de vista económico, pero no se puede confiar que el mercado satisfará estas necesidades cuando al operador no le resulte lucrativa la prestación. Sin embargo, estos servicios siguen siendo esenciales, con independencia de quién o cómo se presten, de modo que de alguna manera habrá de

garantizarse la puesta a disposición de los mismos a los ciudadanos.

Este problema se resuelve por las normas europeas, que admiten que, en determinadas actividades sujetas a un interés general, como las que hemos citado antes, se puedan excepcionar las reglas del libre mercado, la libre competencia y la libertad de prestación de servicios cuando ello sea necesario para satisfacer el interés general[5]. Así, el artículo 106 del TFUE establece que las actividades económicas de interés general se someterán a las normas del mercado interior, salvo que ello sea incompatible para la satisfacción del interés general que deben satisfacer (Hancher y Sauter, 2014). Esto se hace en garantía de los ciudadanos para asegurar su acceso a los servicios básicos de interés general. La calificación de una actividad como servicio económico de interés general es un título habilitante

[5] En este contexto, cabe hacer referencia a la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de enero de 2023, asunto C-292/21, en la que resuelve una cuestión prejudicial, planteada en el marco del recurso planteado por Asociación para la Defensa de los Intereses Comunes de las Autoescuelas (AUDICA) en relación con el método de reparto de cursos de sensibilización y reeducación vial para la recuperación de puntos de los permisos de conducir de la Dirección General de Tráfico (DGT). Señala el Tribunal que, pese a que dichos cursos constituyen un servicio de interés económico general, la obligación de otorgar una concesión de servicio público es desproporcionada y no puede justificarse sin poner en entredicho la competencia entre los prestadores de servicios que podrían dedicarse a esa actividad".

que permite establecer correcciones a las reglas del mercado interior para conseguir una economía social de mercado, y para hacer efectivo el principio de desarrollo sostenible.

Esto supone implantar una dimensión social del mercado único. La economía social de mercado permite a las economías crecer y al tiempo reducir la pobreza y la desigualdad. Ello se sustancia habilitando mecanismos de corrección a las reglas de mercado interior que cuadren con los valores de una Europa más social a medida que avanza el proceso europeo. La calificación de una actividad como SEIG también permite encuadrarla en el marco del principio de desarrollo sostenible, que busca avanzar en el aspecto social, económico y medio ambiental, lo que se articula a través de la regulación. Los estados

regulan las obligaciones de servicio público de los operadores, intervienen el mercado, u otorgan subvenciones y ayudas públicas. Así pues, los SEIG habilitan el establecimiento de correcciones al funcionamiento del mercado interior, para conseguir esa economía social, o para lograr ese desarrollo sostenible que no deje atrás a los ciudadanos.

II. GARANTÍAS DE LOS CIUDADANOS EN EL ACCESO A LOS SEIG

1.La relevancia de los SEIG para la ciudadanía: el acceso los SEIG como derecho de los ciudadanos y como eje de la política social europea

La importancia de que los servicios esenciales lleguen a todos los ciudadanos, con independencia de su poder adquisitivo, o residencia, y con independencia de criterios de rentabilidad económica de las empresas tiene su razón de ser en la idea de cohesión social y territorial y en la idea de solidaridad. Hasta tal punto esto es así que la Unión Europea ha configurado esos servicios esenciales y la garantía de su prestación como valores fundamentales de la UE y los consagra como derechos de los ciudadanos en el artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde se reconoce el derecho de los ciudadanos al acceso general e incondicionado a los beneficios y prestaciones de los SEIG (Zemanek, 2016).

Por eso autoriza la excepción a las reglas del mercado interior y la libre competencia que propugnan la libertad de las empresas para establecerse y prestar servicios sin trabas, imponiéndoles determinadas obligaciones.

Puede decirse que la garantía de acceso a esos SEIG tiene tres implicaciones diferentes:

- Su contribución a la cohesión social y territorial[5]. Al reconocer un acceso universal a los servicios esenciales

se trata de lograr un nivel de convergencia y homogeneidad social que aproxime y garantice unas mínimas condiciones de vida entre los ciudadanos. Por otra parte, el hecho de que se trate de servicios que se prestan en red contribuye a la cohesión territorial, que se potencia a través de la inversión en redes transeuropeas y a través de los fondos de cohesión. Tal y como señala el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo TEN/691 "Transporte, energía y servicios de interés general como motores del crecimiento sostenible en Europa a través de la revolución digital", las grandes infraestructuras europeas interconectadas de energía, transporte y comunicaciones son los puntos nodales vitales del mercado único.

- La aplicación efectiva del principio de solidaridad, justicia social, e igualdad de trato de los usuarios, prohibiendo cualquier clase de discriminación o exclusión. Su prestación debe por tanto garantizar el acceso universal y un nivel de calidad a precios asequibles.

---

[5] El servicio es red, es decir, necesitan de una infraestructura determinada para que se pueda prestar el servicio.

- La garantía de efectividad de los derechos sociales de los ciudadanos. El vigésimo y ultimo principio del Pilar Europeo de los derechos sociales trata sobre el acceso a los servicios esenciales y establece el derecho a

servicios esenciales de buena calidad dando una lista de aquellos servicios más importantes para la vida de las personas. Los estados miembros son los responsables de identificar y organizar estos servicios. Esos servicios deben ser universales, es decir, deben ser disponibles para todos. Conforme a dicho principio, *"toda persona tiene derecho a acceder a servicios esenciales de alta calidad, como el agua, el saneamiento, la energía, el transporte, los servicios financieros y las comunicaciones digitales. Debe prestarse a las personas necesitadas apoyo para el acceso a estos servicios".* Se trata con ello de alcanzar un nivel de protección e inclusión social que está en la base del ejercicio de los derechos que conforman una Europa más social.

2. El papel de los poderes públicos en el nuevo modelo de liberalización económica de los servicios esenciales

Como hemos dicho, el carácter económico de estas actividades hace que queden sujetas a la normativa que regula el mercado interior, o mercado único, pero al mismo tiempo, dado su carácter básico, esencial e imprescindible es necesario que su prestación quede asegurada, especialmente en aquellos casos en que los criterios de rentabilidad económica no permiten confiar en el mercado para su prestación.

En este sentido es conveniente recordar que, en España, hasta los años 90 estas actividades económicas cualificadas por su interés general habían sido monopolios estatales. Es decir, dada su

relevancia, había sido el estado quien se había encargado de la prestación de estos servicios, cuya titularidad estaba reservada a los poderes públicos. Empresas como Telefónica, Iberia, Repsol, Iberdrola eran empresas públicas y monopolios estatales. El estado garantizaba las prestaciones esenciales a los ciudadanos manteniendo la titularidad única de estas actividades.

Sin embargo, nuestra entrada en la UE, con las reglas del libre mercado y la libre competencia inician un proceso de liberalización económica, de forma que poco a poco se van desmantelando los monopolios estatales, liberalizando estas actividades. Eso no quiere decir que las empresas públicas desaparezcan, pero sí quiere decir que, normalmente, ya no realizan su actividad excluyendo a otros operadores del mercado, sino en concurrencia o en competencia con ellos. En definitiva, puede decirse que estas actividades son actividades o servicios liberalizados, que ahora van a funcionar o se van a prestar con otras reglas del juego. RENFE, o Correos son buenos ejemplos de ello. No obstante, hay que señalar que en el caso de España la aplicación de las normas europeas ha ido más allá de lo pautado por la normativa comunitaria, ya la Unión Europea impone la liberalización, pero no la privatización de los sectores regulados.

En todo caso, con este nuevo modelo de liberalización pasamos de un estado garante y prestador de los servicios, a un estado regulador (Montero Pascual,

2014). Es decir, que, al suprimirse los monopolios estatales, el estado actúa como un agente económico más en el mercado. Su papel ha pasado a ser el de regulador, es decir, ha pasado a establecer normativamente las condiciones con arreglo a las cuales los operadores en el mercado deben de realizar sus prestaciones para satisfacer el interés general, incluso en ausencia

de rentabilidad económica, en algunos casos (Muñoz Machado, 2010b). Así, el estado legisla para establecer obligaciones de servicio público y determina quién debe hacerse cargo de las mismas (Montero Pascual, 2020). Desaparecen así los monopolios estatales en la mayor parte de las actividades económicas de interés general, dando entrada a otras empresas, es decir, liberalizando el mercado, de forma que el estado se reserva ahora el papel de velar y comprobar que los servicios se están prestando conforme a unos estándares, e interviniendo en aquellos supuestos en que detecta que los ciudadanos están teniendo dificultad para acceder a ellos (Tornos Mas, 2016). Así está sucediendo actualmente en el caso de la luz, o el gas. En el caso del gas, como veremos después, se ha intervenido el mercado a través del control de precios que se van a subvencionar a través de los presupuestos públicos. En el caso de la energía, se ha previsto la excepción ibérica, que permite periodificar y aplazar la repercusión del coste del gas empleado en la producción de energía en las facturas eléctricas de los consumidores, tal y como analizaremos después. Igualmente, para ciertos consumidores especiales, se

han previsto los bonos sociales. Es decir, los poderes públicos garantizan que las empresas que ahora prestan el servicio, lo hagan en condiciones de asequibilidad, calidad, accesibilidad, universalidad, etc.

Los poderes públicos disponen de mecanismos y técnicas de intervención en el mercado como instrumentos para garantizar estas prestaciones. Aunque la regulación comunitaria consagra que aquellas empresas que operen en el mercado pueden prestar libremente y sin restricciones sus servicios y actividades, fijando libremente el precio de sus servicios, también permite a un estado miembro restringir parcialmente estas libertades mediante lo que se llama las obligaciones de servicio público (Muñoz Machado, 2010).

La lógica del mercado, de la oferta y la demanda y el interés de los operadores conduciría a concentrar la atención de la prestación de estos servicios allí donde hay mayor demanda y donde mayores son las expectativas de rentabilidad. No habría interés alguno por atender zonas o bolsas de población sin expectativas de rentabilidad. Para corregir esta tendencia se establecen las obligaciones de servicio público que imponen al conjunto de operadores la obligación de ofrecer sus servicios en esas zonas o a esos segmentos de población que no resultan comercialmente atractivos, pero que deben atenderse para alcanzar la igualdad y accesibilidad a los servicios básicos. Las obligaciones de servicio público se

impondrán cuando sea necesario garantizar unos servicios que cumplan determinados requisitos de continuidad, regularidad, capacidad y precios que las compañías no asumirían si tuvieran en cuenta su interés comercial. La misión de servicio público (obligación de servicio público) paradigmática es el servicio universal, que responde al objetivo de garantizar el acceso de todos los ciudadanos al servicio en cuestión. Pero, además, las obligaciones de servicio público pueden consistir en la creación y mantenimiento de ciertas infraestructuras públicas; la imposición de estándares de calidad del servicio; la seguridad del suministro; la puesta a disposición obligatoria de redes para otros operadores (Pérez, 2010); el establecimiento de límites tarifarios, o las garantías de acceso al servicio de personas desfavorecidas, o con minusvalías.

También pueden concederse derechos especiales como contraprestación a la imposición de esas obligaciones de servicio. Así, Correos que asume las obligaciones de servicio público por ser el operador dominante, tiene determinados privilegios por la misión de interés general que, tales como la exención del pago de tributos que graben su actividad

vinculada a los servicios reservados; preferencia en el despacho en el control aduanero; el otorgamiento de la condición de beneficiario de la expropiación forzosa, o la cesión de espacio en la red de ferrocarriles, puertos y aeropuertos

Los monopolios y derechos exclusivos son otra técnica de garantía de prestación de servicios esenciales. Así, en ocasiones se puede restringir incluso el acceso al mercado a las empresas. Ello se hace otorgando concesiones en favor de un solo operador jurídico. Así, en las líneas regulares de viajeros de transporte por carretera, la Ley de Ordenación del transporte permite que un determinado itinerario que se otorga en exclusiva a un operador como forma de compensar las obligaciones de servicio público que se le imponen[6].

Por último, los operadores económicos sujetos a obligaciones de servicio pueden recibir compensaciones económicas (Rodríguez Curiel, 2001), justificadas en la obligación de servicio público que desarrollan (Carlón Ruiz, 2012). Las ayudas públicas afectan a la libre competencia entre las empresas, pero en caso de servicios económicos de interés general, su recepción por parte de determinas empresas puede justificarse en razón de la misión de interés general que realizar (Buendía Sierra, 2009). La Decisión de la Comisión de 11 de enero de 2012 exime a los estados miembros de la obligación de notificar a la Comisión la compensación por los servicios públicos si se cumplen las condiciones de compatibilidad con la misma. Y el Reglamento 360/2012 DE 25 de abril (Reglamento de minimis) dispone que la compensación por SEIG que no superen los 500.000 euros durante tres ejercicios fiscales no entra en el concepto de ayudas estatales.

[6] Por ejemplo, de hacer una determinada ruta que no tiene rentabilidad económica.

Estas funciones reguladoras hacen también necesaria la creación de organismos encargados de controlar que los agentes económicos se someten a esta regulación, y cumplen con sus obligaciones, asumiendo también la función de resolver las controversias que se planteen entre los operadores que prestan el servicio en régimen de libre concurrencia. Dado que la Constitución reconoce a los poderes públicos la libertad de empresa y en algunos casos las empresas que prestan el servicio en concurrencia con el sector privado son empresas públicas, (RENFE, Correos), esos organismos de control, supervisión y resolución de conflictos deberán ser independientes. Con esta finalidad se crea la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, como organismo supervisor y controlador de la actividad de las empresas prestadoras de servicios esenciales (Ruiz Ojeda, Zamora Roselló, 2020).

Las obligaciones de servicio público deben quedar más definidas y concretadas desde el punto de vista normativo que lo que lo estaban en el régimen tradicional del servicio público. Consecuentemente, hay una mayor concreción de los derechos de los ciudadanos y usuarios de estos servicios, lo que da lugar a más mecanismos jurídicos para su exigencia y su salvaguardia, que, en muchos casos, como veremos, se derivan a mecanismos de derecho civil y mercantil, en vez de administrativos.

III. LOS CIUDADANOS COMO USUARIOS DE LOS

SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL. SUS GARANTIAS COMO USUARIOS DE SER

La vinculación entre servicios de interés general y la necesidad de protección de los derechos de los usuarios de estos servicios se pone de manifiesto en el artículo 1 del Protocolo Nº 26 sobre servicios de interés general. Cuando los ciudadanos hacen uso de los servicios esenciales se transforman en usuarios de esos servicios. Muy frecuentemente, esto conlleva una relación contractual que requiere de la firma de un contrato de prestación de servicios que individualiza al ciudadano y lo sitúa en el ámbito de aplicación de la legislación de consumo.

Los consumidores están en el corazón del mercado único en su calidad de actores clave para el crecimiento económico. Desde esta perspectiva, quedan sometidos y amparados por la legislación de consumo, fuertemente influida por la normativa comunitaria (Gutiérrez Espada, 2015). La protección del consumidor es, desde el Tratado de Roma, un ámbito principal sobre el que la Unión Europea cuenta con un importante acervo normativo. Sin embargo, la defensa de los consumidores y usuarios no se articuló inicialmente como un listado de derechos, sino que su protección se articuló a través del Derecho de la competencia, porque, se entendía, la defensa de la competencia es la defensa del consumidor. La regulación para hacer frente a los fallos del mercado y a las conductas desleales tiene como efecto mejorar la competencia real y evitar asimetrías contrarias a los

intereses del consumidor y, por tanto, a la eficiencia de los mercados.

Sin embargo, desde hace años, la Unión Europea viene también promoviendo los derechos de los consumidores desde un punto de vista independiente del Derecho de la competencia. En este sentido, y sin perjuicio de la normativa sobre resolución alternativa de conflictos que veremos más adelante y la normativa sectorial en materia de servicios esenciales a la que iremos aludiendo, cabe citar con carácter general la Directiva 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión[7].

Todas estas Directivas, y algunas otras que regulan con carácter general los derechos de los consumidores tiene por objeto la armonización de normas en materia de consumo a efectos de proporcionar seguridad jurídica a los usuarios, como requisito necesario para el funcionamiento del mercado interior, cuya

[7] Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores. Modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

consolidación está ciertamente supeditada al comportamiento de sus consumidores.

Por su parte, Agenda europea del Consumidor, adoptada el 13 de noviembre de 2020 enfatiza que la protección de los derechos de los consumidores incide en el crecimiento de la economía europea. Estimular la demanda significa no solo aumentar el consumo, sino también hacerlo de manera más eficiente, de forma que los consumidores seleccionen mejor sus compras, lo que afecta a la capacidad de creación de riqueza y al propio alcance del mercado único. La falta de información, o hábitos inadecuados de consumo explican la ineficiencia en la toma de decisiones de los consumidores europeos. Ello ha llevado a lanzar campañas dirigidas a mejorar la información a los consumidores y usuarios, sobre los bienes y servicios que adquieren para que conozcan las vías para la defensa de sus derechos, lo cual es especialmente importante en sectores como la energía o las telecomunicaciones, dada la complejidad de sus servicios y de la fijación de intereses y precios (Laguna de Paz 2010).

Por tanto, la protección de los consumidores es siempre importante por sus repercusiones en la económica y el mercado único, pero es especialmente importante en el ámbito de los sectores preferentes, por tratarse de servicios de primera necesidad: transporte, comunicaciones electrónicas (Álvarez, Garrido Cuenca 2004) y energía, donde la falta de protección a los usuarios puede conllevar su mayor vulnerabilidad al no

poder minimizar el precio y maximizar la utilidad, con el consiguiente riesgo de exclusión social.

La mayoría de las normas comunitarias que regulan estos sectores específicos de actividad hacen confluir sus disposiciones con aquellas que se refieren a la protección de los consumidores. Así, por ejemplo, resulta en el caso del Reglamento 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento 2006/2004, que en sus considerandos señala que "las medidas de la Unión en el ámbito del transporte en autobús y autocar deben perseguir, entre otras cosas, que se garantice un elevado nivel de protección de los viajeros, comparable al de otros modos de transporte, independientemente del lugar al que viajen (García Álvarez, 2012). Asimismo, deben tenerse plenamente en cuenta las exigencias en materia de protección de los consumidores en general". Igualmente, el Reglamento 2019/712 del Parlamento europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 relativo a la defensa de la competencia en el transporte aéreo y por el que se deroga el Reglamento (CE) 868/2004 establece que "para determinar el interés de la Unión, se dará prioridad a la necesidad de proteger los intereses de los consumidores y de mantener un alto nivel de conectividad para los viajeros y para la Unión." Por su parte, la Directiva 2018/1972 del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones

Electrónicas remarca igualmente entre sus objetivos la protección de los consumidores. La preocupación por los usuarios de estos servicios en tanto consumidores subyace en todas las normas sustantivas que regulan estos sectores.

Los ejemplos anteriores demuestran la relevancia que las normas comunitarias prestan a la protección de los usuarios de servicios económicos de interés general. La cuestión que se plantea es como avanzar en la defensa de los intereses de los usuarios y si estos se están beneficiando del proceso de liberalización. Un gran número de ciudadanos en la UE encuentra graves dificultades económicas para acceder a servicios esenciales, en particular, en los ámbitos de la vivienda, la energía, comunicaciones electrónicas, transporte, agua, atención sanitaria y servicios sociales (Bartl, 2010). En el contexto de crisis, los usuarios, al verse empobrecidos, se ven obligados a tomar sus decisiones de compra o contratación de servicios en atención únicamente al precio, sin valorar otros criterios, y esta es una tendencia que se consolida al alza[8].

1. Definición de usuario y consumidor

[8] Así lo refleja el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo TEN/691 "Transporte, energía y servicios de interés general como motores del crecimiento sostenible en Europa a través de la revolución digital"

La Directiva 2013/11/UE de 21 de mayo sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo establece en su artículo 4.1 el concepto de consumidor, entendiendo por tal "toda persona que actúe con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales, a su oficio o a su profesión"[9]. En nuestro derecho interno, la transposición de la citada Directiva ha conllevado la diferenciación entre usuarios y consumidores. En efecto, conforme al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, es consumidor quien adquiere un bien y usuario quien contrata servicios, con una característica adicional, y es que no debe haber ánimo de lucro en estas actividades. Es decir, los consumidores y usuarios son sujetos que adquieren bienes o contratan servicios con una finalidad distinta a la comercial, empresarial o profesional. La categoría de consumidor y usuario refiere primordialmente a personas físicas que actúan y contratan servicios de ámbito o finalidad doméstica, pero también pueden considerarse consumidores y

[9] Igualmente, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo

usuarios aquellas personas jurídicas, o entidades sin personalidad jurídica, como comunidades de propietarios, o asociaciones deportivas cuando actúen sin ánimo de lucro[10].

Cuando los ciudadanos hacen uso de esos servicios, previa suscripción de un contrato mercantil, se individualizan como usuarios de los servicios esenciales, o si usamos la terminología europea, se singularizan como usuarios de servicios económicos de interés general. Y ello les confiere unos derechos especiales que van dirigidos a proteger sus intereses, pero también, a garantizar el buen funcionamiento del mercado interior.

Esto sitúa a los ciudadanos, usuarios de servicios esenciales, en el ámbito de protección de la legislación europea sobre consumo. Por eso, la Unión Europea también se ha fijado en los ciudadanos en su faceta de usuarios de servicios esenciales, identificándolos como uno de los motores para la consolidación del mercado interior y protegiendo sus derechos para dotarles de una cierta seguridad jurídica en sus transacciones. Nuestro derecho interno es en gran parte deudor de la legislación europea sobre consumo, como veremos.

[10] Hay que señalar, no obstante, que en el ámbito de las telecomunicaciones estos requisitos se han excepcionado en lo que se refiere a los procedimientos de resolución de controversias, ya que el artículo 78 de la Ley General de Telecomunicaciones de 28 de junio de 2022, ya que se incluyen en el concepto de usuarios finales a los autónomos, o trabajadores por cuenta propia como a las microempresas.

En tanto que usuarios de servicios esenciales, o de interés general estamos hablando de consumidores cualificados que tienen un plus de protección que resulta de la aplicación no solo de la legislación general en materia de consumo, sino también de la propia legislación específica o sectorial que regula cada uno de estos ámbitos. En algunos casos incluso, los derechos de estos usuarios se potencian a través de textos legislativos cuya regulación acomete expresamente el conjunto de derechos que les asisten. Es el caso, por ejemplo, de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, regulada por Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo. En otros casos, la legislación que regula el servicio de interés general contiene una alusión expresa a los derechos de los usuarios en su título. Así, la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal.

En todo caso, las garantías adicionales para los usuarios de servicios económicos de interés general se articulan en el marco de la relación contractual que se establece entre los prestadores de servicios y los ciudadanos, momento en que estos pasan a tener la consideración de usuarios protegidos por la legislación específica. Y en el ámbito de esa relación jurídica es importante hacer referencia a su *iter* contractual, es decir, a la formación del contrato, la información previa a la contratación, el contenido de los contratos, el incumplimiento de los mismos y su resolución o

finalización, así como a los mecanismos a disposición de los usuarios para resolver los conflictos que se puedan plantear.

2. El estatuto jurídico de protección de los usuarios de servicios económicos de interés general

Cuatro son las categorías de derechos que identifican el estatuto jurídico de los usuarios de servicios esenciales:

1)El derecho a la puesta a disposición de los servicios o prestaciones básicas conforme a unos criterios o estándares de calidad, accesibilidad, asequibilidad, regularidad.

2)El derecho de protección de los consumidores con necesidades especiales.

3)Derecho de información

4)Derechos relativos a la formalización, duración y resolución de los contratos.

2.1 Puesta a disposición del consumidor de

los servicios o prestaciones básicos en las condiciones de calidad, regularidad y asequibilidad que definen las obligaciones de servicio público

El artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea configura el acceso de los ciudadanos a los servicios económicos de interés general como un derecho de los ciudadanos. De esta manera, y por definición, los servicios de interés general conllevan la imposición de obligaciones de servicio público que recaen sobre los prestadores de esos servicios (Laguna de Paz 2016). Entre esas obligaciones está el servicio universal, que obliga a las empresas a garantizar determinadas prestaciones a todos los ciudadanos en condiciones de calidad, regularidad y asequibilidad. Es decir, se trata de servicios a los que todos deben tener acceso, de forma que ha de garantizarse la accesibilidad, independiente de la rentabilidad económica de la prestación, o de la situación económica o geográfica del usuario.

Pero además deben prestarse conforme a unos determinados estándares o criterios de calidad (Vera Parisio i Cudolá, Noguera de la Muela, 2016).

Un ejemplo paradigmático que ilustra esta afirmación se da en el sector de las telecomunicaciones (González García, 2015), en donde la legislación obliga a proporcionar a los usuarios una conexión a la red telefónica pública que posibilite el acceso funcional a internet y acceder a la prestación del servicio

telefónico con independencia de su localización geográfica, a un precio asequible y con una calidad determinada (Chinchilla y Carlón Ruiz, 2003). Así, Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones en su artículo 37 establece que la velocidad mínima de acceso a internet se fija en 10 Mbit en sentido descendente y que por real decreto podrá subir a 30 Mbits con aspiración de que llegue a 100 Mbits en un año a contar desde la entrada en vigor de la Ley, según establece su Disposición Adicional Trigésima. Todo ello con la finalidad de que la velocidad de conexión permita el acceso a una serie de servicios como la administración electrónica, el correo electrónico, o plataformas de búsqueda de empleo a fin de garantizar la cohesión social y territorial que está siempre omnipresente en los servicios económicos de interés general.

En el caso de la energía, la Directiva 2012/27/UE establece el derecho de todos los ciudadanos a una conexión a las redes energéticas, así como a elegir cualquier proveedor de electricidad que preste servicios en su zona.

Para los transportes, las obligaciones de servicio público imponen a los concesionarios de servicios de transportes regulares de viajeros por carretera determinados trayectos, que se otorgarán por concesión conforme a un sistema de límites tarifarios que garantice su asequibilidad, conforme a lo previsto en los artículos 71 y siguientes de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes

Terrestres[11].

En el caso de las líneas aéreas, las licitaciones permiten seleccionar la compañía que operará una determinada ruta que por su insularidad o carácter periférico no resulte rentable a las empresas, previa compensación económica. E incluso en el caso de que la licitación quede desierta, la normativa comunitaria permite imponer este servicio a las empresas en forma de obligación de servicio público. Así resulta del artículo 16 del Reglamento 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad. Su artículo 17 regula los procedimientos de licitación para las obligaciones de servicio público.

Pero además de la universalidad, son servicios que han de resultar asequibles para sus destinatarios. En el caso de la energía eléctrica, los precios oficiales del gas y la electricidad operan como criterios en garantía de

[11] "Con objeto de garantizar la cohesión territorial, los contratos de gestión de los servicios públicos de transporte regular de viajeros de uso general se adjudicarán por la Administración con carácter exclusivo, no pudiendo otorgarse otros que cubran tráficos coincidentes, salvo en los supuestos que reglamentariamente se exceptúen por razones fundadas de interés general." Así lo establece el artículo 72 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

la asequibilidad[12] (Waddams, 2015) .

La existencia del mercado regulado, con las tarifas TUR (tarifa de último recurso) para el gas[13], o PVPC[14] (Precio de Venta para el Pequeño Consumidor) en el caso de la electricidad, en las que no se prevé la repercusión de cuotas de gestión van encaminadas a garantizar la asequibilidad de estos servicios

[12] En todo caso, es necesario señalar que el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo TEN/691 "Transporte, energía y servicios de interés general como motores del crecimiento sostenible en Europa a través de la revolución digital" pone de manifiesto que todos los europeos deben tener acceso a una energía segura, sostenible y asequible, siendo este el objetivo principal de la Unión de la Energía. En embargo, en el Dictamen se pone de manifiesto también la decepción por las diferencias en los precios de la energía, en los diferentes estados miembros, lo que pone de manifiesto un fallo en el mercado único de la energía.

[13] Esta tarifa se aplica para consumos de hasta 50.000 KW.

[14] Estas tarifas solo pueden ser ofrecidas por las comercializadoras de referencia, debiendo cumplir para ello las siguientes condiciones:

- Deben pertenecer a un grupo empresarial que haya suministrado energía a más de 100.000 clientes en los últimos 12 meses.
- El capital social de la compañía debe superar los 500.000 euros.
- Antes de ser comercializadora de referencia debe de haber prestado sus servicios en el mercado libre durante un plazo mínimo de 3 años.
- En el último año debe contar al menos con 25.000 clientes.

esenciales[15]. Adicionalmente, el progresivo incremento de los precios ha llevado al estado a intervenir el mercado estableciendo límites a los precios del gas (Waddams y Deller, 2015). Así se estableció por Real Decreto-ley 17/2021, de 14 de septiembre, de medidas urgentes para mitigar el impacto de la escalada de precios del gas natural en los mercados minoristas de gas y electricidad. Con arreglo a la citada norma se establece un límite del 15 % en el cálculo trimestral de la tarifa de último recurso del gas (TUR).

[15] Así, se establecen tres modalidades de contratación: el precio voluntario para el pequeño consumidor, precio fijo durante 12 meses y el mercado libre. En el mercado regulado viene determinado por el PVPC (precio voluntario para el pequeño consumidor, donde el precio de la energía incorpora el precio medio resultante en el mercado de la electricidad y, por tanto, resulta diferente en cada factura. El precio del PVPC (Precio Voluntario al Pequeño Consumidor) está fijado por el gobierno y no obliga a tener permanencia con la compañía eléctrica. La segunda modalidad es la contratación durante 12 meses. Las comercializadoras de referencia están obligadas a ofertarlo como alternativa al PVPC. El precio se fija libremente por cada empresa comercializadora. Incluye los peajes de acceso, los cargos y otros costes que sean de aplicación al suministro y el precio por el coste del suministro eléctrico, que será fijo durante el periodo anual de vigencia del contrato. Finalmente, mercado libre ofrece descuentos en los precios de la luz y diferentes tarifas, a diferencia del mercado regulado, donde el precio está fijado por el gobierno y no se pueden aplicar descuentos. Para facilitar la elección de los consumidores, la Comisión Nacional de la Competencia y de los Mercados pone a disposición de los clientes un comparador para facilitar esta labor.

El Real Decreto Ley 18/2022 de 18 de octubre establece una prórroga de dicha norma y sus limitaciones hasta finales del año 2023.

Por lo que se refiere a la electricidad, hay que referirse al Real Decreto Ley 10/2022, de 13 de mayo por el que se establece con carácter temporal un mecanismo de ajuste de costes de producción para la reducción del precio de la electricidad en el mercado mayorista, también llamado excepción ibérica, o tope al precio del gas utilizado para la producción de la energía eléctrica, al que nos referiremos posteriormente[16]. El mecanismo de ajuste será de aplicación durante 12 meses, contados a partir de la fecha que se determine en la Orden por la que se publique en el BOE la autorización del mecanismo de ajuste por parte de la Comisión Europea[17].

En el caso de las telecomunicaciones, no se han fijado unas tarifas mínimas, puesto que el juego de la libre competencia garantiza un amplio abanico de precios

[16] La cuantía unitaria diaria del ajuste resulta de la aplicación de una fórmula donde el precio de referencia de gas natural tomará durante los seis primeros meses el valor de 40 euros/Mwh y con posterioridad se incrementará mensualmente en 5 euros/Mwh. Se aplicará a aquellos contratos firmados a partir del 26 de abril de 2022, así como a las renovaciones, revisiones de precio o prórrogas de aquellos firmados con anterioridad a dicha fecha.

[17] Orden del Ministerio para la transición ecológica y el reto demográfico, de 8 de junio de 2022, por lo que este mecanismo resultará de aplicación hasta el 31 de mayo de 2023.

que garantizan la asequibilidad de las prestaciones. No obstante, el artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones atribuye a la CNMC potestades para supervisar la evolución y el nivel de la tarificación al público de los servicios incluidos en el servicio universal en relación con los niveles nacionales de precios al consumo y de rentas, y para exigir la modificación o supresión de las opciones o paquetes de tarifas ofrecidos por los operadores a los consumidores con rentas bajas o con necesidades sociales especiales.

Para la asequibilidad del transporte, el Real Decreto 949/2018 de 27 de julio, modifica la cuantía de la subvención al transporte regular, aéreo y marítimo, de los residentes en los territorios no peninsulares con el resto del territorio nacional.

Pero además de la universalidad y asequibilidad, también ha de darse una característica en el suministro de los servicios básicos, que es la regularidad. Es decir, al ser servicios esenciales su prestación debe quedar asegurada sin interrupciones. La regularidad se garantiza con la obligación que tienen las empresas de compensar a sus clientes en caso de interrupciones del servicio que excedan los niveles establecidos en la regulación. Es por eso que se prevén indemnizaciones a los usuarios por corte del suministro de electricidad, gas, o de internet. Así, el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica establece las indemnizaciones por corte del suministro eléctrico, con

la particularidad de que la obligación de compensar a los consumidores en caso de interrupción del suministro se impone a las distribuidoras. Hay que señalar también que, para garantizar la seguridad del suministro energético, la Administración interviene para que exista una capacidad de generación, transporte y distribución de gas natural mediante la planificación. En el caso de las telecomunicaciones, el Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, recoge el derecho a la continuidad del servicio y a ser indemnizado en caso de interrupción de los diferentes servicios.
Por su parte, los Reglamentos 261/2004 y 2027/97 establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso en los vuelos, y sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente.

2.2 Protección de los consumidores con necesidades especiales

Al tratarse de servicios básicos, su prestación tiene que garantizarse a todos los ciudadanos, pero muy especialmente a aquellos que tienen necesidades especiales, o que presentan cierto grado de vulnerabilidad (Longo, Olivieri, Roversi, Turci, Turillazzi, 2020). A este respeto, el estado regulador, ha previsto una serie de obligaciones que se aplican sobre las empresas y que van dirigidas a asegurar a estas categorías de usuarios el acceso a estos servicios

básicos o esenciales. Hay que tener en cuenta el papel que tienen los servicios de interés general en la cohesión social, por eso es especialmente importante que se preste especial atención a estos colectivos. Podemos diferenciar dos categorías de consumidores con necesidades especiales: por razones económicas y por razones de movilidad, o discapacidad.

El bono social es el instrumento con el que se trata de hacer accesible y asequible el suministro de ciertos servicios básicos a personas con dificultades económicas (Bartl, 2010). En este sentido, en el ámbito de la energía eléctrica, se han previsto tres categorías de consumidores con derecho a su obtención. La primera de ellas es la de consumidor vulnerable, que, cumpliendo una serie de requisitos, tiene derecho a una rebaja de la factura eléctrica del 65%. Hay que tener en cuenta que con la crisis del Covid se establecieron nuevas categorías de consumidor vulnerable con derecho a la percepción del bono social, de conformidad con el Real Decreto Ley 8/2021 que incluye a aquellos que se encuentre en situación de desempleo, los afectados por un expediente temporal de regulación de empleo (ERTE) y en caso de ser empresarios, que se haya visto reducido su jornada por motivo de cuidados y otras circunstancias similares que supongan una pérdida sustancial de ingresos. El Real Decreto Ley 18/22 de 18 de octubre[18] en su

[18] Por el que se aprueban medidas de refuerzo de la protección de los consumidores de energía y de contribución a la reducción del consumo de gas natural en aplicación del "Plan

artículo 11 ha establecido un incremento de los porcentajes de descuento del bono social eléctrico, que se mantendrán hasta el 31 de diciembre de 2023. El descuento en la factura eléctrica pasa del 60% al 65%. Se prevé también la figura del consumidor vulnerable severo, o en riesgo de exclusión social que por aplicación del RD Ley 18/22 de 18 de octubre pasa de un 70% a un 80% de reducción en la factura eléctrica)[19]. Por último, el RD Ley 18/22 de 18 de

+seguridad para tu energía (+SE)", así como medidas en materia de retribuciones del personal al servicio del sector público y de protección de las personas trabajadoras agrarias eventuales afectadas por la sequía.

[19] Señalar igualmente que a esta tipología de consumidores no se les podrá interrumpir el suministro eléctrico. Al resto de beneficiarios del bono eléctrico tampoco se les podrá cortar el suministro hasta el 31 de diciembre de 2022. En todo caso, está prevista la aplicación del llamado Suministro Mínimo Vital (SMV), que se sustancia en la potencia límite de 3,5 KW y que garantiza unas condiciones mínimas de confort a los consumidores acogidos al bono social. La comercializadora solicitará la aplicación del SMV transcurridos cuatro meses desde la notificación del primer requerimiento de pago y tendrá vigencia durante seis meses, transcurridos los cuales se podrá cortar el suministro. En todo caso, el suministro no podrá ser suspendido en caso de hogares donde la energía sea necesaria para el funcionamiento de equipos médicos, en el caso de consumidores vulnerables severos, como hemos señalado, así como aquellas unidades familiares en las que haya al menos un menor de 16 años, o bien el titular o alguno de los miembros tenga una discapacidad reconocida igual o superior al 33%.

octubre[20] crea también la categoría de los hogares trabajadores con bajos ingresos particularmente afectados por la crisis energética, a los que aludiremos más adelante cuando hablemos de la protección coyuntural de usuarios del sector energético. Según la Disposición Adicional 2ª del RD Ley 18/22 de 18 de octubre, se deberá informar a través de las facturas de esta nueva categoría de consumidor vulnerable a los efectos de la percepción del bono social de electricidad. Igualmente, a los perceptores actuales del bono social se les informará del incremento de los descuentos asociados al mismo, así como del incremento del 15% de los límites de energía anual con derecho al descuento del bono social.

Igualmente, el artículo 12 del citado Real Decreto Ley prevé un incremento de los límites máximos de consumo sujetos al descuento en la factura del bono social eléctrico y que oscilarán entre 1587 Kwh y 4761 Kwh dependiendo de la unidad familiar.

Tras la STS de 31 de enero de 2022, el coste del bono social eléctrico se imputa a todas las empresas que operan en el sector eléctrico (productoras, distribuidoras y comercializadoras), así como a los

[20] Podrán acceder a él hogares cuya renta se sitúe entre 1,5 y el 2 veces el IMPREM. Ello incluye hogares de un solo adulto con 16.800 euros al año hasta hogares con cuatro miembros en la unidad familiar y una renta inferior a 27.700 euros al año.

consumidores[21]. El bono social constituye una obligación de servicio público que se imponía a las comercializadoras eléctricas, y que el Tribunal de Justicia, en la sentencia antes señalada, declaró nulo por no repercutirse también entre las distribuidoras, productoras y empresas destinadas al transporte de electricidad. La sentencia establece que "al no imponerse la financiación a todas las empresas eléctricas, sino exclusivamente a las empresas comercializadoras sin una justificación objetiva y razonable" la normativa que regula el bono social es contraria a la normativa europea, al no establecer las obligaciones de servicio público de forma objetiva y no discriminatoria. La CNMC tiene la competencia para calcular los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar, información que debe publicar en su página web teniendo en cuenta la facturación de cada una de las actividades dentro de la cadena de suministro. Por lo que se refiere al reparto de actividades a financiar entre las comercializadoras, se realizará de forma proporcional a la cuota de clientes a los que suministren energía. En el caso de los consumidores, su contribución al bono social eléctrico dependerá de su consumo de energía.

[21] La citada sentencia estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Gas Natural SDG, SA (en la actualidad Naturgy Energy Group, SA) contra el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica.

También se ha establecido un bono térmico para el gas, que estaba regulado en el RD Ley 15/2018, de 5 de octubre, modificada por el RD Ley 18/2022 de 18 de octubre. Según el artículo 3 de esta última norma, la ayuda mínima por beneficiario será de 40 euros y la ayuda para el consumidor vulnerable se calculará conforme a una fórmula que tomará en consideración los ingresos y también la zona climática de residencia. Hay que señalar que estas ayudas quedan supeditadas a la existencia de disponibilidad presupuestaria, de manera que para el ejercicio actual se ha aprobado un suplemento de crédito de 225 millones para sufragar los precios de la energía.

La protección a esos consumidores con necesidades específicas que tienen que ver con problemas de movilidad reducida o alguna discapacidad, se circunscribe sobre todo a los transportes. Así, las personas con algún tipo de discapacidad tienen garantizada la accesibilidad a los medios de transporte, para lo cual las empresas prestadoras del servicio tienen la obligación de proporcionarles atención y ayuda en el viaje. Así lo prevé el Real Decreto 1544/2007 de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad que a su vez trae causa de la normativa europea[22]

[22] La citada norma trae causa de distintas normas europeas como el Reglamento (CE) Nº 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 sobre los derechos

2.3 La información

El derecho a la información constituye la garantía de protección del consumidor y la defensa de sus legítimos intereses[23].

2.3.a) La información previa a la contratación

La mayoría de los servicios esenciales se articulan a través de un contrato de naturaleza mercantil de prestación de servicios. De acuerdo con la Ley de Defensa de Consumidores y usuarios previa a la formalización del contrato, el usuario tiene derecho a que la empresa le proporcione, de manera clara, comprensible y adaptadas a las circunstancias, la información relevante, veraz y suficiente sobre las

de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo. O Reglamento 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004.

[23] El avance en la formación del consumidor y el marco regulatorio e institucional son elementos claves en la elección de los consumidores y así esta falta de información se evidencia, por ejemplo, en el caso de la electricidad, donde la insatisfacción con el servicio, los precios, o la atención de la compañía no conlleva necesaria ni generalmente un cambio de comercializador como cabría esperar. La gran mayoría de consumidores mantienen su relación contractual con su comercializador habitual, aunque haya ofertas competidoras y sea sencillo cambiar. Ello demuestra las limitaciones del consumidor medio para resolver de forma eficiente sus posibles problemas.

características esenciales del contrato, y en particular las condiciones jurídicas y económicas y los bienes y servicios objeto del mismo. Así se establece con carácter general en el artículo 59 y 60 de la citada Ley. El consumidor o usuario debe efectuar la contratación en condiciones de competencia, transparencia e información completa para poder minimizar el precio y maximizar la utilidad.

En algunas actividades, dada la complejidad de la materia, diversidad de paquetes y tarifas, así como las políticas agresivas de reclutamiento de clientes, se ha regulado específicamente tal obligación en este ámbito sectorial. Es el caso del artículo 12 de la Carta de Derechos del usuario de los servicios de telecomunicaciones electrónicas, que tras reiterar lo señalado en el artículo 60 de la Ley de Consumidores y Usuarios, especifica los extremos sobre los que se debe informar al usuario antes de contratar.

2.3.b) El derecho a la información posterior a la contratación

La normativa europea ha incidido particularmente en este aspecto, sobre todo en determinados ámbitos sectoriales como es el caso de la electricidad. En este estadio, el derecho de información afecta sobre todo a la facturación. Así resulta, por ejemplo, en el caso del gas. El artículo 53, apartados m) y n) del RD 434/2002 de 27 de diciembre recoge la información que debe

contener la factura. Además de esta información, el Real Decreto Ley 18/2022 de 18 de octubre establece que en el caso de los consumidores con derecho de acogerse a la tarifa de último recurso (TUR) se incluirá el consumo medio durante el periodo de facturación de aquellos usuarios que compartan código postal. La factura deberá proporcionar también un enlace y código QR a l página web del comparador de ofertas de energía de la CNMC. También deberá informarse a los consumidores de la reducción del IVA en la factura, que pasa del 21% al 5%. Por otro lado, la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética garantiza a los consumidores un acceso fácil y gratuito a los datos de consumo, mediante sistemas de medición individual a efectos de que puedan gestionar mejor su consumo.

En el caso de la energía eléctrica, además del enlace y código QR en la factura, el Real Decreto Ley 18/2022 de 18 de octubre prevé en su Disposición Adicional 4ª la inclusión de información adicional que tiene que ver sobre todo con las nuevas medidas adoptadas para reducir la repercusión del precio de gas utilizado para producir electricidad en la factura eléctrica de los consumidores, conocido como excepción ibérica y regulado en el RD Ley 10/2022 de 13 de mayo. Así, se deberá informar sobre la reducción del IVA, que pasa del 21% al 5%, así como de la reducción del impuesto sobre la electricidad, que pasa del 5% al 0,5%; sobre la decisión de las compañías de repercutir en los consumidores el importe de la energía asociada al

mecanismo ibérico o excepción ibérica[24] y el importe de la energía asociada a este mecanismo; informar del precio medio del ajuste pagado por la demanda en el último mes natural completo; el efecto reductor del precio mayorista provocado por el mecanismo de ajuste, o excepción ibérica; recomendaciones de ahorro y eficiencia energética, e información sobre consumo medio de los consumidores que compartan el mismo código postal.

3.4. **La formalización del contrato y el tracto o iter contractual**

Una vez celebrado el contrato es necesario que las empresas proporcionen a sus usuarios copia del mismo en soporte duradero. En el ámbito de los servicios esenciales son muy habituales los contratos a distancia, es decir, aquellos en que la contratación se realiza por teléfono o internet. En este caso, es obligatorio para las empresas proporcionar a sus clientes una copia de la grabación, y en caso de que la compañía alegue problemas o inconvenientes cabe

[24] Esta información deberá incluirse de la siguiente forma: "Las comercializadoras en mercado libre pueden elegir voluntariamente repercutir el importe de la energía asociada a la compensación del mecanismo ibérico regulado por RD Ley 10/2022 de 13 de mayo dentro de sus costes de aprovisionamiento, o bien trasladarlo de forma diferenciada a sus consumidores. En este caso, su comercializadora ha optado por esta última opción".

dirigirse a la Agencia de Protección de datos.

Por lo que se refiere a la duración de los contratos, la aplicación de las reglas del libre mercado hace que se potencie la competencia y que los usuarios puedan cambiar de unas compañías a otras sin excesivas trabas. Al tratarse de contratos de prestación de servicio o suministro de tracto sucesivo o continuado se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva, o limitaciones que excluyan y obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin al contrato. Así se establece en el artículo 62 de la Ley de Protección de los consumidores y usuarios, que establecen que estos contratos deberán contemplar expresamente el procedimiento a través del cual el consumidor y usuario pueda ejercer su derecho de poner fin a la relación jurídica contractual.

En todo caso, la permanencia es legal, pero hay que tener en cuenta que la legislación sectorial debe establecer plazos breves de duración de los contratos. Así, por ejemplo, la reciente modificación de la Ley General de Telecomunicaciones ha previsto una duración máxima de los contratos de 24 meses, que se podrán resolver por el usuario comunicándolo a la empresa con una antelación de 1 mes.

En el caso del servicio de suministro de gas, el plazo de contratación es de 1 año con prórrogas tacitas sucesivas, pudiendo el consumidor resolver el contrato con un preaviso de 15 días. Si la rescisión del contrato se produce antes de la primera prórroga, se prevé una penalización de 5% respecto al coste estimado del gas

pendiente de suministrar, pero si la resolución del contrato se produce tras la primera prórroga no habrá penalización[25].

En el caso de la electricidad, no se contempla permanencia en el mercado regulado, pero sí en el mercado libre, salvo que el usuario quiera cambiar al mercado regulado para solicitar el bono social. En otro caso, puede haber una penalización equivalente al 5% del coste estimado de la energía que falte por suministrar. La duración de los contratos a precio voluntario para el pequeño consumidor será anual y se prorrogará automáticamente por plazos iguales. No obstante, el consumidor tendrá la facultad de resolver el contrato antes de su finalización, o de la finalización de cualquiera de sus prórrogas, sin coste alguno[26].

[25] Así resulta de los artículos 38 y 40 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, modificado por el Real Decreto Ley 18/2022 de 18 de octubre.

[26] Las ofertas en el mercado libre y las ofertas a precio anual podrán incluir penalizaciones a aplicar al consumidor en el caso de rescisión anticipada del contrato por voluntad del consumidor antes de la fecha de finalización del mismo. En este caso, las penalizaciones máximas que podrá imponer el comercializador de referencia no podrán exceder el cinco por ciento del precio del contrato por la energía estimada pendiente de suministro. A este efecto, se empleará el método de estimación de medidas vigente para el cambio de comercializador. Las prórrogas de estos contratos podrán ser rescindidas por el consumidor con un preaviso de quince días de antelación, sin que proceda cargo alguno en concepto de penalización por rescisión de contrato. Cuando un consumidor que tenga contratado su suministro en libre mercado solicite a

El estímulo de la competencia en aras del beneficio del usuario resulta también otro argumento para permitir la libre desvinculación y resolución de los contratos, aunque no se produzca incumplimiento y lo que el consumidor persiga sea contratar con otro prestador en mejores condiciones. La idea general debe ser de facilitar el cambio de tarifas y de operador para favorecer la libre competencia y el derecho de los usuarios de servicios a escoger la compañía u operador que les preste el mejor servicio. Ello implica establecer límites máximos a la duración de los contratos como hemos dicho, pero también establecer procedimientos sencillos y plazos razonables para fomentar la competencia. En el caso de las comunicaciones electrónicas, se establece la posibilidad de extinción del contrato por voluntad del abonado con una antelación mínima de un mes[27]. Y en el caso del suministro eléctrico, el consumidor podrá resolver el contrato siempre que lo comunique fehacientemente a la empresa distribuidora con una antelación mínima de 5 días hábiles a la fecha en que se desee la baja del

---

su comercializador acogerse al PVPC con el fin de solicitar el bono social, este tendrá la obligación de informarle de que esta modalidad de contratación sólo puede llevarla a cabo un comercializador de referencia. En este caso, el cambio de la modalidad de contratación a PVPC, acreditando los requisitos para ser considerado vulnerable con derecho a bono social, y siempre que no se modifiquen los parámetros recogidos en el contrato de acceso de terceros a la red, se llevará a cabo sin ningún tipo de penalización ni coste adicional para el consumidor.

[27] Artículo 76.7 de la Ley General de Telecomunicaciones

suministro, todo ello sin perjuicio de las condiciones económicas que resulten en aplicación de la normativa tarifaria vigente.

La facilidad para la resolución de los contratos está igualmente relacionada con las facilidades que otorga la legislación para cambiar de operador. En este sentido, la Ley General de Telecomunicaciones establece que el plazo para llevar a cabo la portabilidad es de un día hábil, aunque puede alargarse por razones técnicas, o por la necesidad de medios físicos como necesidad de tarjetas, rúters, pero una vez proporcionados, la portabilidad debe realizarse en el plazo indicado[28]. Igualmente, por aplicación de la Ley General de Telecomunicaciones, la baja en la compañía debe surtir efectos en el plazo máximo de dos días desde que se solicita, sin que se pueda facturar ni cobrar cantidad alguna que se haya podido devengar pasado este plazo. En el caso del cambio de suministrador de energía eléctrica, la tramitación del cambio debe efectuarse como máximo en un plazo de tres semanas, siendo además un trámite gratuito.

Es importante igualmente hacer referencia al derecho de desistimiento que procede en el caso de compras o contratación a distancia, que es aquella que tiene lugar fuera del establecimiento comercial, lo que ocurre siempre que la contratación se realiza por internet, o por teléfono. En ese caso, la legislación de consumo,

[28] Según el artículo 70 de la Ley General de Telecomunicaciones.

siguiendo las directivas europeas[29], reconoce al usuario un derecho de "arrepentimiento", que se puede ejercitar en el plazo de 14 días desde la contratación del servicio. Esto significa la facultad de resolver el contrato en el citado plazo sin tener que abonar penalización o indemnización alguna a la compañía, salvo que ya se haya ejecutado el contrato, lo ocurre por ejemplo en el caso de las telecomunicaciones, una vez realizada la instalación.

3. La protección *coyuntural* de consumidores y usuarios del sector energético de la luz y el gas

El RD Ley 18/22 de 18 de octubre ha previsto una serie de medidas dirigidas a la protección de los usuarios de estos servicios orientadas a paliar el impacto del incremento de precios en el sector energético (Pye, Dobbins, Baffert, Brajkovic, Deane, 2015). Ello comprende actuaciones como la intervención de los precios del mercado, al establecer limitaciones a los precios del gas, o limitar su repercusión en la factura eléctrica, al tiempo que se incrementan las

[29] Directiva 2011/83 del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

obligaciones de servicio público impuestas a las empresas para costear el bono social, cuyo ámbito de aplicación se amplía (Dobbins, Nerini y Pye, 2016).

3.1 Protección de los consumidores de energía eléctrica

3.1.a)La excepción ibérica y el mecanismo de ajuste al precio del gas para la producción de energía.

Una de las medidas previstas por el RD Ley 18/22 de 18 de octubre tiene que ver con la utilización del gas para la producción de energía eléctrica, y supone la aplicación de la llamada excepción ibérica, conforme a la cual se establece un tope al precio del gas utilizado para la producción de esta energía que puede repercutirse a los consumidores. Se prevé en el Real Decreto-ley 10/2022, de 13 de mayo, por el que se establece con carácter temporal un mecanismo de ajuste de los costes de producción para la reducción del precio de la electricidad en el mercado mayorista. Dicho mecanismo de ajuste, implica una repercusión diferida del coste del precio del gas que se utiliza en la producción de energía en la factura de los consumidores. Se trata, en definitiva, de una limitación de repercusión de costes, pero a diferencia de lo que ocurre en la limitación en los precios del gas, que corren a cuenta de los presupuestos generales del estado, en el caso de la excepción ibérica, el mecanismo de ajuste no se sufraga con cargo a las cuentas públicas, sino que repercute en los

consumidores, que consiguen así un aplazamiento y periodificación del incremento del precio del gas en sus facturas eléctricas. La aplicación del Mecanismo de Ajuste por la excepción ibérica se irá aplicando en las facturas de los consumidores sometidos al mercado regulado (PVPC), y después a los del mercado libre, según se vayan renovando sus contratos. Es importante señalar que la legislación permite a las compañías eléctricas optar por repercutir el coste del incremento del gas a los consumidores, a través del Mecanismo de Ajuste o, asumirlo ellas en sus costes de producción, si bien todas las empresas han optado por repercutirlo a los consumidores y así deben informarlo las facturas, según veremos a continuación.

3.1.b)El bono social eléctrico.

Además de esta medida, la protección de los consumidores de los servicios de electricidad se ha hecho efectiva también a través del Real Decreto Ley 18/2022, de 18 de octubre, que ha modificado el bono social eléctrico, incrementando sus cuantías y creando una nueva categoría de sujetos que pueden acogerse al mismo. Se trata de los hogares trabajadores con bajos ingresos particularmente afectados por la crisis energética. En este último caso, se trata de una medida de carácter temporal que se aplicará hasta el 31 de diciembre de 2023 a las personas físicas acogidas al PVPC y que tengan un determinado umbral de renta. La solicitud de las ayudas se canalizará a través de la comercializadora, entidad colaboradora

del estado en la tramitación de las ayudas, a la que se remitirá la solicitud y el resto de documentación. Los consumidores que cumplan estas condiciones tendrán derecho a un descuento en su factura del 40% en todos los términos componentes del PVPC.

Por lo demás, se mantienen las otras dos categorías de consumidores amparados por el bono social, de las que ya hemos hablado antes. Así, consumidores vulnerables, que hasta el 31 de diciembre de 2023 tendrán derecho a una bonificación del 65%, (anteriormente del 60%) y consumidores vulnerables severos, con una bonificación del 80% en su factura de la luz, que anteriormente era del 70%.

Por otra parte, se han incrementado los límites máximos de consumo sujetos al descuento en factura del bono social eléctrico, entre 1587 Kw/h y 4761 Kw/h.

3.1.c) El derecho de información.

Como en el caso del gas, también en el caso de la energía eléctrica se ha previsto información adicional a incluir en la factura de la luz, lo que ha venido de la mano del Real Decreto 18/2022 de 18 de octubre. En este caso, la previsión normativa es que se informe a los consumidores sobre la aplicación de un IVA reducido, que ha pasado del 21% al 5%. Igualmente, y a efectos impositivos, se ha producido una reducción del impuesto de la electricidad, que ha pasado del 5,11% al 0,15%, de lo que debe de informarse

también a los consumidores.

La información adicional a proporcionar a los consumidores afecta también al mecanismo de ajuste por el tope al gas a resultas de la llamada excepción ibérica. Las compañías

pueden optar por asumir el coste del incremento del gas, o repercutirlo de manera fraccionada y periódica al consumidor. Esta última opción es la que han seguido las comercializadoras. Así, siendo esta la tónica general, las compañías eléctricas, en sus facturas deberán:

- Informar que han optado por repercutir el coste del mecanismo de ajuste a los consumidores y no asumirlo ellas. Según el Decreto, la factura deberá incluir la siguiente información: "Las comercializadoras en mercado libre pueden elegir voluntariamente repercutir el importe de la energía asociada a la compensación del mecanismo ibérico regulado por el Decreto Ley 10/2022 de 13 de mayo dentro de sus costes de aprovisionamiento, o bien trasladarlo de forma diferenciada a sus consumidores. En este caso, su comercializadora ha optado por esta última opción".
- La cuantía y repercusión del mecanismo de ajuste en cada una de las facturas giradas al consumidor. En concreto, debe de incluirse en la factura bajo el siguiente concepto: "Importe de la energía asociada al mecanismo ibérico regulado por el Decreto Ley 10/2022 de 13 de mayo"
- Informar sobre el precio medio del ajuste pagado por la demanda en el último mes natural completo. Esto

es así porque no en todos los consumidores se repercutirá el mecanismo de ajuste de la misma forma y en la misma cuantía. Ello dependerá del consumo y potencia contratada, pero también del momento en que empiecen a aplicar el mecanismo de ajuste. Así, para los consumidores con tarifa PVPC, el mecanismo se ha empezado a aplicar ya, mientras que aquellos consumidores que están en el mercado regulado, el mecanismo de ajuste se aplicará cuando renueven sus contratos, o suscriban un nuevo contrato.

- En todo caso, las comercializadoras informarán en sus facturas del efecto reductor del precio mayorista provocado por el mecanismo de ajuste.

Al margen del mecanismo de ajuste derivado de la excepción ibérica, las empresas energéticas deberán incluir también recomendaciones de ahorro y eficiencia energética. Asimismo, para potencias de más de 15 Kw/h, las comercializadoras deberán incluir también el consumo medio de los consumidores que compartan el mismo código postal.

Por lo que respecta al bono social, las comercializadoras informarán a sus clientes del nuevo mecanismo temporal de protección a los hogares particularmente afectados por la crisis energética. Así, en la siguiente factura, tras la entrada en vigor del Decreto Ley 18/2022, las comercializadoras deberán informar a sus usuarios de la creación de la nueva categoría de consumidor vulnerable, a los efectos de la solicitud y percepción del bono social de electricidad y la protección especial frente a la interrupción del

suministro.

Adicionalmente, a los perceptores actuales del bono social, se les informará del incremento de los descuentos asociados al mismo, que pasan del 60% al 65% para los consumidores vulnerables, y del el 70% al 80% para los consumidores vulnerables severos. También se informará del incremento del 15% de los límites de energía anual con derecho al descuento del bono social.

3.2. Protección de los consumidores de gas: La limitación del precio del gas y el bono social térmico

El bono social térmico establece una ayuda mínima por beneficiario y año de 40 euros, supeditado, eso sí a que exista disponibilidad presupuestaria. Esta ayuda será aplicable a todos los consumidores. No obstante, se prevé también la figura del consumidor vulnerable en función de la zona climática. La cuantía de las ayudas al consumidor vulnerable se calcula conforme a una fórmula establecida en el RD Ley 18/22 de 18 de octubre, y podrá alcanzar, en función de una serie de parámetros, hasta los 375 euros, dependiendo de la situación económica y área geográfica de residencia. El coste del bono social térmico se imputa a los presupuestos generales del estado y para ello se ha previsto un suplemento de crédito de 225 millones destinado a financiar la ampliación de la cobertura necesaria para sufragar el incremento de los precios de la energía. Se trata, por tanto, de un mecanismo de

intervención del mercado que implica la limitación de las tarifas que pueden cobrar los suministradores del gas y que se compensará con cargo al erario público.

No obstante, no se trata del único sistema de intervención de precios previsto por el gobierno. Por Decreto Ley 17/21 de 14 de septiembre, de medidas urgentes para mitigar el impacto de la escalada de precios del gas natural en los mercados minoristas de gas y electricidad, ya se establecieron limitaciones al precio de esta materia prima, que ahora se prorrogan a través del RD Ley 18/22 de 18 de octubre. Así se mantiene el límite de un 15% en el incremento máximo del coste del gas en las revisiones trimestrales de la tarifa de último recurso (TUR). Por esta razón, las comercializadoras del gas están urgiendo a sus clientes a pasar al mercado regulador (TUR), donde rigen estas limitaciones del 15%, frente a las tarifas a aplicar en el mercado libre, no sujetas a limitación alguna en el incremento de las tarifas.

Adicionalmente, se crea una tarifa de último recurso de gas natural aplicable a las comunidades de propietarios de hogares.

IV.SISTEMAS PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS EN MATERIA DE SERVICIOS ESENCIALES

1.Consideraciones generales sobre los sistemas de resolución de conflictos

En la protección jurídica del consumidor, tanto en los ordenamientos nacionales como en el derecho comunitario no basta con el reconocimiento de derechos en favor de los consumidores, sino que resulta imprescindible establecer cauces adecuados para que estos puedan hacer valer los derechos reconocidos en caso de que se vean vulnerados (Gill, 2017).

El carácter cualificado que se reconoce a los usuarios de servicios básicos se aprecia también en el sistema articulado de reclamaciones y de resolución de conflictos. Al tratarse de servicios esenciales, es necesario que los litigios y las controversias se resuelvan con cierta celeridad, sin necesidad de acudir a la vía judicial, lenta, costosa e imprevisible (Cartwright, 2016). Es por eso que las normas prevén en estos ámbitos mecanismos alternativos de resolución de conflictos y de la posibilidad de dirigirse a la Administración para reclamar aquellos derechos que se considere que se han lesionado por el prestador del servicio (Gill, Williams y Brennan, 2016). Al tratarse de servicios básicos y esenciales que deben prestarse con regularidad, la resolución de los conflictos debe articularse a través de procedimientos rápidos y sencillos, que eviten en lo posible la judicialización de las controversias (Cartwright, 2016).

Y ello por varias razones. En primer lugar, porque el recurso a los tribunales de justicia demoraría mucho la resolución del litigio y conllevaría la saturación de los órganos jurisdiccionales, y en segundo lugar por la escasa entidad económica que en la mayoría de los casos presentan estas controversias, lo que hace inadecuada la vía judicial en gran parte de las ocasiones.

Así pues, la protección de consumidores requiere de la existencia de un sistema ágil y gratuito de composición de intereses y de satisfacción de los derechos de los usuarios de los servicios (Wagner, 2014). La Recomendación 98/257/CE, la Decisión 20/2004/CE y la Resolución 2000/C 155/01 del Consejo establecen los principios que deben regir la tramitación de estos procedimientos.

La Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios permite a los consumidores recurrir a este sistema tanto en relación a transacciones realizadas en línea, como de manera presencial, y tanto en el ámbito nacional como en el transnacional[30]. La citada Directiva es de armonización mínima, ya que permite a los estados asegurar un mayor nivel de protección a los consumidores, introduciendo normas que vayan más allá de lo dispuesto en la misma. Su finalidad es garantizar a los consumidores residentes en la Unión Europea la

[30] El Reglamento 524/2013 prevé la creación de la plataforma de resolución de litigios en línea.

posibilidad de resolver sus litigios con empresas radicadas en cualquier estado miembro mediante la intervención de entidades de resolución alternativa de litigios en las que concurran las características de la independencia, imparcialidad, transparencia, eficacia y rapidez. Los usuarios de servicios económicos de interés general son uno de los colectivos que pueden beneficiarse de esta vía alternativa, en tanto titulares de contratos de prestación de servicios de los que se derivan obligaciones contractuales para ambas partes.

En todo caso, es necesario señalar que la legislación española no ha apurado las posibilidades que ofrece la citada Directiva, ya que no ha optado por otorgar carácter vinculante a las decisiones emanadas de estas entidades[31], ni tampoco de la posibilidad de establecer la intervención de estas entidades como obligatoria cuando así lo solicite el usuario[32].

En todo caso, con carácter previo a la aplicación y utilización de sistemas de resolución alternativa de conflictos, es necesario dirigirse a la propia empresa para hacer una reclamación, normalmente a través de los servicios de atención al cliente de la misma. Así lo prevé la normativa general de consumo, y concretamente el artículo 21 de la Ley de Defensa de consumidores y usuarios, Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Dicha Ley ha sido modificada por la Ley 7/2017 de 2 de noviembre, por

[31] Así lo permite el artículo 2.4 de la Directiva 2013/11.
[32] Artículo 1 de la Directiva 2013/11.

la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo[33]. Conforme a la Disposición Final Quinta de dicha Ley los empresarios pondrán a disposición de los consumidores y usuarios información sobre la dirección postal, número de teléfono, fax cuando proceda y dirección de correo electrónico en los que el consumidor y usuario, cualquiera que sea su lugar de residencia, pueda interponer sus quejas y reclamaciones, o solicitar información sobre los bienes o servicios ofertados o contratados. Las empresas disponen habitualmente de un mes para dar una contestación al usuario.

También las normas sectoriales que regulan cada uno de los servicios básicos han previsto esta acción como requisito necesario para cualquier tipo de reclamación posterior, que no se podrá presentar si no se acredita que se ha intentado la resolución del conflicto con la propia empresa de manera amistosa. En caso de que en esa primera reclamación no se atienda la pretensión del usuario, se ponen en marcha los sistemas de resolución alternativa de conflictos, regulados en la Ley 7/2017 de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento y del Consejo, de 21 de

[33] La citada Ley excluye de su ámbito de aplicación las reclamaciones que se refieren a servicios no económicos de interés general (artículo 3.2 apartado f).

mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Los sistemas de resolución alternativa de conflictos se caracterizan por presentar una agilidad y rapidez para resolver la controversia y evitan tener que judicializar la reclamación. En concreto, el artículo 20 de la Ley 7/2017 establece que la resolución de estos procedimientos alternativos se dará a conocer a las partes en el plazo de 90 días naturales desde la presentación de la reclamación, o desde la fecha en que conste que se ha recibido toda la documentación necesaria para resolver el litigio.

Dentro de estos sistemas de resolución alternativa, cabe aludir en primer lugar a la mediación, que consiste en un sistema extraprocesal en el que un tercero intercede para que las partes alcancen una solución al problema al acercar las posiciones de las partes en conflicto[34]. Normalmente, la mediación se puede realizar desde las Oficinas Municipales del Consumo, o las Direcciones Generales de Consumo de las Comunidades Autónomas. También puede realizarse dicha mediación a través de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios. No obstante, la Ley 7/2017de 2 de noviembre prevé un sistema de acreditación que permite a determinadas sujetos de derecho público, o privado alcanzar la condición de

[34] El Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre desarrolla la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, estableciendo los requisitos que deben reunir los mediadores y el procedimiento para ser reconocidos como tales.

entidades acreditadas para la resolución de conflictos. La acreditación se otorga por la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN)[35]. En todo caso, hay que mencionar que la mediación es voluntaria[36], de forma que, si la entidad no quiere acogerse a este sistema, no podrá obligársele a ello[37]. Sin embargo, es relevante señalar que de acuerdo con el artículo 2.4 de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución alternativa de conflictos, se reconoce competencia a los estados para decidir si las entidades de resolución alternativa de conflictos establecidas en su territorio han de estar facultadas para imponer una solución. Es decir, que queda a disposición de los estados otorgar carácter vinculante al resultado de los procedimientos de resolución de conflictos, opción que el legislador español no ha contemplado, ni en el caso de la

[35] Según el artículo 26 de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, bajo ciertas circunstancias, las Comunidades Autónomas podrán designar una autoridad competente para la acreditación de entidades de resolución alternativa establecidas en su ámbito territorial.

[36] Hay que tener en cuenta los artículos 13, 14, 15 y 16 de la Ley 7/2017 de 2 de noviembre, de resolución alternativa de conflictos, que regula la eficacia de los pactos previos entre consumidor y empresario en lo que se refiere al sistema de resolución alternativa de conflictos

[37] En este sentido, cabe hacer referencia a la entidad Confianza Online, que puede realizar esta actividad de mediación en aquellos supuestos de contratación electrónica de bienes o servicios.

mediación, ni en el caso del arbitraje, a diferencia de países como Italia, o Francia, donde sí se ha hecho uso de esta habilitación.

El otro sistema de resolución alternativa de conflictos es el arbitraje (Escudé, 2012), regulado en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, modificado por la Disposición Final Sexta de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre sobre resolución alternativa de conflictos. En este sistema, las partes someten el asunto a la decisión de un tercero, en este caso un árbitro, o una junta arbitral de consumo. El arbitraje también es voluntario, como la mediación, pero a diferencia de ésta el laudo arbitral es vinculante para las partes, tiene el carácter de cosa juzgada y fuerza ejecutiva. La Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/2017 ha previsto un plan de ayudas a la gestión de las juntas arbitrales de consumo que permita dotarlas de medios humanos y materiales suficientes para poder dictar el laudo arbitral en el plazo de noventa días naturales, contados a partir de la fecha de presentación de la reclamación. Este plan de ayudas va orientado también a permitir que las juntas arbitrales de consumo puedan acceder a la acreditación europea.

Por último, el hecho de que el estado y los poderes públicos sean garantes de la prestación de los servicios esenciales, hace que también quepa acudir a ellos cuando el afectado estime que se han visto vulnerados sus derechos como usuario de un servicios básicos y esenciales. En estos casos, la reclamación se sustancia

ante un órgano administrativo y constituye la regla general en el caso de sectores en los que la legislación europea ha previsto la creación de autoridades nacionales de control, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los transportes, según veremos más adelante. Un mecanismo similar se ha previsto también en el caso de las telecomunicaciones, por imposición de la legislación europea, como veremos. En estos casos, dichas entidades pueden también acreditarse ante la Comisión Europea como entidades de resolución alternativa de litigios, de conformidad con el artículo 20 de la Directiva 2013/11 de 21 de mayo.

En cuanto a la forma de tramitación de estos procedimientos, cabe señalar que la citada Directiva apuesta por la tramitación online de las reclamaciones, además de la forma de reclamación presencial. En este sentido, su artículo 5 exige a los estados que garanticen que las entidades de resolución alternativa tengan un sitio de internet que facilite a las partes un acceso sencillo a la información relativa al procedimiento y que les permita además presentar la reclamación en línea. Así, el Reglamento 524/2013, de 21 de mayo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo prevé la creación de una plataforma europea de resolución de litigios. El citado Reglamento se aplica a la resolución extrajudicial de litigios relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa, o de prestación de servicios cuando dichos contratos se hayan celebrado en línea entre un consumidor residente en la Unión

Europea y un comerciante establecido en la Unión. La resolución de conflictos en línea a través de esta plataforma permite a su vez la intervención de una entidad de resolución alternativa de litigios acreditada ante la Comisión Europea[38].

Por último, si los mecanismos de resolución alternativa no dan resultado, es posible acudir a la vía judicial. Siempre que la disputa sea inferior a los dos mil euros, cabe la posibilidad de reclamar en vía judicial sin necesidad de comparecer asistido por abogado o procurador. En el caso de litigios transnacionales, la Decisión 2001/470/CE crea la Red Judicial Europea y el Reglamento 2006/2004 prevé medidas para la aplicación de la citada normativa, al establecer una red de autoridades nacionales que se encargarán de la aplicación efectiva de la legislación de la Unión en materia de protección de los consumidores. Por lo que se refiere al marco procedimental, es necesario referirse al Reglamento 2015/2421 del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015 por el que se modifica el Reglamento 861/2007 por el que

[38] El listado de entidades notificadas a la Comisión Europea por autoridades competentes de España puede encontrarse en la página web del Ministerio de Consumo. Llama la atención que la mayoría de estas entidades sean juntas arbitrales de consumo, con algunas excepciones como Confianza Online, o la Asociación para la autorregulación de la comunicación comercial (Autocontrol). En el caso de Cataluña, también han sido acreditadas entidades tales como el Servicio de Mediación de la Agencia Catalana de Consumo, o la Asociación de Mediación "Mediation Quality".

se establece un proceso europeo de escasa cuantía, y el Reglamento 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo, todo ello en el marco de la cooperación civil y mercantil en la Unión Europea.

2. **La resolución de conflictos en sectores específicos**

2.1 El sector eléctrico

En el caso de la electricidad, el artículo 44 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre del Sector Eléctrico reconoce a los usuarios el derecho a disponer de procedimientos para tramitar sus reclamaciones de acuerdo a lo establecido en dicha ley y en el resto de la normativa sobre protección del consumidor que resulte de aplicación. El artículo 46.1.n) de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, obliga a las comercializadoras de electricidad a informar a sus clientes sobre sus derechos respecto de las vías de solución de conflictos de que disponen en caso de discrepancias con la compañía. Para ello, deberán disponer de un servicio de atención a sus quejas, reclamaciones, solicitudes de información o comunicaciones de cualquier incidencia en relación al servicio contratado u ofertado, poniendo a su disposición una dirección postal, un servicio de atención telefónica y un número de teléfono gratuito, y un número de fax o una dirección de correo electrónico al que los mismos puedan dirigirse directamente. Y en términos similares se pronuncia la

Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos. Las reclamaciones se pueden presentar tanto a la empresa comercializadora, como a la empresa distribuidora, que es la responsable de la calidad y continuidad del suministro.

Hay que señalar además que el derecho comunitario y por extensión, nuestra legislación interna, obliga a las empresas eléctricas a establecer algún sistema de resolución alternativa de conflictos. Así lo establece la Directiva 2013/11/UE que alude a la obligación de participación de empresas de electricidad en mecanismos de resolución extrajudicial de litigios que cumplan los requisitos de la citada Directiva y lo mismo ocurre con la Directiva 2019/944[39]. Lo cierto es que, aunque el proceso es progresivo, no todas las comercializadoras han cumplido esta obligación, como se deriva del Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre Supervisión del Proceso de Resolución Alternativa de Litigios entre Comercializadores y Consumidores de Energía Eléctrica y Gas Natural, de 18 de noviembre de 2021[40].

[39] Concretamente, el artículo 26, apartado 3 señala: "la participación de empresas de electricidad en mecanismos de resolución extrajudicial de litigios destinados a clientes domésticos será obligatoria a menos que el Estado miembro demuestre a la Comisión que otros mecanismos son igualmente eficaces".

[40] Según el citado informe, más del 85% de las empresas comercializadoras de menos de 100.000 clientes no están adheridas a ningún sistema de resolución extrajudicial de conflictos. De otro lado, y en relación con empresas de más de

Por esta razón, las asociaciones de consumidores han urgido al gobierno a articular un mecanismo de resolución de conflictos para el sector eléctrico.

Con el objetivo de potenciar el uso de estos sistemas alternativos de resolución de conflictos, la normativa europea[41] establece también que dentro del contenido de la factura eléctrica se deberá de incluir información sobre los derechos de los clientes finales en lo que respecta a la resolución extrajudicial de litigios, incluyendo los datos de contacto de la entidad correspondiente[42].

Además de ello, la Directiva 2019/944 del Parlamento Europea y del Consejo, de 5 de junio de 2019 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE, establece en su artículo 26 que el cliente final ha de tener acceso a sistemas extrajudiciales para la resolución de litigios que atañan a los derechos y obligaciones mediante un mecanismo independiente, a

100.00 clientes, el 43% de las comercializadoras de último recurso y un 50% de las comercializadoras se encuentran adheridas a este sistema, aunque en la mitad de los casos no se trate de un sistema de ámbito nacional, sino provincial.

[41] Artículo 18 y Anexo I de la citada Directiva, en el apartado 1.2 g).

[42] Por su parte, la Resolución de 28 de abril de 2021 de la Dirección General de Política Energética y Minas por la que se establece el contenido mínimo y el modelo de factura de electricidad a utilizar por las comercializadoras de referencia, incluyó esta obligación desde el 1 de junio de 2021.

través de un defensor del pueblo para la energía, o un órganos de los consumidores, o una entidad reguladora. Se impone así la existencia de un órgano administrativo para la resolución de litigios[43]. La transposición de la Directiva a nuestro ordenamiento jurídico ha supuesto recurrir con esta finalidad a las Direcciones Generales de Consumo (por ejemplo, si se debate sobre el bono social), o ante las Direcciones Generales de industria, para cuestiones relativas a contratos o facturación relativa a PVPC, o cuestiones relativas a seguridad y calidad del servicio. La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia no resuelve directamente las reclamaciones de los usuarios, aunque lleva a cabo una función indirecta de control al supervisar las tarifas eléctricas y coste de la energía.

De acuerdo con las Directivas anteriores, en algunos países sí se ha recurrido a la autorregulación y se han creado figuras como el defensor del cliente, en la `propia compañía, de forma similar a como lo hacen los bancos. Así sucede en países como Bélgica,

[43] El Real Decreto 1955/2000 regula las reclamaciones por discrepancias en la facturación eléctrica, y señala que serán resueltas administrativamente por el órgano competente en materia de energía de la Comunidad Autónoma o Ciudades de Ceuta y Melilla, en cuyo territorio se efectúe el suministro, independientemente de las actuaciones en vía jurisdiccional que pudieran producirse a instancia de cualquiera de las partes, sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional undécima. Tercero de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

Alemania, Francia, o Grecia, pero desde luego, no en España.

En el caso del gas, la resolución extrajudicial de los conflictos se articula a través del sistema arbitral de consumo, que puede conocer todos aquellos asuntos que tengan que ver con la facturación y el cobro por parte de la compañía comercializadora. Sin embargo, no suelen ser objeto de reclamación ante el sistema arbitral de consumo los asuntos que tiene que ver con la compañía distribuidora, tales como la lectura de contadores, extensión de la red, concesión de accesos, inspección, calidad y continuidad del servicio. Tampoco cuestiones que incluyan un fraude en la red, o los asuntos relativos a la aplicación de la normativa estatal y autonómica sobre pobreza energética y el bono social, cuestiones que se dirimen ate la Dirección General de Industria, Energía y Minas.

2.2 Los servicios postales

La Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, establece en su Título II, la relación de derechos de los usuarios de los servicios postales y entre ellas el derecho de reclamación. En su artículo 10 se detalla el procedimiento de reclamación, señalando que, para la tramitación de las reclamaciones de los usuarios, los operadores postales establecerán procedimientos sencillos, gratuitos y no

discriminatorios, basados en los principios de proporcionalidad y celeridad. En todo caso, las reclamaciones deberán ser resueltas conforme a derecho y notificadas a los interesados en el plazo máximo de un mes desde la fecha de su presentación. En todas las oficinas o puntos de atención al usuario de los prestadores de servicios postales serán exhibidas, de forma visible y detallada, las informaciones que permitan conocer los trámites a seguir para ejercer el derecho a reclamar a que se refiere este artículo. La presentación de reclamaciones ha de ser accesible a personas con discapacidad, por lo que se prevé la eliminación de barreras arquitectónicas y de comunicación de las oficinas y la accesibilidad universal de las páginas o sitios de internet.

Aparte de la reclamación a la propia compañía, Correos está sujeto al sistema arbitral de Consumo, según dispone también el artículo 10 de la Ley del servicio postal universal en su apartado tercero.

Por último, existe también la posibilidad de reclamar ante el Ministerio de Fomento, a través de la Subdirección General de Régimen Postal, para quejas y reclamaciones referidas a la prestación del servicio postal universal, siempre que dichas controversias no hayan sido sometidas a las juntas arbitrales de consumo. Inicialmente, el artículo 10 de la Ley del Servicio Postal Universal estableció que la resolución de las reclamaciones correspondiera a la Comisión Nacional del Sector Postal. Sin embargo, la Ley

3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, distribuyó las competencias regulatorias entre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Ministerio de Fomento, que las ejerce a través de la Subdirección General de Régimen Postal. Entre las competencias de la Subdirección figura la

resolución de las controversias, quejas y denuncias de los usuarios en el ámbito del servicio postal universal[44]

2.3 Las telecomunicaciones

En el caso de las telecomunicaciones**,** el artículo 65 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones prevé que los operadores deberán disponer de un servicio de atención al cliente, gratuito para los usuarios, a los efectos de facilitarles información y atender y resolver las quejas y reclamaciones de sus clientes. El operador debe aceptar la presentación telefónica de reclamaciones facilitando al reclamante un número de referencia que permita dejar constancia de la misma.

Por su parte, el artículo 76.7 de la citada Ley señala que los operadores de servicios de acceso a internet

[44] En este sentido puede verse Real Decreto 121/2015, de 27 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 452/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

implantarán procedimientos transparentes, sencillos y eficaces para hacer frente a las reclamaciones de los usuarios finales. Y el artículo 78 reconoce igualmente el derecho de los usuarios finales, sean personas físicas o microempresas, a disponer de un procedimiento extrajudicial, transparente, no discriminatorio, sencillo y gratuito para resolver sus controversias con los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas. En el apartado segundo de este mismo artículo se reconoce el derecho de los usuarios a someter las controversias al conocimiento de las juntas arbitrales de consumo, de forma que el arbitraje viene impuesto por ley a los operadores de telefonía y telecomunicaciones. En este sentido, cabe señalar que, en relación con la resolución extrajudicial de litigios, los Estados miembros deben tener la posibilidad de mantener o introducir normas que vayan más allá de lo establecido por la Directiva 2013/11/UE a fin de velar por un nivel de protección de los consumidores más elevado.

Además, la Directiva 2018/1972 del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas señala que "los Estados miembros deben permitir que las autoridades nacionales de reglamentación o las autoridades competentes responsables de la gestión de los derechos de los usuarios finales, o los organismos independientes con experiencia probada en la materia, actúen como entidades para la resolución de litigios. En lo que respecta a estas resoluciones de litigios,

dichas autoridades no deben estar sujetas a instrucciones de ningún tipo". Siguiendo las directrices europeas, el artículo 78.1 de la Ley General de Telecomunicaciones señala que el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital establecerá un procedimiento de resolución de controversias. Siguiendo este precepto se ha previsto un sistema de resolución de conflictos por parte de la Administración. Se trata de la Oficina de Atención al Usuario de Telecomunicaciones, cuyas resoluciones son vinculantes para las compañías, donde pueden dirimirse reclamaciones (siempre que hayan reclamado previamente al operador) sobre disconformidad de la factura recibida, tanto en la cuantía como en los conceptos utilizados; negativa a tramitar la baja en el servicio, contratación no solicitada por el usuario; averías o interrupciones del servicio, incumplimiento de ofertas por el operador, e incumplimiento del derecho de desconexión y falta de comunicación de las modificaciones contractuales. Sin embargo, no se podrán tramitar indemnizaciones por posibles daños o perjuicios causados por la prestación deficiente del servicio, o por su falta de prestación[45]. El procedimiento deberá ser transparente, no discriminatorio, sencillo, rápido y gratuito y establecerá el plazo máximo en el que deberá

[45] El RD 899/2009 sobre indemnización por la interrupción temporal del servicio telefónico o del servicio de acceso a internet regula este derecho, pero como señalamos no se puede exigir ante la Oficina.

notificarse la resolución expresa. Trascurrido el plazo, la reclamación se entenderá desestimada por silencio administrativo y la resolución podrá impugnarse ante la jurisdicción contencioso- administrativa.

2.4 Los transportes

En el caso del transporte terrestre por carretera, es de aplicación el Reglamento 181/2011 del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011 sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar, que modifica el Reglamento 2006/2004.

La primera opción es la reclamación ante la propia compañía. Así resulta del artículo 28.4 del citado Reglamento, que señala que todo Estado miembro podrá decidir que el viajero, como primera medida, presente al transportista una reclamación, en cuyo caso el organismo de aplicación nacional o cualquier otro organismo competente designado por el Estado miembro actuará como organismo de apelación en relación con las reclamaciones no resueltas. La respuesta debe llegar en un mes, aunque también se permite que el plazo se pueda ampliar hasta los 3 meses.

En su apartado primero, el artículo 28 del Reglamento comunitario señala que cada estado miembro deberá designar uno o varios organismos responsables de la aplicación del citado Reglamento que adoptará las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de

la citada norma. Dichos organismos serán independientes de los transportistas, de los operadores turísticos y de los gestores de las terminales en lo relativo a su organización, sus decisiones de financiación, su estructura jurídica y su proceso de toma de decisiones. En España, los organismos de aplicación del Reglamento son el Ministerio de Fomento, los departamentos de transporte de las Comunidades Autónomas, así como la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN)[46].

Por otra parte, se ha creado un sistema de arbitraje específico, que son las juntas arbitrales de transportes en las Comunidades Autónomas y en las ciudades de Ceuta y Melilla. Su objeto principal es resolver reclamaciones de carácter mercantil relacionadas con el cumplimiento de los contratos e transporte terrestre y de actividades auxiliares y

[46] Los organismos competentes para el conocimiento y la resolución de las quejas en el ámbito del Reglamento (UE) nº 181/2011 son el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y las Consejerías y Departamentos de Transporte de las Comunidades Autónomas. La Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN), se encarga de la coordinación de datos y estadísticas con las Comunidades Autónomas (en el procedimiento de tramitación de las quejas, la Agencia citada acusa recibo de la queja recibida y la envía al órgano competente en materia de transporte, sea éste el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana o el Departamento autonómico correspondiente.

complementarias del transporte. El viajero puede elegir si quiere someterse a la Junta Arbitral de Transporte del lugar de origen, o bien del de destino, salvo que se haya pactado la sumisión a una junta en concreto. Estas juntas conocerán sobre todo cuando se trate de materias de carácter mercantil. Según el Reglamento comunitario, los usuarios podrán presentar su reclamación ante el organismo responsable de la aplicación de la norma, o ante cualquier organismo competente designado por el Estado miembro, esto es ante las Juntas Arbitrales de Transporte.

Un sistema similar de reclamaciones procede en el caso de los usuarios de transporte por ferrocarril, aunque aquí se aplica el Reglamento 1371/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007 sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril, que es la norma sustantiva que establece el régimen jurídico de los usuarios.

En el caso del transporte aéreo, es de aplicación el Reglamento 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. En su artículo 16 el citado Reglamento establece que cada Estado miembro designará un organismo responsable del cumplimiento del presente Reglamento al que el usuario podrá reclamar en caso de que vea vulnerados sus derechos.

La Disposición Adicional Segunda de la Ley 7/2017 de 2 de noviembre señala que para la resolución de litigios de consumo sobre la aplicación de los Reglamentos de la Unión Europea en materia de protección de los usuarios de transporte aéreo será acreditada y notificada a la Comisión una única entidad. En el caso de España, la autoridad encargada de velar por el cumplimiento de los Reglamentos indicados es la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA), aunque hay que decir que sus resoluciones no son vinculantes para la compañía aérea. No obstante, esta misma Disposición Adicional señala que también será posible acudir a otras entidades de resolución alternativa de conflictos con resultado vinculante para el consumidor, siempre que ambas partes se hayan sometido voluntariamente a tales procedimientos.

REFERENCIAS

- Álvarez, Luis Ignacio, Garrido Cuenca, Nuria. (2004). Artículo 38. Derechos de los consumidores y los usuarios finales. En García de Enterría, Eduardo, Comentarios *a la Ley General de Telecomunicaciones: Ley 32/2003, de 3 de noviembre*, (627- 670). Thomson-Civitas.

- Bartl, Marija, *The Affordability of Energy: How Much Protection for the Vulnerable Consumers?*, Journal of consumer policy, 2010, 33, 3, 225-245.

- Buendía Sierra, José Luis., Rodríguez Miguez, José

Antonio. (2009): "Ayudas de estado y servicios de interés económico general: ¿BUPA versus ALTMARK?, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia,* 9. 49-60.

- Carlón Ruiz, Matilde. (2012): Novedades en la financiación de los servicios de interés económico general desde la perspectiva del control europeo de las ayudas del estado*, Actas del VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo,* págs. 285-296.

- Cartwright, P. (2016). Redress compliance and choice: enhanced consumer measures and the retreat from punishment in the consumer rights Act 2015. *The Cambridge Law Journal, 75*(2), 271-300.

- Chinchilla Marín, Carmen, Carlón Ruiz, Matilde (2003). Del servicio público al servicio universal: el caso delas telecomunicaciones. En De la Quadra Salcedo, Tomas, Fernández del Castillo, Tomás (dir.), *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones,* Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ.

- De la Higuera-Molina, Emilio José, Zafra Gómez, José Luis. (2018): Ciclos políticos y factores explicativos de la externalización de servicios públicos en los gobiernos locales, *Revista de estudios regionales,* 112, 105-123.

- Dobbins, Audrey, Nerini, Francesco, Pye, Steve. (2016). Measures to protect vulnerable consumers in the energy sector: an assessment of disconnection safeguards, social tariffs and financial

transfers. *https://www.researchgate.net/publication/312948642_Measures_to_protect_vulnerable_consumers_in_the_energy_sector_an_assessment_of_disconnection_safeguards_social_tariffs_and_financial_transfers*

- Escudé, Víctor Manuel. (2012). El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho administrativo. *Revista Aragonesa de Administración* Pública, 39, 101–164.

- Fernández Liesa, Carlos. (2009): *Tratado de Lisboa: Análisis y perspectivas*, Dykinson.

- Fournier, E. G. (2000). "Essential facilities" y aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral a contratar: Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner. *Gaceta jurídica de la Unión Europeay de la competencia*, *205*, 77–95.

- García Álvarez, B. (2012). Los derechos de los viajeros en la Unión Europea: a propósito de la comunicación de la comisión al parlamento europeo y al consejo de 19 de diciembre de 2011. *Cuadernos de derecho transnacional*, *4*(2), 283-299.

- Gill, C., Williams, J., Brennan, C., & Hirst, C. (2016). Designing consumer redress: A dispute system design (DSD) model for consumer-to-business disputes. *Legal Studies, 36*(3), 438-463.

- Gill, C., Creutzfeldt, N., Williams, J., O'Neill, S. & Vivian, N. (2017) Confusion, gaps, and overlaps: A consumer perspective on the UK's alternative dispute

resolutions (ADR) landscape. *https://eresearch.qmu.ac.uk/handle/20.500.12289/4942*

- González García, Julio. (2015). Protección de los usuarios de las comunicaciones electrónicas. En De la Quadra Salcedo y Fernández del Castillo (dir.), *Derecho de las telecomunicaciones: adaptado a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones*, (697-735). Thomson Reuters-Civitas.
- Gutiérrez Espada, Cesáreo (2025): *La Unión Europea y su derecho*, Trotta, Madrid.
- Hancher, L., Sauter, W. (2014). Public services and EU Law. European Union Law, 539- 566.
- Laguna De Paz, José Carlos. (2009): *Servicios de interés económico general,* Thomson- Civitas.
- Laguna De Paz, José Carlos. (2016): *Los servicios de interés general en la Unión Europea,* Revista de la Facultad de Derecho, nº 76, págs. 19-50.
- Laguna De Paz, José Carlos. (2010): *Telecomunicaciones: regulación y mercado,* Aranzadi-Thomson Reuters.
- Linde Paniagua, Enrique. (2017): *Principios del Derecho de la Unión Europea,* 6ª, Madrid. Colex.
- Longo, Danila, Olivieri, Giulia, Roversi, Rossella, Turci, Giulia and Turillazzi, Beatrice. (2020). Energy Poverty and Protection of Vulnerable Consumers. Overview of the EU Funding Programs FP7 and H2020 and

Future Trends in Horizon Europe. *Energies* 13, 5: 1030.

- Mangas Martín, Araceli, Liñán Nogueras, Diego (2016): *Instituciones y Derecho de la Unión Europea.* Tecnos.

- Montero Pascual, Juan José. (2014): *La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico,* Revista Digital de Derecho Administrativo, nº. 12, págs. 23-44.

- Montero Pascual, Juan José. (2020), *Regulación económica: la actividad administrativa de regulación de los mercados. Tirant* lo Blanch.

- Muñoz Machado, Santiago. (2015): *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general, vols. II y III.* BOE-Ministerio de la Presidencia.

- Muñoz Machado, Santiago. (2010a): *Derecho de la regulación económica, Fundamentos e instituciones de la regulación,* (vol. I). Iustel.

- Muñoz Machado, Santiago. (2010b): *Derecho de la regulación económica, Sector energético,* (vol. III), Iustel.

- Muñoz Machado, Santiago. (2010c) *Derecho de la regulación económica, Telecomunicaciones,* (vol. IV), Iustel.

- Muñoz Machado, Santiago. (2010d): *Derecho de la regulación económica, Audiovisual,* (vol. V), Iustel.

- Muñoz Machado, Santiago. (2010e): *Derecho de la*

regulación económica, Transportes, (volumen VI), Iustel.

- Parejo Alfonso, Luciano., De la Quadra-Salcedo, Tomás, Moreno Molina, Ángel Manuel, Estella de Noriega, Antonio. (2000): *Manual de Derecho administrativo comunitario,* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

- Pérez, Abel E. (2010). El acceso a las redes de transporte y distribución. En Muñoz Machado, Santiago (dir.), *Derecho de la regulación económica*, vol. 3 Tomo I (631–678). Iustel.

- Pye, S., Dobbins, A., Baffert, C., Brajković, J., Deane, P. & De Miglio, R. (2015). Addressing Energy Poverty and Vulnerable Consumers in the Energy Sector Across the EU. *L'Europe en Formation*, 378, 64-89.

- Rebollo Puig, Manuel e Izquierdo Carrasco, Manuel (dirs.): La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007. Adaptado a las reformas introducidas por las Leyes 25/2009 y 29/2009, Iustel, 2011.

- Rodríguez Curiel, José. (2001): Inexistencia de ayuda de Estado en la mera compensación por obligaciones de servicio público, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia,* 26, 90-94.

- Rosado Pacheco, Santiago. (2020): "La libre competencia, los servicios de interés general y el servicio público" en *Los nuevos desafíos del derecho*

público económico: homenaje al profesor José Manuel Sala Arquer, (1317-1352). Congreso de los Diputados,

- Ruiz Ojeda, Alberto, Zamora Roselló, María Remedios. (2017): *Regulación y competencia en servicios de interés general (SIEG): análisis sectoriales y comparativos*, Universidad de Málaga/Debates.

- Tornos Mas, Joaquín. (2016): *El concepto de servicio público a la luz del Derecho comunitario, Revista de Administración Pública,* 200, 193-211.

- Vera Parisio i Cudolá, Vicent, Noguera de la Muela, Belén. (2016): *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos,* Tirant lo Blanch.

- Waddams, Catherine., & Deller, David. (2015). *Affordability of Utilities' Services: Extent, Practice, Policy*. Centre on Regulation in Europe.

- Wagner, Gerhard. (2014). Private law enforcement through ADR: Wonder drug or snake oil? *Common Market Law Review*, Issue 1, 165-194. https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Common+Market+Law+Review/51.1/COL A2014006

- Zemanek, Jiri. (2016). Access to Services of General Economic Interest Under Article 36 of the Charter of Fundamental Rights EU and the National Law. En *The Convergence of the Fundamental Rights Protection in Europe*, Springer.

Gabilex

Nº 36

Diciembre 2023

http://gabilex.castillalamancha.es

LA VIOLENCIA ECONÓMICA DE GÉNERO. ESPECIAL REFERENCIA A LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS Y EL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES

Dª. Miriam Carralero Valera
Graduada en Derecho
Titulada en Máster en Prevención y Tratamiento de la Violencia de Género
Investigadora UCLM
Estudiante en Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
1.1. Contextualización del problema de la violencia sobre las mujeres
1.2. Planteamiento y metodología
2. LA VIOLENCIA SOBRE LAS MUJERES
2.1. Definición
2.2. Tipología
2.3. Marco normativo

3. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES
3.1. Alimentos entre cónyuges
3.1.1. La pensión de viudedad
3.2. Alimentos a los hijos
4. EL IMPAGO DE PENSIONES COMO FORMA DE VIOLENCIA ECONÓMICA
4.1. Antecedentes y regulación actual del delito de impago de pensiones
4.2. Concreción de las fechas del impago: la Consulta 1/2007, de 22 de febrero, de la Fiscalía General del Estado
4.3. Jurisdicción competente: civil o penal
4.4. Órgano judicial competente
5. RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL Y LEGAL. LA SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 2021 DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚM. 2 DE MATARÓ E INICIATIVA LEGISLATIVA JUDICIAL PARA LA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL
6. CONCLUSIONES
7. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Contextualización del problema de la violencia sobre las mujeres

La violencia de género es un fenómeno de carácter estructural y globalizado, una realidad perpetuada en el tiempo e invisibilizada, a través de mecanismos de construcción de las sociedades como los estereotipos y

roles, los mitos del amor romántico, o las nociones de sexo y género, que se han transmitido de generación en generación hasta nuestros días, pese a que en los últimos tiempos se hayan hecho significativos avances, que sin embargo, distan mucho de ser los deseables y óptimos[1].

Esta violencia abarca todo un abanico de conductas diferentes que responden a una discriminación y una desigualdad social de la mujer frente a su homólogo varón, fundamentadas en pensamientos arcaicos que, desgraciadamente, aún perviven, y es extremadamente complicado erradicar.

Este asunto, a todas luces grave, comenzó a cobrar reconocimiento en el plano internacional gracias al movimiento feminista. Habría que esperar hasta 1978, año en que se promulga la Constitución Española, para que aparecieran en nuestro ordenamiento jurídico los derechos a la igualdad (art. 14), a la dignidad (art. 10),

[1] Pese a que todavía queda mucho trabajo por hacer, desde el feminismo se ha logrado avanzar hacia una deconstrucción de las nociones tradicionales de masculinidad y feminidad, una distinción entre sexo y género, o una toma en consideración de diferentes maneras de vivir la sexualidad, entre otras. Para un estudio más detallado de estos conceptos, es recomendable leer el tema elaborado por la Dra. Dña. Luisa Abad González para este Máster, donde se explican magníficamente. Vid. ABAD GONZÁLEZ, "Una visión antropológica de la perspectiva de género: marco conceptual y metodológico", Máster en Prevención y Tratamiento de la Violencia de Género, X ed., Cuenca, pp.1-14.

a la vida y a la integridad física (art. 15), a la salud (art. 43), y a la protección de la familia (art. 39). Todo ello garantizado por una exhortación a los poderes públicos para que promuevan las condiciones necesarias para garantizar que estos derechos sean reales, efectivos, y tengan virtualidad material, removiendo todos los obstáculos que pudieran existir para ello (art. 9.2).

Si bien la Constitución fue el primer gran paso para aproximarnos a la igualdad, es en el año 2004 que la violencia sobre la mujer recibe una especial atención, a través de la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que en junio de ese año presentó el grupo político socialista. Unos meses más tarde, en diciembre, esta pionera normativa sería aprobada por unanimidad en el Congreso de los Diputados.

Y no es ninguna exageración decir que la LOMPIVG fue pionera, en su momento, en base a las siguientes razones[2].

En primer lugar, debido a que fue de las primeras normativas centradas en la mujer donde se propuso una intervención multidisciplinar, asegurando a las víctimas todo un abanico de medidas para apoyarlas en su dura situación, desde el derecho a la asistencia jurídica gratuita, pasando por una asistencia social integral,

[2] IBÁÑEZ DÍEZ, P. y RAMOS ANTUÑANO, T.: "Ley de violencia de género, pionera internacional en la lucha contra la violencia machista". Disponible en: Ley de Violencia de Género: luces y sombras de esta normativa pionera - Grupo Cooperativo Tangente (última vez consultado el 10/09/2022).

ayudas económicas, la concesión de derechos laborales, etc.

La segunda razón por la que se afirma que la LOMPIVG no tiene precedentes en nuestro país es debido a que en ella se reconoció por primera vez la violencia de género como un problema de índole pública, no relegándolo solo al ámbito de la intimidad más estricta del hogar y de la familia, como se venía haciendo hasta ese momento. Esa consideración como asunto de interés público supondría un gran avance hacia la toma de conciencia de la gravedad del asunto. Avance que, sin embargo, queda ensombrecido por la restricción del concepto de violencia de género que la Ley determina en su art. 1, como más adelante se verá, y que es una contradicción incomprensible en la que incurrió el Legislador del 2004.

Otra importante novedad que la LOMPIVG supuso fue que, por primera vez, se puso el foco de atención no solo en la actuación con las víctimas una vez ya han sido objeto de la violencia, sino en la fase anterior: en las vertientes de la prevención y de la sensibilización. La Ley de género propone no solo la necesidad de trabajar en combatir los efectos de la violencia una vez ocurrida, sino antes de que esta tenga lugar, a través de campañas de información y sensibilización para la sociedad, en general (art. 3 de la LOMPIVG), y para los funcionarios y trabajadores que hayan de intervenir con víctimas de violencia de género, en particular: sanitarios (art. 15.2), profesorado (art.7), abogados (art. 20.3), o Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Jueces y Magistrados (art. 47).

Finalmente, resulta destacable de la LOMPIVG que supuso un punto de inflexión a partir del cual la violencia

de género se postuló como una realidad en el imaginario colectivo, siendo el máximo exponente de un rechazo que ya llevaba siendo manifiesto en los años precedentes a la aprobación de esta norma[3].

Por tanto, gracias a los extraordinarios avances logrados por el feminismo a nivel internacional y dentro de las fronteras de nuestro país, cuestiones que antes se consideraban problemas privados o casos aislados gozan actualmente de una enorme trascendencia en la vida pública. Muestra de ello es el Pacto de Estado contra la Violencia de Género que, firmado en 2017, es determinante del compromiso de todas las fuerzas del

[3] La sociedad española comenzó a tomar conciencia de la crueldad de la violencia de género especialmente al partir del año 1997, con el asesinato de Ana Orantes. Un crimen horripilante culmen de toda una vida de maltratos, palizas y vejaciones, y que fue advertido por la propia víctima en televisión días antes de producirse. A raíz de este suceso, comenzaron a surgir asociaciones para ayudar a las víctimas de violencia doméstica de género, y para hacer presión para que el Gobierno de España buscara una solución a un problema que no podía seguir siendo ignorado o considerado como "fenómenos aislados". Habría que esperar hasta el 2004 para que el ansiado cambio llegara, de manos de la LOMPIVG. Toda la información del caso Ana Orantes y la enorme reacción social que propició disponible en: Ana Orantes, la mujer cuyo asesinato atroz hizo que España cambiara sus leyes - The New York Times (nytimes.com) (última vez consultado el 07/09/2022).

Estado en hacer frente a esta insoportable realidad.

Si bien España es un país que está a la vanguardia de la lucha contra la violencia hacia las mujeres, no deja de ser cierto que a pesar de los evidentes avances político-sociales, la igualdad efectiva todavía sigue siendo una tarea pendiente, para cuyo cumplimiento es preciso que el conjunto de la sociedad, administraciones públicas e instituciones hagan un esfuerzo por abrir aún más sus miras, y llevar a cabo actuaciones que se traduzcan en un cambio en valores y pensamientos que no nos podemos permitir seguir manteniendo en nuestras sociedades actuales, evolucionando así hacia un nuevo escenario basado en el absoluto y pleno respeto de los derechos fundamentales de los que toda persona, por el mero hecho de serlo, debe gozar.

1.2. Planteamiento y metodología

El presente estudio se inicia tratando de delimitar el fenómeno de la violencia de género: qué se entiende por violencia de género según la doctrina, bajo qué formas puede aparecer y, finalmente, cuál es el marco normativo que regula esta grave vulneración de los derechos fundamentales, tanto a nivel internacional, como a nivel estatal y autonómico.

A continuación, el siguiente epígrafe se centrará en analizar en detalle una forma de violencia de género que, sin ser la más visible ni de la que mayor reconocimiento legal goza, sí es una de las que más comprometen la autonomía y hasta la propia supervivencia no solo de la mujer, sino también de los menores que están a su cargo, y que son descendientes del agresor y de la

víctima. Esta violencia no es otra sino la económica, que puede manifestarse de muchas maneras, siendo la más grave el impago de pensiones alimenticias establecidas en resolución judicial.

Ahora, para comprender cuál es el origen y alcance de esta forma de ejercer dominio sobre la mujer, se hace indispensable conocer con carácter previo qué es la obligación de alimentos entre familiares. Una obligación que, establecida en el Código Civil, representa el deber que tienen los familiares que tienen recursos económicos suficientes para con los parientes que se encuentran en una situación de necesidad. Una definición muy acertada la proporciona el profesor JIMÉNEZ MUÑOZ, para el que se esta obligación podría definirse como "la que vincula a uno o varios deudores (alimentantes, obligados a prestarlos) con unos o varios acreedores o titulares del derecho de alimentos (alimentistas, necesitados), que son parientes próximos o cónyuges de aquéllos, y a los que han de proporcionar todo lo que sea necesario para la satisfacción de sus necesidades vitales"[4].

A nivel jurisprudencial, la reciente STS 239/2021, de 17 marzo de 2021, ha reconocido con total rotundidad que el impago de la pensión de alimentos a menores es una forma de "violencia económica", debido a que deja a los menores "en un estado de necesidad en el que, ante su corta edad, y carencia de autosuficiencia, necesitan de ese sustento alimenticio del obligado a prestarlo, primero por una obligación moral y natural que tiene el

[4] JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: "La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes", Biblioteca Jurídica BOE, p. 745.

obligado y si ésta no llega lo tendrá que ser por obligación judicial". Los Magistrados añaden que los alimentos se configuran como una "obligación moral y natural que tiene el obligado (…) a no dejar desabastecidas las necesidades de sus propios hijos, y sin anteponer nunca sus deseos y/o preferencias a las de aquellos, ya que respecto a éstos no son deseos o preferencias, sino necesidades de los mismos" y que el cumplimiento de esta obligación "no debería exigirse ni por ley ni por resolución judicial, sino que debería cumplirse por el propio convencimiento del obligado a cubrir la necesidad de sus hijos; todo ello desde el punto de vista del enfoque que de obligación de derecho natural tiene la obligación al pago de alimentos"[5].

Dicho esto, cabe destacar que la obligación de alimentos se estudiará en primer lugar respecto de los cónyuges entre sí, dedicando un apartado específico a la pensión de viudedad y la reciente flexibilización de los requisitos para el acceso a la misma que la jurisprudencia ha hecho en la reciente sentencia núm 271/2022, de 6 de julio de 2022, del Juzgado de lo Social nº 1 de Reus. A continuación, se explicará con detalle cómo operan los alimentos entre padres e hijos.

Una vez ya entendido lo que esta obligación representa, se abordará el estudio del delito de impago de pensiones. Una figura delictiva que no deja de ser sino un instrumento más a través del cual el varón se propone hacer daño a la mujer a la que con toda probabilidad ya somete a otras formas de violencia de género. En este

[5] Vid. STS 239/2021, de 17 de marzo de 2021, Fundamento de Derecho Cuarto.

punto, se efectuará una dura crítica sobre los alimentantes que incumplen con esta obligación, pues es completamente execrable comprometer el mantenimiento de menores, y lo que es más, quebrantando una sentencia judicial, para hacer seguir haciendo daño a una mujer que muy posiblemente ya viene años siendo objeto de otras modalidades de violencia.

En estrecha relación con lo anterior, el epígrafe cuarto se dedicará a ahondar en la iniciativa legislativa judicial presentada hace menos de un año por la Ilustrísima Magistrada Doña Lucía Avilés Palacios. En ella, la Jueza pide al Gobierno de España que modifique el Código Penal para dar cobertura a los delitos de impago de pensiones que tienen lugar en un contexto de violencia de género, a fin de lograr una respuesta específica contra este cada vez más frecuente fenómeno, y asegurar la subsistencia de madres y menores que son víctimas de esta forma tan deleznable de violencia. Una iniciativa que pasará a la historia tanto por ser la segunda que se presenta en nuestro país, como por ser la primera presentada por una mujer, y también la primera en contener propuestas en materia de género.

Finalmente, en el último epígrafe se extractarán una serie de conclusiones y reflexiones críticas sobre la violencia de género, en sentido amplio, y sobre la violencia económica, en particular, cuya falta de regulación actual es un enorme obstáculo para la lucha por la igualdad de las mujeres.

Desde el punto de vista metodológico, para la

elaboración de este Trabajo, y por corresponder al ámbito jurídico-civil y jurídico-penal, ha resultado fundamental el estudio de la siguiente normativa: textos internacionales sobre la mujer, la LOMPIVG, los preceptos del CC referentes a la obligación de alimentos, los artículos del CP referentes al delito de impago de pensiones, y otras disposiciones que resultan de interés para concretar más el objeto principal del Trabajo, como la Consulta 1/2007, de 22 de febrero, de la FGE, o la Circular 6/2011, de 2 de noviembre, también de la FGE, sobre criterios para la unidad de acción especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. Todo ello, complementado con las aportaciones doctrinales más destacadas y, en su caso, la jurisprudencia más relevante para las cuestiones objeto de controversia, sobre todo la Sentencia de 22 de julio de 2021 del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Mataró, germen de la iniciativa legislativa judicial que actualmente está siendo estudiada por el Gobierno.

2. LA VIOLENCIA SOBRE LAS MUJERES

2.1. Definición

La violencia sobre las mujeres, violencia de género, violencia sexista, o violencia machista, se podría definir como toda acción u omisión que, llevada a cabo de manera consciente e intencional por un hombre, tiene como objetivo la causación de un daño sobre la esfera personal de la mujer, siendo la causa el simple hecho de ser mujer.

El requisito de que entre ambas personas exista o haya existido una relación de afectividad no es exigido a nivel

internacional, al contrario que en nuestro país, donde para poder aplicar las medidas de protección específicas a las mujeres víctimas es un requisito ineludible que sus agresores "sean o hayan sido sus cónyuges o quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia"[6]. Sobre esta cuestión se volverá con mucho más detenimiento en el apartado que lleva por título "marco normativo", pero desde este momento ya se ha de dejar constancia de que, como se anotaba en la introducción, la determinación del ámbito subjetivo de la violencia de género que nuestra Ley efectúa es todo un desacierto.

Dado que la definición de la normativa española no es la mejor, será en el plano internacional donde haya que buscarla. Y del conjunto de instrumentos jurídicos existentes en la esfera internacional, tal vez el que una definición más correcta proporciona a este fenómeno es la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993, de la Organización de las Naciones Unidas, del 1993. Su redacción establece lo siguiente:

"Se entiende por violencia sobre la mujer todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad.

Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los

[6] Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Art. 1.1. Boletín Oficial el Estado, 29 de diciembre de 2004.

siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos: a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra".

Así pues, esta violencia que tiene por protagonista a la mujer no necesariamente ha de ocurrir en el seno de una relación de pareja, ni tan siquiera debe ser la ejercida por un varón, sino que cualquier actor, incluidas las propias instituciones, pueden ser consideradas agresoras, en tanto que lleven a cabo conductas que repercutan en el daño a la mujer, por el mero hecho de su pertenencia al género femenino.

La violencia de género tiene su origen en prejuicios, estereotipos, creencias y valores que datan desde el mismo origen de las sociedades, y que han sido transmitidos de generación en generación hasta nuestros días, construyendo un sistema en el que las mujeres, por el solo hecho de serlo, ocupan una posición de subordinación y sometimiento respecto de su homólogo varón. Y este precisamente es uno de los mayores triunfos del feminismo: haber logrado que se

considere que el problema de la violencia sobre las mujeres, que fundamentalmente se da en las relaciones de pareja -y, por tanto, en la intimidad-, no sea tenido por un problema privado, sino por un asunto de interés público mundial sobre el que los Estados deben actuar, no tratándolo como fenómenos aislados, sino como parte de un sistema androcéntrico que es injusto y desigual con las mujeres.

Desigualdades y tratos hacia las mujeres que tienen efectos demoledores sobre aquellas que son víctimas de manera directa, viéndose afectadas desde su integridad física a su integridad psicológica, pasando por su autonomía, su subsistencia económica, su salud, y hasta en ocasiones, su propia vida.

2.2. Tipología

La violencia contra las mujeres comporta una violación derechos humanos esenciales a lo largo y ancho de todo el planeta. Este gravísimo problema entraña importantes consecuencias para sus víctimas, desde secuelas físicas a económicas, pasando por las psicológicas y de salud tanto a corto como a largo plazo. Unas consecuencias que marcarán a las mujeres de por vida y que, en mayor o menor medida, todas sufren.

La pandemia de COVID-19 y las condiciones que se derivaron de ella - confinamientos, restricciones de movilidad, incertidumbre económica, mayor carga de cuidados– han conllevado un incremento exponencial de la violencia contra las mujeres en todas sus manifestaciones, pues, tal como recoge la ONU, "en tiempos de crisis -como fue el caso de los primeros

meses de la pandemia-, cuando los recursos escasean y la capacidad institucional se ve limitada, las mujeres y las niñas se enfrentan a repercusiones desproporcionadas con consecuencias de gran alcance que no hacen más que agravarse en contextos de fragilidad, conflicto y emergencia. Los avances logrados con gran esfuerzo en materia de derechos de las mujeres también se encuentran amenazados"[7].

Se dedica este apartado, pues, a explicar cuáles son las modalidades de violencia sobre la mujer que existen.

- Violencia física: el tipo más visible y reconocible de violencia de género. Se considera violencia física cualquier acto violento contra el cuerpo de la mujer, a través del cual se le inflige un daño físico, ya sea temporal o permanente y más o menos grave. En todo caso, la violencia física se produce a través de agresiones directas (golpes, arañazos, fracturas, tirones de pelo, empujones, estrangulamiento, zarandeos, empleo de armas u objetos para agredir, etc.), que comprometen la integridad física y la salud de la mujer, y hasta en los peores casos, su vida[8]. En aquellos casos donde la brutalidad de la agresión es tal que ocasiona la muerte,

[7] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: "Los efectos del COVID-19 sobre las mujeres y niñas". Disponible en: ONU Mujeres | Explicativo: Los efectos del COVID-19 sobre las mujeres y las niñas (unwomen.org) (última vez consultado el 21/07/2022).

[8] MINISTERIO DE IGUALDAD: "Estudio sobre el tiempo que tardan las mujeres víctimas de violencia de género en verbalizar su situación", p.14. Disponible en: Estudio_Tiempo_Denuncia4.pdf (igualdad.gob.es) (última vez consultado el 21/07/2022).

estaremos hablando de feminicidio[9].

- Violencia psicológica: este tipo de violencia no es tan visible como la anterior, pero sus consecuencias son igualmente devastadoras. Dentro de la violencia psicológica caben un amplio abanico de conductas, entre las que se encontrarían la humillación, la minusvaloración, el aislamiento de las redes de contactos, los insultos, las burlas, las amenazas, los controles, los gritos o los chantajes, entre otras. La finalidad última de esta forma de violencia no es otra sino lograr que la víctima se mantenga sumisa, temerosa y complaciente hacia el agresor[10].

Debido a que esta forma de agresión es más sutil, muchas mujeres víctimas no son conscientes de su situación real, al no percibir una amenaza directa[11]. De

[9] Según ONU MUJERES, se entiende por feminicidio "el asesinato intencionado de una mujer por el solo hecho de serlo, si bien se puede definir de un modo más amplio como cualquier asesinato de mujeres o niñas. Existen diferencias específicas entre el feminicidio y el asesinato de hombres. En la mayoría de los casos quienes cometen los feminicidios son parejas o ex parejas de la víctima, y suponen la culminación de un proceso de abusos, amenazas o intimidación constantes en el hogar, violencia sexual o situaciones en las que las mujeres se encuentran en una situación de inferioridad con respecto a su pareja en términos de poder o disponibilidad de recursos". Vid. ONU MUJERES: "Preguntas frecuentes: Tipos de violencia contra las mujeres y las niñas". Disponible en: Tipos de violencia | ONU Mujeres (unwomen.org) (última vez consultado el 22/07/2022).

[10] MINISTERIO DE IGUALDAD: "Estudio…", cit., p.14.

[11] Ibídem.

esta manera, la víctima va viendo cómo su libertad, su autoestima, sus decisiones y su dignidad son progresivamente mermadas en detrimento de un cada vez más poderoso varón.

- Violencia sexual: en este caso, se somete a la víctima a un acto de naturaleza sexual sin su consentimiento, a través de la coacción, la fuerza física, la privación del sentido, o la amenaza de un mal mayor si no accede a participar en el acto de índole sexual. En todo caso, supone un atentado contra la libertad sexual de la mujer, una privación de su capacidad decisoria sobre su propio cuerpo y lo que hace con él. Se incluirían en ella, v.g., la violación, la agresión y el abuso sexual, la mutilación genital, forzar la concepción o el aborto, exigir con insistencia el mantenimiento de relaciones, los tocamientos indeseados, el acoso sexual, o las prácticas sexuales no pactadas[12].

Evidentemente, para hablar de violencia sexual es necesario que haya una ausencia de consentimiento de la víctima, no siendo suficiente que este haya sido otorgado en un primer momento, pues igual que se concede, se puede retirar o modificar[13].

- Violencia vicaria: como se explica en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, este es un tipo de violencia "interpósita persona, esto es, el daño más

[12] Ibídem.
[13] Ilustrativo para explicar el consentimiento para verse involucrado en una relación de carácter sexual es el siguiente vídeo: (57) Consentimiento Sexual Explicado con Te [doblaje español] - YouTube

extremo que puede ejercer el maltratador hacia una mujer: dañar y/o asesinar a los hijos/as"[14]. Con la finalidad de hacer daño a la pareja o expareja, el agresor amenaza, agrede o incluso acaba con la vida de los hijos, las personas que probablemente la mujer más quiera. Es una de las manifestaciones más crueles de la violencia de género, pues es muestra de que la obsesión del agresor por causar daño a la mujer es más fuerte que el afecto que pueda sentir por los descendientes.

Si bien en toda situación de violencia de género en el ámbito privado y convivencial los hijos e hijas son también víctimas, en el caso de la violencia vicaria lo son aún más, pues mientras que en el resto de formas de violencia sobre la mujer sufren las consecuencias indirectas del maltrato sobre la madre -escuchar los gritos, los golpes, ver a la madre desprovista de felicidad y estabilidad, sufrir la carencia de recursos económicos, etc.-, en la violencia interpósita persona son deshumanizados e instrumentalizados, vistos únicamente como un medio para atentar contra la mujer, y objeto directo de la violencia.

- Violencia social: esta forma de violencia se manifiesta a través de la limitación, control y aislamiento de la víctima de su círculo familiar, de amistades, y hasta de trabajo. En ocasiones, se consigue que la mujer vea a su entorno como una amenaza, de manera que se aleja

[14] MINISTERIO DE IGUALDAD: Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género. Congreso+Senado, p. 40. Disponible en: Documento_Refundido_PEVG_2.pdf (igualdad.gob.es) (última vez consultado el 22/07/2022).

y desvincula de sus relaciones anteriores, siendo así más fácil de controlar y manipular. Es una violencia muy sutil y que para la víctima es particularmente complicada de identificar. Ello, sumado al hecho de que a través de ella se aísle a la víctima y por tanto no disponga de contactos a los que pedir ayuda, la hacen una forma de violencia especialmente peligrosa, con consecuencias psicológicas inmensurables, y de la que es muy difícil escapar[15].

- Violencia institucional: es aquella proveniente no de un varón, sino del propio Estado, a través de sus funcionarios, profesionales, personal y agentes, pertenecientes a cualquier órgano o ente público. A través de esta violencia, se impide u obstaculiza la tutela, los derechos o la protección de las mujeres. Dentro de ella entrarían comportamientos como los que la ORGANIZACIÓN DE MUJERES destaca: "cuando las instituciones revictimizan a una mujer maltratada, cuando el Estado hace recortes en recursos específicos contra la violencia de género, cuando los agentes del Estado actúan con falta de diligencia o con criterios discriminatorios hacia la mujer, cuando las violencias habituales y reiteradas se califican de violencias puntuales -restando importancia al problema y relegándolo al ámbito privado-, cuando la credibilidad de la víctima está cuestionada por cuestiones estereotípicas, o cuando los operadores jurídicos y las instituciones carecen de formación en género"[16].

[15] MINISTERIO DE IGUALDAD: Estudio…, cit., p.15.
[16] ORGANIZACIÓN DE MUJERES DE LA CONFEDERACIÓN INTERSINDICAL: Violencia institucional. Disponible en:

- Violencia económica: es aquel tipo de violencia en el que se pretende generar la dependencia y falta absoluta de libertad de la mujer en el plano económico, como un mecanismo de control más para procurar su sumisión y que no se plantee abandonar la relación.

Algunas de sus manifestaciones son: la privación intencionada y no justificada de recursos para el bienestar de la mujer y los hijos, la desigualdad en el reparto de los recursos compartidos en el ámbito de la pareja, la prohibición de trabajar fuera del hogar, la prohibición de acceso a las cuentas bancarias, la culpabilización de la mujer cuando hay pocos recursos en el hogar, el uso del dinero como castigo o amenaza, la apropiación ilegítima de bienes propiedad de la mujer, la entrega de cantidades insuficientes para el mantenimiento de la familia, o la prohibición de que la mujer trabaje[17].

- Violencia patrimonial: aunque la normativa española la entiende comprendida dentro de la violencia económica, otros Estados, como México, la tratan como una forma autónoma de violencia de género[18]. A juicio de la autora de este Trabajo, es pertinente citar la normativa mexicana, pese a que el Trabajo se enmarque dentro de las leyes españolas, debido a que es adecuado tratar la violencia patrimonial como categoría autónoma,

---

Violencia institucional - Organización de Mujeres (última vez consultado el 24/07/2022).

[17] MINISTERIO DE IGUALDAD: Estudio…, cit., p.15.

[18] Vid. La violencia económica y patrimonial, el enemigo invisible (eleconomista.com.mx) (última vez consultado el 16/09/2022).

en atención a sus particularidades.

Según la ley de género de México, es violencia patrimonial aquella en la que se produce una "transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, documentos personales, bienes y valores, derechos patrimoniales o recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades y puede abarcar los daños a los bienes comunes o propios de la víctima"[19].

Por tanto, para la línea doctrinal que se decanta por separar la violencia económica de la patrimonial, la diferencia es que mientras que la primera se manifiesta "a través de limitaciones encaminadas a controlar las percepciones económicas de la víctima" (que no pueda obtener recursos y ganancias, o las vea limitadas), la segunda es tendente a "ejercer un daño sobre el bien de la mujer" (un bien que no tiene que ganar, sino que ya forma parte de su patrimonio)[20].

- Violencia laboral: este tipo de violencia es aquel que se produce en el entorno de trabajo de la mujer, y responde a "una situación histórica de discriminación (con múltiples manifestaciones: profesional, salarial, estudios, oportunidades…) de desigualdad de las mujeres respecto de los hombres (los roles que tradicionalmente asume la mujer dentro del matrimonio: labores del hogar, crianza y educación de los hijos, hace

[19] Ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia. Diario Oficial de la Federación (México) de 1 de febrero de 2007. Art. 6.
[20] Ibídem.

que abandone su propia promoción profesional), que se manifiesta a través del sometimiento ancestral de las mujeres a los hombres"[21].

En el entorno laboral, no son infrecuentes las situaciones de acoso hacia las mujeres, ya sea adoptando la forma de acoso sexual, o ya sea la de acoso por razón del sexo[22]. La diferencia entre ellos se recoge por la LO 3/2007, que en su art.7 define el acoso sexual como "cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo". Este mismo artículo define en su apartado segundo el acoso por razón de sexo como "cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo". Por lo tanto, la clave es la existencia de un ánimo sexual, lo que será determinante

[21] MOLINERO FERRER, J.: "Violencia de género y cobertura de la Seguridad Social", Máster en Prevención y Tratamiento de la Violencia de Género, X ed., Cuenca, p.2.

[22] El empleo generalizado del concepto "acoso por razón de sexo" es, para buena parte de la doctrina, erróneo, pues no recoge conductas discriminatorias en el ámbito del trabajo relacionadas con la maternidad, entre otras. Una cuestión que nada tiene que ver con el sexo, sino con el género. En este sentido, ESPEJO MEGÍAS, P., "Violencia y discriminación en el trabajo: acoso sexual y acoso por razón de género", en MELLA MÉNDEZ, L. (dir.), Violencia, riesgos psicosociales y salud en el trabajo. Estudio desde el Derecho Internacional y Comparado, Ed. Labour Studies, Milán, 2014, pp. 659-672.

de acoso sexual. Si se produce una actitud degradante, intimidatoria u ofensiva para una trabajadora, pero no media un componente sexual, hablaremos de acoso por razón de sexo.

Además de estas situaciones extremas, las mujeres también son víctimas de violencia laboral de manera "menos evidente", como puede ser a través de la doble jornada -consecuencia directa de la falta de sensibilización acerca de la corresponsabilidad y de la pervivencia de los roles de género tradicionales, de la desigualdad salarial y de la feminización de determinados empleos-, de la brecha salarial, o del techo de cristal.

- Violencia ambiental: consiste en generar miedo, sumisión y sufrimiento en la víctima, a través de conductas muy violentas y explosivas que atentan no contra la mujer ni su cuerpo, sino sobre el entorno en que esta desarrolla su vida. Se englobarían bajo esta violencia actitudes tales como romper objetos -ya sean personales de la víctima o no-, golpear el mobiliario de la casa mientras discuten, conducir de forma temeraria con ella o sus hijos, romper cristales, tirar violentamente objetos contra el suelo, etc[23].

Esta forma de violencia, además de generar miedo y sufrimiento en la mujer, también le produce sentimientos de vergüenza, pues estas conductas suelen o bien realizarse en público, a la vista de cualquiera, o bien en la intimidad del hogar, donde los vecinos pueden

[23] MINISTERIO DE IGUALDAD: Estudio…, cit., p.15.

escuchar los gritos, golpes y rotura de enseres.

- Violencia obstétrica: según la OMS, la violencia obstétrica es "un importante problema de salud pública y de derechos humanos" que amenaza los derechos de las mujeres a "la vida, la salud, la integridad física y la no discriminación". Esta forma de violencia sobre las mujeres es aquella consistente en brindar un "trato irrespetuoso, ofensivo o negligente durante el parto en centros de salud, provocando "una violación de la confianza entre las mujeres y los profesionales de la salud que las atienden". Puede consistir en "maltrato físico, una profunda humillación y maltrato verbal, procedimientos médicos sin consentimiento o coercitivos (incluida la esterilización), falta de confidencialidad, incumplimiento con la obtención del consentimiento informado completo, negativa a administrar analgésicos, violaciones flagrantes de la privacidad, rechazo de la admisión en centros de salud, negligencia hacia las mujeres durante el parto —lo que deriva en complicaciones potencialmente mortales, pero evitables—, y retención de las mujeres y de los recién nacidos en los centros de salud debido a su incapacidad de pago"[24].

- Violencia simbólica: la LOMPIVG no reconoce de manera expresa esta forma de violencia, pero sí lo hace la Ley 4/2018, para una Sociedad Libre de Violencia de

[24] ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: Declaración de la OMS sobre la prevención y erradicación de la falta de respeto y el maltrato durante la atención del parto en centros de salud, p.1. Disponible en: WHO_RHR_14.23_spa.pdf (última vez consultado el 25/07/2022).

Género en Castilla-La Mancha. Normativa que, pese a ser de ámbito autonómico, aborda en muchos casos el problema de la violencia sobre las mujeres de una manera más integral y efectiva que la normativa estatal. Esta ley castellanomanchega define la violencia simbólica en su art. 5.f) como "la utilización de iconos, representaciones, narrativas o imágenes que reproducen o transmiten relaciones de dominación de los hombres respecto de las mujeres, que legitiman la violencia y naturalizan la subordinación de la mujer, cualquiera que sea el formato que utilicen y el ámbito de relación al que se refieran"[25]. Esta forma de violencia no se ejerce, por tanto, directamente sobre el cuerpo o la persona de las mujeres, sino que es mucho más sutil y, en apariencia, inofensiva. Consiste en la utilización, por parte de empresas, instituciones y administraciones, de imágenes, iconos o narrativas que perpetúan y naturalizan el binomio dominación-subordinación. Se trata de, por ejemplo, que en un anuncio de productos de limpieza o de belleza aparezca usándolos una mujer, o que en un catálogo de juguetes los tradicionalmente destinados a niños aparezcan en una sección y los de niña en otra (normalmente, asociándose con los colores azul y rosa respectivamente). En definitiva, son formas de resaltar qué objetos, actitudes y valores son tradicionalmente masculinos, y cuáles femeninos, a fin de asegurar que la mujer no se salga de su rol, y de que el varón no se deje "contaminar" por esas otras cosas que son "de chicas".

[25] Artículo 5.f) de la Ley 4/2018, de 8 de octubre, para una Sociedad Libre de Violencia de Género en Castilla-La Mancha. Diario Oficial de Castilla-La Mancha, 15 de octubre de 2018.

2.3. Marco normativo

a) Internacional: el movimiento feminista ha logrado que la violencia de género sea reconocida mundialmente como un problema estructural frente al que adoptar medidas urgentes. La lucha de las mujeres ha conseguido que la violencia a la que se ven sometidas sea reconocida no solo como un asunto de salud y seguridad pública, sino como una vulneración de los derechos humanos más elementales.

El asunto de la violencia de género comenzó a adquirir relevancia internacional a mediados del siglo pasado, habiéndose asumido su regularización hasta entonces a nivel interno de cada Estado. Eran pocas las instituciones jurídicas internacionales que aspiraban a la protección de personas que se encontraban en situaciones singulares[26].

Con el fin de la Segunda Guerra Mundial, el mayor desastre bélico mundial de la historia, se instauró en los pueblos la idea de que un conflicto de tal magnitud y crueldad no podía volver a repetirse, apareciendo organizaciones internacionales como la ONU o la OTAN, cuyo fin último no es otro sino el mantenimiento del orden y de la paz, y de un entorno donde la operatividad de los derechos humanos esté asegurada. Por tanto, esta

[26] En este sentido, existían normativas tales como los cuatro Convenios de Ginebra, compilados en el año 1949 -que protegen a los heridos, enfermos, prisioneros y civiles en tiempos de guerra-, y que fueron el germen de la creación del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

devastadora guerra fue el punto de inflexión a partir del cual se adquirió un genuino interés en la protección de los derechos humanos y la seguridad internacional. Resultado de ese pensamiento se firmó el 10 de diciembre de 1948, en París, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde ya comienzan a aparecer algunas ideas asociadas a la eliminación de la histórica sumisión de las mujeres y la consagración de un modelo de libertad e igualdad.

En primer lugar, la DUDH establece en su Preámbulo que "los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres". Justo a continuación, el art. 1 reconoce que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos", para continuar en su art. 2 afirmando que "toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo…". Otros artículos relevantes serían el séptimo -"todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación"-, o el vigésimo tercero -"toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual"-.

Por su parte, la Organización Internacional de Trabajo promulgaba en 1951 su Convenio sobre igualdad de remuneración, donde por primera vez un texto jurídico establece la obligatoriedad de que todos los estados miembros de esta organización velen por "garantizar la

aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor" (art. 2 del Convenio).

Otros textos internacionales que merece la pena destacar por su importancia para el reconocimiento de la igualdad entre hombre y mujer son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, o las diversas Recomendaciones emanadas por el Comité de eliminación de la violencia contra la mujer de la ONU.

Pero sin duda alguna, son tres los instrumentos fundamentales que sientan el marco jurídico y normativo que a nivel internacional se ha de seguir para procurar la protección de las mujeres: la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (firmada en 1981), la Declaración de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la violencia contra la mujer (firmado en 1993), y el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (firmado en 2011, en Estambul, por lo que es comúnmente conocido como Convenio de Estambul).

En primer lugar, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer es uno de los primeros textos internacionales de gran alcance en materia de violencia de género. Contiene medidas políticas, educativas, laborales, sanitarias, económicas, y concernientes a determinadas mujeres

que sufren una doble violencia por la especial vulnerabilidad del colectivo al que pertenecen – las migrantes, las que se dedican a la prostitución, aquellas que viven en el entorno rural-[27].

La mayor importancia de este Convenio reside en la aparición del CEDAW, siglas que en inglés sirven para designar al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, un órgano que esta Convención crea en su art. 17 "con el fin de examinar los progresos realizados en la aplicación de la presente Convención".

Las funciones que tiene el CEDAW se encuentran en el Protocolo Facultativo de esta Convención, un texto complementario a la misma y que lo desarrolla:

-Recepción de comunicaciones (arts. 1 a 7): "Todo Estado Parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para recibir y considerar las comunicaciones presentadas de conformidad con el artículo 2. Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas. Cuando se

[27] Texto íntegro de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer disponible en: Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer | OHCHR.

presente una comunicación en nombre de personas o grupos de personas, se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar el actuar en su nombre sin tal consentimiento".

-Elaborar recomendaciones en respuesta a las comunicaciones planteadas por las personas que aleguen ser víctimas de una violación de la Convención (art. 7): "Tras examinar una comunicación, el Comité hará llegar sus opiniones sobre la comunicación, conjuntamente con sus recomendaciones, si las hubiere, a las partes interesadas".

-Iniciar investigaciones para averiguar en qué condiciones el Estado cumple las obligaciones adquiridas mediante su firma de la Convención (art. 8): "Tomando en consideración las observaciones que haya presentado el Estado Parte interesado, así como toda información fidedigna que esté a disposición suya, el Comité podrá encargar a uno o más de sus miembros que realice una investigación y presente con carácter urgente un informe al Comité. Cuando se justifique y con el consentimiento del Estado Parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio".

En segundo lugar, respecto a la Declaración sobre la Eliminación de la violencia contra la mujer, cabe resaltar que es un texto de una importancia capital pese a su corta extensión. Constando tan solo de seis artículos, reconoce en sus disposiciones generales que "la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, e impide total o parcialmente a la mujer gozar de dichos derechos y

libertades", y también, que "constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre".

Debido a la brevedad de este texto, se puede proceder al análisis pormenorizado de cada uno de sus artículos[28].

El art. 1 proporciona la definición de "violencia contra la mujer", expresión bajo la que la ONU entiende aglutinados todos los actos de violencia basados "en la pertenencia al sexo femenino que tengan o puedan tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o sicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada". Al no hacer referencia expresa a la necesidad de la existencia de una relación conyugal o de afectividad, el concepto que a nivel internacional se tiene de violencia de género es en un sentido amplio, no restringido solamente a los actos violentos que puedan producirse en el seno de una relación de pareja, ni solo a la intimidad del hogar, sino que puede ser agresor

[28] Texto íntegro de la Declaración sobre la Eliminación de la violencia contra la mujer disponible en: Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104 de 1993. A/RES/48/104 (acnur.org).

cualquier varón, sea la pareja o no.

El art. 2 enumera los actos en los que se puede concretar esa violencia sobre la mujer, no siendo un listado numerus clausus, como el propio precepto advierte. Entre ellos, destaca "la violencia física, sexual y sicológica que se produzca en la familia (…), la perpetrada dentro de la comunidad en general (…) y la perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra". Al hacer esta triple distinción de la violencia (familiar, social e institucional), la tutela de la mujer que esta Declaración establece es reforzada, pues la protege de todo acto de violencia que sufra por el solo hecho de ser mujer, provenga de una persona física determinada, de la comunidad en general, o del propio Estado.

Por su parte, el art. 3 establece los derechos de los que la mujer debe gozar, entre los que se enumeran, v.g., la vida, la igualdad, no discriminación o la igual protección ante la ley.

A continuación, el art. 4 establece un listado de las obligaciones y compromisos que los Estados miembros de la ONU deben adquirir para con las mujeres. Se destacan ahora el "establecimiento, en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas, para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia; debe darse a éstas acceso a los mecanismos de la justicia y, con arreglo a lo dispuesto en la legislación nacional, a un resarcimiento justo y eficaz por el daño que hayan padecido; los Estados deben además informar a las mujeres de sus derechos a pedir reparación por medio

de esos mecanismos" (d), la "elaboración, con carácter general, de enfoques de tipo preventivo y todas las medidas de índole jurídica, política, administrativa y cultural que puedan fomentar la protección de la mujer contra toda forma de violencia, y evitar eficazmente la reincidencia en la victimización de la mujer como consecuencia de leyes, prácticas de aplicación de la ley y otras intervenciones que no tengan en cuenta la discriminación contra la mujer" (f), la "inclusión en los presupuestos del Estado los recursos adecuados para sus actividades relacionadas con la eliminación de la violencia contra la mujer" (h) , o la "adopción de medidas para que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, y los funcionarios que han de aplicar las políticas de prevención, investigación y castigo de la violencia contra la mujer reciban una formación que los sensibilice respecto de las necesidades de la mujer" (i).

El art. 5 se dedica a establecer las obligaciones que los órganos de Naciones Unidas deben adquirir para proteger a las mujeres. Estos órganos deberán, entre otras, "fomentar la cooperación internacional y regional con miras a definir estrategias regionales para combatir la violencia, intercambiar experiencias y financiar programas relacionados con la eliminación de la violencia contra la mujer" (a), "promover reuniones y seminarios encaminados a despertar e intensificar la conciencia de toda la población sobre la cuestión de la violencia contra la mujer" (b), "incluir en los análisis efectuados por las organizaciones y los órganos del sistema de las Naciones Unidas sobre las tendencias y los problemas sociales, por ejemplo, en los informes periódicos sobre la situación social en el mundo, un examen de las tendencias de la violencia contra la mujer", o "cooperar con las

organizaciones no gubernamentales en todo lo relativo a la cuestión de la violencia contra la mujer" (h).

Finalmente, el art. 6 advierte de que nada de lo enunciado en la Declaración afectará a una disposición interna de un Estado o a un instrumento internacional vigente en ese Estado que sea más eficaz para la eliminación de la violencia contra la mujer.

El último texto internacional de mayor trascendencia para la violencia sobre las mujeres es el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, o Convenio de Estambul[29].

Sin dejar de lado la importancia de los otros dos acuerdos, este Convenio es esencial en materia de

[29] España ratificó este Convenio tres años después de su redacción, el 6 de junio de 2014, y desde entonces, ha orientado la elaboración de su normativa interna hacia el cumplimiento de las obligaciones a las que se comprometió con su firma. El año pasado, 2021, se cumplió el décimo aniversario desde la elaboración de este texto legal internacional, y con ocasión de ello, España expresó su voluntad de reafirmarse en el compromiso adquirido a través de la ampliación de la línea 016 a todas las víctimas, y además adoptando el acuerdo del Consejo de Ministros del 6 de abril de 2021, por el que se aprobó la distribución de créditos presupuestarios para la creación de Centros de Atención Integral veinticuatro horas para víctimas de violencia sexual. Más información disponible en: La Moncloa. 08/04/2021. España reafirma su compromiso con el Convenio de Estambul con la ampliación del 016 y el acuerdo para la creación de Centros de Atención 24h [Prensa/Actualidad/Igualdad].

protección contra la violencia de género, al tratarse del primer instrumento en esta materia de carácter vinculante en el entorno europeo, además del texto internacional de mayor alcance y transversalidad para hacer frente a esta lacra.

Del Convenio se deben reseñar tres aspectos fundamentales. En primer lugar, el hecho de que, como acaba de decirse, fue la primera gran normativa europea de carácter vinculante en materia de lucha contra la violencia machista. Las normas anteriores, si bien de suma importancia, no imponían obligaciones positivas para los Estados firmantes. Algo que se refuerza con la creación, ex. art. 66, del Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO), el órgano que desde 2011 vela por el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los Estados con su ratificación del Convenio. La creación del GREVIO es muestra de cómo este instrumento internacional nació con verdadera vocación de eficacia y compromiso con la lucha de las mujeres[30].

La segunda novedad del Convenio de Estambul es que se trata de un texto de carácter transversal, que propone

[30] El 25 de noviembre de 2020 el GREVIO publicaba su primer informe de evaluación sobre el cumplimiento del Convenio de Estambul de los países suscribientes. El GREVIO destacó el compromiso de España en la lucha contra la violencia machista, a través de la creación de un marco legal progresista y pionero con la creación de la LOMPIVG. Asimismo, ofreció una serie de recomendaciones para que España combata de manera más eficazmente la violencia de género. Texto completo del informe disponible en: InformeGrevioEspana.pdf (igualdad.gob.es)

medidas para poner fin a la histórica sumisión de la mujer frente al varón desde múltiples ámbitos: jurídico, político, educativo, social, y de cooperación internacional. Así, dividido en doce capítulos, este texto contiene obligaciones para los Estados desde el punto de vista del Derecho, de la sensibilización de la ciudadanía, de la elaboración de políticas sociales a favor de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, de políticas de cooperación entre Estados para garantizar la protección y asistencia de las víctimas, etc.

Y, por último, del Convenio de Estambul merece destacarse también que distinga expresamente la violencia de género de la violencia doméstica en su art. 3. Dos términos que frecuentemente se utilizan de manera indistinta, desdibujando así el significado de cada uno de ellos, y afectando negativamente a la visibilidad, trascendencia y sensibilización que ha de concederse a la violencia de género como problema estructural que afecta a todas las mujeres, en todos los ámbitos de sus vidas, por el mero hecho de serlo. Así, el Convenio define "violencia de género" como "una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada"; mientras que bajo la expresión "violencia doméstica" se comprenderían "todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges

o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima".

Por lo tanto, la diferencia fundamental radica en que la violencia de género es algo que afecta en exclusiva a las mujeres, con razón en su pertenencia al género femenino, y que tiene su origen en una situación de "desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación"[31]. Mientras que la violencia doméstica sería aquella cuya víctima puede ser cualquier miembro de la familia o del hogar, pudiendo ser desde un varón, a una mujer, un menor de edad, un anciano, o cualquier otro pariente -habitualmente, conviviente en el mismo hogar que el agresor-. En este caso la víctima no lo es en virtud de su pertenencia a un género en concreto, sino por la situación de inferioridad en fuerza o autoridad en la que su agresor o agresora la considera. De hecho, y esto es fundamental, el Convenio reconoce expresamente en su Preámbulo que "los hombres pueden ser también víctimas de violencia doméstica"[32],

[31] Preámbulo del Convenio de Estambul.

[32] Actualmente, es creciente la tendencia de confundir la violencia de género con la violencia doméstica o intrafamiliar, siendo necesario escindir una de otra. En este sentido, el grupo parlamentario VOX presentó en marzo de 2020 una Proposición No de Ley relativa al Pacto de Estado contra la violencia de género, con la que pretende sustituir la LOMPIVG por una Ley de violencia intrafamiliar, en base a una supuesta vulneración de la normativa de género española del Convenio de Estambul. Como ilustran las palabras con las que la diputada Carla Toscano se pronunció al registrar el texto de

remarcando así algo que a veces se utiliza en sentido inverso para atacar a la lucha feminista: que es negacionista de la violencia que se ejerce contra los hombres en el ámbito doméstico y familiar. Que desoye los casos donde la víctima del maltrato no es la mujer, sino el varón. Que solo considera violencia aquellos casos

---

esta Proposición, para este grupo "el feminismo radical es quien más ha promovido unas leyes de género que, además de carecer de base científica, solo contemplan la violencia contra la mujer cuando es ejercida por un hombre, con el pretendido fin de luchar por los derechos de la mujer, y percibiendo a esta como una víctima del machismo secular de la sociedad en que vivimos". A su juicio, la LOMPIVG impone "el castigo sistemático del hombre, sea inocente o no -aunque para el feminismo el hombre nunca es inocente- a través de una fuerte o incansable campaña de demonización, favoreciendo y privilegiando a la mujer". Extraído de web oficial del partido. VOX pide sustituir la Ley de violencia de género por una de violencia intrafamiliar - VOX (voxespana.es) (última vez consultado el 29/07/2022). Más moderado es el discurso del grupo parlamentario popular, quien cree que ambas leyes, una de violencia sobre la mujer y otra de violencia intrafamiliar, pueden coexistir en nuestro ordenamiento, sin que una deba sustituir a la otra. Como declaró Fernández Mañueco, actual presidente de la Junta de Castilla y León, a principios de este año, se puede "dar una protección mayor para las personas que puedan sufrir violencia en el ámbito familiar, como mayores y niños", insistiendo en que esa nueva Ley "nada tiene que ver con el menosprecio o minusvaloración de la violencia de género, es complementario". Extraído de Diario El País. Mañueco se compromete a mantener la ley de violencia machista, que coexistirá con la nueva norma de "violencia intrafamiliar" | Elecciones en Castilla y León 13F | EL PAÍS (elpais.com) (última vez consultado el 29/07/2022).

en los que el objeto de la misma es la mujer, invisibilizando la realidad de otros muchos hombres que, silenciosa y desgraciadamente, conviven día a día con el miedo, la inseguridad y el padecimiento en sus propias relaciones de pareja y en sus hogares. El Convenio recalca que si bien es cierto que la violencia en el ámbito doméstico, familiar y/o convivencial puede dirigirse contra cualquier persona, la violencia contra la mujer tiene como elemento diferenciador su carácter "estructural, basado en el género", siendo "uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres"[33].

Algo que hace de esta regulación, a juicio de la autora de este Trabajo, una especialmente correcta, mesurada y justa, pues siendo su objeto principal la protección de los derechos fundamentales de las mujeres, no deja de visibilizar esa otra realidad que, si bien tal vez no tan frecuente, sí existe: hombres que son víctimas de violencia a manos de miembros de su familia que, guarecidos bajo la intimidad que proporcionan la vivienda y las relaciones familiares, llevan a cabo conductas hacia ellos que son absolutamente castigables. Todo ello, sin desviarse en ningún momento de la finalidad principal de la norma: la tutela de situaciones de violencia sobre la mujer que son consecuencia de su histórica posición de sumisión e inferioridad, respaldada por un orden político y social asentado en valores arcaicos y obsoletos que, pese a los muchos avances efectuados, todavía es el imperante.

[33] Preámbulo del Convenio de Estambul.

b) Estatal: En España, la Ley por excelencia en materia de violencia sobre la mujer es la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Se trata de una Ley que nace con una vocación de permanencia y verdadera lucha contra la violencia machista, a través de medidas certeras, eficaces y que abarcan todos los ámbitos, desde el jurídico al político, pasando por el publicitario, sanitario, educativo, social y laboral.

Esta pionera ley española, pese a la férrea protección que confiere a las mujeres, adolece de un defecto que bien merecería ser corregido. Y es que frente a la definición del ámbito subjetivo de aplicación que establecen los instrumentos internacionales -será víctima de violencia de género toda mujer que se vea sometida a cualquier forma de violencia por parte de cualquier varón-, el que crea la LOMPIVG es mucho más restrictivo. Pues, tal como establece en su art. 1, "la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia". Esto es, que considerará violencia de género aquella ejercida por un varón hacia una mujer, siendo que entre ellos media o medió en el pasado una relación conyugal o afectiva similar, independientemente de si hay o no convivencia.

Así, la legislación española establece que solo podrán

acogerse a esta ley las mujeres que hayan sufrido algún tipo de violencia por parte de su cónyuge, su pareja o su ex, y no aquellas que hayan sido víctimas de un desconocido que la agreda por la calle, de un amigo, o de cualquier otro familiar varón. Evidentemente, ello deja sin tutela específica muchos casos que sí son violencia de género, algo que resulta más que criticable. En la Exposición de Motivos de la LOMPIVG el Legislador reconoce que "la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión". Y, sin embargo, en el art. 1 establece que será violencia de género solo aquella perpetrada por el cónyuge, pareja o ex de la mujer.

Se evidencia aquí una fuerte contradicción e incoherencia en el Legislador, que por una parte dice querer proteger a las mujeres de la violencia que vienen sufriendo durante siglos por el mero hecho de ser mujeres, con carácter general, y por otra restringe el ámbito de aplicación de la Ley solo a las víctimas de la violencia privada, la que ocurre en el seno de las relaciones afectivas y familiares. Si bien reconoce que la violencia de género es un problema de interés público, la vuelve a privatizar -como se ha venido haciendo históricamente-, limitándola solo a este ámbito reservado y privado e impidiendo así que tengan la consideración de víctimas de violencia de género mujeres que también lo son, pero a manos de varones distintos a los que se enumeran en el art. 1. Siendo que

en estos casos, también la conducta del agresor denota tintes de superioridad y de una sensación de inmunidad de su conducta, creyéndose con el derecho de agredir a una mujer, sea de la manera en que sea, por no ser una igual a él. Ejemplos más que claros de esto son las agresiones sexuales -donde evidentemente el agresor no ve a su víctima como alguien digno y con derecho sobre su propio cuerpo-, o las vejaciones y humillaciones -donde el agresor se cree en posición de faltar al respeto y dignidad de la mujer-, entre otras muchas.

Esta forma de definir el ámbito subjetivo de aplicación de la LOMPIVG es lo que explica que haya un deficitario conteo de las víctimas mortales que cada año el machismo se cobra en España. Desde el año 2010, el portal Feminicidio, cuya titularidad recae sobre la asociación feminista sin ánimo de lucro La Sur[34], recaba anualmente los feminicidios acontecidos en nuestro país,

y la diferencia de esta cifra respecto de la oficial es abismal.

[34] Nacida en mayo de 2016, esta asociación feminista es titular de Feminicidio.net y de todos los proyectos asociados a este portal web, entre los que se encuentran bases de datos de los feminicidios y delitos de violencia sexual ocurridos en España (www.geofeminicidio.com, www.geoviolenciasexual.com), de una plataforma de formación online en cuestiones de género, y tiene cuentas en las principales redes sociales. La Sur cuenta con la colaboración del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, y del Ministerio de Igualdad. Más información disponible en: ¿Quiénes somos? - Feminicidio.net (última vez consultado el 05/08/2022).

Basta para ello mostrar la siguiente tabla[35]:

FEMINICIDIOS	CIFRA OFICIAL (según la definición dela LOMPIVG)	CIFRA NO OFICIAL	Fuente de la información (links)
2018	47	98	Listado de feminicidios y otros asesinatos de mujeres cometidos por hombres en España en 2018 - Feminicidio.net
2019	55	105	Listado de feminicidios y otros asesinatos de mujeres cometidospor hombres en España en 2019 - Feminicidio.net
2020	42	88	Listado de feminicidios y otros asesinatos de mujeres cometidos por hombres en España en 2020 - Feminicidio.net

[35] Fuente: Elaboración propia, utilizando los datos disponibles en Feminicidio.net.

2021	44	78	Listado de feminicidios y otros asesinatos de mujeres cometidos por hombres en España en 2021 - Feminicidio.net
2022 (hasta el momento)	28	62	Listado de feminicidios y otros asesinatos de mujeres cometidos por hombres en España en 2022 - Feminicidio.net

La manifiesta divergencia entre una y otra cifra se debe precisamente a la definición de violencia de género que se efectúa en la LOMPIVG, no considerando feminicidios aquellos que se cometen por un varón que no está ni ha estado nunca ligado a la víctima por una relación de afectividad. Así, no se consideran asesinatos de mujeres por violencia de género ni aquellos que se perpetran por parte de un hijo, ni de un sobrino, un nieto, un familiar lejano un vecino, o un desconocido. Son reseñables también los feminicidios cometidos en el marco de la prostitución, y que tampoco están amparados por la definición de violencia de género proporcionada por la Ley.

Algo que KOHAN ilustra a la perfección, cuando explica, a través de un ejemplo, lo siguiente: las cifras que la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, recolecta "son aquellas que la Ley Integral de Violencia de Género identifica como tales. Sólo se contabilizan los

asesinatos realizados por parejas o exparejas (aquellos hombres con los que las mujeres tengan o hayan tenido una relación afectiva reconocida o de convivencia) y las únicas víctimas de las que se recogen datos son las mujeres con las que habían mantenido esa relación y recientemente (desde 2013) los hijos que son asesinados. Esto supone que, si en un mismo acto un hombre asesina a su pareja o expareja y a su madre, su vecina, su amiga o su cuñada que en ese momento estaban con ella, las estadísticas sólo contabilizan a la primera, pero no se considera víctima de la violencia machistas a los que la rodean. Tampoco aquellos que han sido asesinados intentando evitar un asesinato machista"[36].

Pero como afirma PÉREZ DEL CAMPO NORIEGA, Presidenta de la Federación de Mujeres Separadas o Divorciadas, más importante que dar las cifras es "recoger todos los datos de una manera minuciosa: nombres, lugar, el tipo de violencia, los datos del asesino... porque es la única forma de tener todas las cifras y que estas sirvan para entender y prevenir"[37]. En la misma línea se pronuncia ATENCIO, directora de Feminicidio.net, quien igualmente ha observado que "cuando las documentas todas, llegas a la conclusión de que la inmensa mayoría de las mujeres son asesinadas por violencia de género, pero son violencias de género que no están tenidas en cuenta ni por las leyes, ni por la academia, ni en muchos casos por un sector importante

[36] Extraído de Público. Violencia de género: Lo que no revelan la estadística de la violencia machista | Público (publico.es) (última vez consultado el 29/08/2022).
[37] Ibídem.

de la sociedad civil"[38]. Como bien afirma, analizando tan solo unas cifras, algo tan deshumanizado, "no se dice mucho ni explica si estamos en un pico de subida o de bajada", ni tampoco se logra "hacer campañas específicas de prevención para sectores concretos y prever medios suficientes para combatirla"[39].

c) Autonómico: nuestra Comunidad Autónoma ha mostrado a través de numerosas leyes su férreo compromiso con la eliminación de la violencia de género, en aras de transformar progresivamente nuestra sociedad en una más libre y más igualitaria. En este sentido, se puede destacar la Ley 12/2010[40].

La normativa castellanomanchega en materia de violencia sobre la mujer más contundente y de reciente creación es la Ley 4/2018[41], una norma que derogó expresamente a su predecesora, la Ley 5/2001, de Prevención de Malos Tratos y Protección a las Mujeres Maltratadas, ante las deficiencias que esta presentaba, fruto de una sociedad que ha tomado una mayor conciencia de la violencia sufrida por las mujeres y demanda medidas más potentes y transversales. No obstante, ambas leyes tienen algo en común: que supusieron puntos de inflexión en cuanto a la protección

[38] Ibídem.
[39] Ibídem.
[40] Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha. Diario Oficial de Castilla-La Mancha, 25 de noviembre de 2010.
[41] Ley 4/2018, de 8 de octubre, para una Sociedad Libre de Violencia de Género en Castilla-La Mancha.

legal de la mujer en nuestra Comunidad Autónoma.

La ya desaparecida Ley 5/2001[42] fue pionera en su momento, ya que se trató de la primera ley en todo el territorio español en abordar expresamente el problema de la violencia de género[43].

Por su parte, la Ley 4/2018 es innovadora en tanto que no restringe la definición de violencia de género solo para aquellas mujeres objeto de agresión por parte de varones ligados a ellas por relaciones de afectividad. En su art. 3 establece que "a los efectos de esta ley se entiende por violencia de género la violencia que se ejerce contra las mujeres como manifestación de la discriminación y la situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, producida por medios físicos, económicos o psicológicos, incluidas las amenazas, intimidaciones, coacciones o la privación arbitraria de la libertad, y tenga como resultado un daño físico, económico, psicológico, sexual u otro relacionado con el entorno social, tanto si se produce en el ámbito público como en el privado. También se incluye en el concepto de violencia de género el homicidio o asesinato de menores cometido por el padre, o por el hombre con el que la madre mantiene o ha mantenido una relación afectiva de pareja, con o sin convivencia, con el fin de

[42] Diario Oficial de Castilla-La Mancha, 15 de octubre de 2018. Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas. Diario Oficial de Castilla-La Mancha, 22 de mayo de 2001.
[43] Cabe destacar que esta normativa castellanomanchega sirvió como base para la redacción de LOMPIVG.

infringir a la madre un maltrato psicológico o emocional".

Es decir, al no reducir el ámbito de aplicación solo a la existencia de una relación de pareja, reconoce que no es necesaria la existencia de una relación de afectividad para poder ser víctima de un acto machista. Sin duda, la Ley castellanomanchega tutela mucho mejor una realidad tan cruda como esta, y se acerca más a los parámetros establecidos sobre la violencia de género a nivel internacional.

3. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES

La obligación (legal) de alimentos entre parientes está regulada en el título VI del Libro I del Código Civil, concretamente en los arts. 142 a 153. Concretamente, el art. 142 define que se entiende por alimentos "todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica". Es decir, que bajo ese concepto entran tanto los alimentos (la comida y bebida), como las prendas de vestir, la vivienda, la atención médica, y todo aquello que una persona necesita para poder desarrollar su vida en condiciones de dignidad.

Ahora bien, como bien observa JIMÉNEZ MUÑOZ, la expresión "obligación de alimentos entre parientes", si bien es la tradicional, no es del todo correcta, ya que no incluye dos salvedades. En primer lugar, la obligación "no es exactamente entre parientes, pues ni abarca a todos los parientes, sino sólo a los que lo son en línea recta y respecto de la colateral a los hermanos; ni sólo a los parientes, ya que se incluye a los cónyuges, que pese

a su proximidad familiar y afectiva, no son técnicamente parientes. Y, en segundo lugar, tampoco es adecuado denominarla "de alimentos", ya que "es de contenido más amplio que la mera manutención de supervivencia; de ahí que el concepto jurídico de alimentos sea más amplio que el común"[44].

Se ha discutido mucho sobre el fundamento de esta obligación. Algunos autores determinan que es una exigencia directamente derivada del derecho a la vida del alimentista[45]. Para otros, reside en la existencia de una relación de próximo parentesco que ha de existir entre alimentista y obligado[46]. Actualmente, la doctrina mayoritaria coincide en determinar que el fundamento se encuentra en un deber de solidaridad familiar que debe darse ante la necesidad de uno de sus miembros. Como ponen de manifiesto los profesores DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, cada persona debe configurar libremente su vida, pero no debe olvidarse que en esa "lucha por la vida" pueden ocurrir circunstancias – v.g., perder el empleo, una enfermedad sobrevenida- que lleguen a imposibilitar o cuanto menos dificultar la supervivencia, y es en esos momentos cuando la satisfacción de esos intereses vitales deberá correr a cargo de los parientes, como una exigencia ético-moral que se ha traducido

[44] JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: op.cit., p. 743-744.
[45] ROCA i TRÍAS, E.: "Las relaciones familiares básicas: los alimentos", en LÓPEZ, A. MONTÉS, V. L. y ROCA. E. (coords.), Derecho de familia, 3.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 39.
[46] PUIG BRUTAU, J.: Fundamentos de Derecho Civil, 2.ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1985, pp. 281-282. Se reconoce en los arts. 67 y 68 del CC.

también en un reconocimiento legal[47].

Explicado ya qué se entiende por alimentos, resulta conveniente diferenciar la obligación de alimentos "pura" o "propiamente dicha", -objeto de estudio en este epígrafe- de otras obligaciones de origen legal o convencional que pueden llegar a confundirse, por ser muy parecidas. Y es a que todas ellas presentan un común denominador: que consisten en la prestación de alimentos por parte de una persona en favor de otra que se encuentra en necesidad. Estas diferentes figuras se explican en los apartados siguiente, relativos a la obligación de alimentos entre cónyuges, y la obligación de alimentos respecto de los hijos.

3.1. Alimentos entre cónyuges

Como se acaba de decir, la obligación de alimentos es fácilmente confundible con otras, como ocurre con el deber personal y recíproco de los cónyuges de prestarse socorro mutuo[48]. El socorro mutuo presenta singularidades que le hacen diferente respecto de la obligación de alimentos.

- En primer lugar, son distintos los presupuestos legales que origina cada deber. Así, mientras el deber de socorro surge desde el mismo momento de creación del vínculo matrimonial, independientemente de si uno de los cónyuges se halla o no en situación de necesidad, el deber de alimentos surge como consecuencia de un

[47] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: Sistema de Derecho Civil, 8.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2002, p.49.
[48] Se reconoce en los arts. 67 y 68 del CC.

estado de necesidad de uno de los cónyuges.

- Otra diferencia es que el deber de socorro es de contenido mayor, pues no sólo se limita a la manutención, asistencia médica y educación, propios de la obligación de alimentos, sino que también se habla de prestaciones de índole personal, moral y hasta "espiritual".

- En tercer lugar, cada uno de los deberes opera en momentos diferentes del matrimonio. En tanto que el vínculo conyugal existe, el deber de socorro despliega toda su eficacia. Sin embargo, una vez que cesan los efectos personales del matrimonio, con la separación, es cuando surge la obligación de alimentos. Una vez que se decrete judicialmente la separación -o incluso el divorcio- se podrá solicitar la llamada "pensión compensatoria"[49].

Resulta importante poner en relación la pensión de alimentos entre cónyuges, con la recién referida pensión compensatoria[50].

---

[49] La finalidad de la pensión compensatoria la establece el art. 97 del CC, donde se establece que se otorgará en aquellos casos en los que a uno de los cónyuges "la separación o el divorcio le produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio".

[50] Esta pensión se regula en el art. 97 del CC, y la determinación del importe de la misma dependerá del Juez, quien valorará circunstancias tales como "los acuerdos a los que hubieran llegado los cónyuges", "la dedicación pasada y futura a la familia", "el caudal y medios económicos y

Se ha de partir de la base de que la pensión de alimentos solo podrá reclamarse de un cónyuge a otro en los casos en los que el vínculo matrimonial, aun relajado (separación), aún perdura. Por el contrario, si se ha roto (divorcio), no cabe demanda de alimentos. Es por ello que solo tiene sentido de hablar de la compatibilidad de ambas pensiones en situación de separación[51].

Por tanto, un cónyuge separado puede reclamar de su otro cónyuge las dos pensiones, alimentos y compensatoria. Aunque esto no es algo muy habitual, por razones evidentes, ya que, en muchos casos, la pensión compensatoria es de la cuantía suficiente para asegurar la supervivencia del otro cónyuge y acabar con el "desequilibrio económico" y "el empeoramiento en su situación" del que el art. 97 del CC hablaba. Ergo, al desaparecer esa necesidad, no hay presupuesto para

---

necesidades de uno y otro cónyuge" o "cualquier otra circunstancia relevante", entre otras que enumera el citado artículo. Todas estas circunstancias se citan ahora porque son de importante trascendencia en aquellos casos donde la separación o divorcio acaecen en un contexto de violencia sobre la mujer, y lo deseable sería que el juzgador determinara la pensión en estos casos aplicando una necesaria perspectiva de género.

[51] En este sentido, HOYA COROMINA, J. y ANAUT ARREDONDO, S.: "La pensión compensatoria", Boletín núm. 1873, p. 2456. En esta obra, los autores remarcan la importancia de saber que "así como en los supuestos de separación la pensión compensatoria es compatible por su propia naturaleza con el derecho alimenticio, en los supuestos de divorcio, al extinguirse dicho derecho entre cónyuges, no ha lugar a plantearse tal cuestión".

poder pedir la pensión alimenticia.

A este respecto, resulta muy interesante el razonamiento efectuado en la STS 10/2010, de 9 febrero de 2010, acerca de si es posible solicitar una pensión de alimentos en el procedimiento de separación, y además, una pensión compensatoria en el posterior juicio de divorcio, "por haberse convertido la inicial pensión alimenticia en una posterior pensión compensatoria por desaparecer el derecho de alimentos, al haberse extinguido el matrimonio"[52].

Los Magistrados, para dar solución a esta controversia, argumentan que la pensión alimenticia y la pensión compensatoria obedecen a finalidades distintas: "así como los alimentos tienen como objetivo solucionar el estado de necesidad de quien los acredita, la pensión compensatoria obedece a otras razones, cuáles son las de compensar el desequilibrio que pueda producirse como consecuencia de la ruptura matrimonial. De este modo, se ha reconocido que para reclamar la pensión compensatoria no se requiere la prueba de la necesidad"[53].

Por lo que, afirman, "la pensión por alimentos acordada en el procedimiento de separación no puede sustituirse por una pensión compensatoria, ya que ambas instituciones obedecen a causas distintas. Puede haberse pactado una pensión de alimentos para uno de ellos,

[52] Vid. STS núm.10/2010, de 9 de febrero. Fundamento de Derecho Segundo.
[53] Vid. STS núm.10/2010, de 9 de febrero. Fundamento de Derecho Tercero.

pensión que va a desaparecer con el divorcio, a no ser que se haya acordado un contrato de alimentos (arts. 1791 ss. CC) que los cónyuges pueden pactar en virtud de su autonomía. Pero la pensión compensatoria no es un sustituto del derecho de alimentos que se va a perder por la extinción del matrimonio por divorcio, de modo que aplicando las anteriores reglas, si no existió desequilibrio en el momento de la ruptura matrimonial, no va a poder reclamarse pensión compensatoria en el divorcio"[54].

En definitiva, que no se podrá sustituir la pensión de alimentos acordada en la separación por una pensión compensatoria una vez llegado el divorcio, ya que cada una de ellas tiene su propia naturaleza, presupuestos y causas.

3.1.1. La pensión de viudedad

Dentro de las obligaciones económicas que existen entre los cónyuges, no debe olvidarse la pensión de viudedad, cuya razón de ser es la protección de un cónyuge cuando el otro fallece, a través de la concesión de una cuantía para suplir la falta o reducción de los ingresos que el finado aportaba.

Pueden ser beneficiarios de esta pensión tanto el cónyuge que queda viudo, como aquel miembro de la pareja de hecho que sobrevive[55], e incluso también se ha

[54] Ibídem.

[55] En relación con la posibilidad de que el miembro de una pareja de hecho que queda viudo solicite una pensión de viudedad, resulta de importancia capital la reciente STS núm.

extendido al ex cónyuge, en tanto que no haya contraído segundas nupcias ni se haya constituido como pareja de hecho con otra persona. Por lo que puede darse la posibilidad de que a la pensión de viudedad puedan concurrir varias personas: aquella que era su cónyuge en el momento de la muerte ("cónyuge superviviente"), y aquella que fue su cónyuge o pareja con carácter

480/2021, de 7 de abril de 2021. En esta sentencia, se establece que la prueba de la existencia de una pareja de hecho no solo puede acreditarse a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad mediante los medios señalados en el párrafo cuarto del artículo 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987 (es decir, mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia, o mediante un documento público, y que ambos deben ser anteriores al menos en dos años al fallecimiento del causante), sino que también pueden servir como medio probatorio un certificado de empadronamiento, o cualquier otro medio de prueba válido en Derecho que demuestre la convivencia de manera inequívoca. La sentencia recurrida en casación denegaba el derecho a la pensión de viudedad de la demandante debido a que la unión de hecho que tenía con el finado no había sido inscrita en el oportuno registro, ni tampoco en documento público. Sin embargo, el TS entiende que pese a ello, se podía acreditar de manera palpable la existencia de una relación de pareja, debido a los años de convivencia ininterrumpida, y los hijos en común que tenían el finado y la demandante. Consideran los Magistrados que las leyes no deben interpretarse de una manera excesivamente rígida y que, por tanto, la no inscripción de la pareja no es suficiente razón como para denegar la concesión de una pensión de viudedad a favor de una mujer que, si bien no estaba inscrita como pareja de hecho con el finado, tenía en común con él muchos años de convivencia y hasta hijos.

anterior[56] ("cónyuge o pareja de hecho histórico").

Para poder ser beneficiario de esta pensión, se requiere de la concurrencia de los requisitos establecidos en los arts. 219 y 220.1 de la Ley General de la Seguridad Social.

Así, por un lado, el art. 219 establece que el cónyuge superviviente tendrá derecho a esta prestación siempre que el causante se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha de su fallecimiento y hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento. En los supuestos en que esta se cause desde una situación de alta o de asimilada a la de alta sin obligación de cotizar, el período de cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de los cinco años

[56] A este respecto, vid. BALLESTER LAGUNA, F.: "Concurrencia de beneficiarios de la pensión de viudedad cuando se extingue el derecho de alguno de ellos", Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 196, Aranzadi, 2017. Además de tratar sobre la pluralidad de personas que pueden concurrir a esta pensión, el profesor aborda también cómo acrece la cuantía de un beneficiario en el caso de extinción del derecho de otro beneficiario, habida cuenta de que hay determinadas personas que tienen, ex lege, un derecho preferente a acrecer, como por ejemplo los huérfanos absolutos. Los términos "cónyuge superviviente" y "cónyuge o pareja de hecho históricos" empleados en el cuerpo del Trabajo se extraen de este artículo de BALLESTER LAGUNA.

inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar. En cualquier caso, si la causa de la muerte fuera un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización.

Por otro lado, el art. 220.1 añade un requisito más: que el cónyuge/pareja de hecho divorciado o separado judicialmente fuera, con carácter anterior al fallecimiento del causante, acreedor de la pensión compensatoria, y que esta quedara extinguida a la muerte del causante. Esto es de una trascendencia vital en el ámbito de la violencia de género, como más adelante se verá.

Estos son los requisitos generales. Requisitos que, no obstante, ceden cuando la solicitante de la pensión se trate de una víctima de violencia de género. En estos casos, el art. 220.1 párrafo tercero de la ley de Seguridad Social, establece que las mujeres víctimas tendrán, en todo caso, derecho a la pensión de viudedad (y aquí viene lo importante) incluso no siendo acreedoras de pensión compensatoria, en tanto que puedan acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante uno de los siguientes medios de prueba: sentencia firme, orden de protección o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima, o por cualquier otro medio admitido en Derecho. Es decir, que el requisito que se exige con carácter general de ser acreedora de una pensión compensatoria, cede en estos

casos en los que se habla de una mujer maltratada[57].

A nivel jurisprudencial, cabría destacar la recentísima Sentencia núm 271/2022, de 6 de julio de 2022, emitida

[57] Que la Ley General de la Seguridad Social contenga estas previsiones favorables para las víctimas violencia de género, trata o explotación sexual es una muestra de cómo el Estado español ha adquirido un verdadero compromiso en hacer frente a esta lacra. Gracias a medidas como no aplicar el requisito de la percepción previa de una pensión compensatoria, no se hace sino dotar a las víctimas de una especial protección, dada su situación de vulnerabilidad. Este no es el único ejemplo de cómo desde la Seguridad Social se protege a las mujeres víctimas. Vid., v.g., el art. 165, que establece que el periodo de reserva del puesto de trabajo por víctima de violencia de género será computado a efectos de cotización, el art. 207, según el cual se podrá ser beneficiario de la jubilación anticipada si la trabajadora decide rescindir su trabajo por ser víctima de violencia de género, o el art. 329, según el cual no se exige periodo de cotización previo para ser beneficiaria de la prestación por cese de actividad si se es víctima de violencia de género. Así como tampoco este colectivo es el único especialmente protegido: a lo largo del articulado de esta Ley se encuentran previsiones para víctimas del terrorismo, personas que se encuentran en situaciones de discapacidad, familias numerosas, aquellos que tienen personas a cargo, etc. Todo ello hace de nuestro modelo de Seguridad Social uno que tiene en cuenta al sujeto y su circunstancia, volviéndose así más adecuado, más cercano al beneficiario y, sobre todo, más justo. Nuestra Seguridad Social no es algo hermético, en lo que el ciudadano no tiene cabida, sino que precisamente este se sitúa en su centro, y es el núcleo en torno al cual todas las prestaciones se irán creando, suprimiendo, o modificando conforme a las necesidades sociales imperantes en cada momento.

por el Juzgado de lo Social nº 1 de Reus, que es de una importancia crucial para los casos de reconocimiento de la pensión de viudedad en los casos en los que la solicitante es una mujer víctima. En esta sentencia, la Jueza falla a favor de la demandante, Doña Manuela, a favor de la cual reconoce una pensión de viudedad, siendo que ella estaba separada de su marido desde hacía 20 años antes, a causa del maltrato. La mayor importancia de este caso radica en que es una sentencia pionera, pues en ella se reconoce que se debe flexibilizar la acreditación de ser víctima de violencia de género, algo que no es nada fácil en muchas ocasiones -máxime cuando, como es el caso, se trata de leyes de hace 20 años, con un contexto sociocultural bastante diferente en cuanto a las cuestiones de género-, lo que imposibilita el acceso a las medidas tuitivas establecidas en nuestro ordenamiento para las mujeres víctimas.

Las circunstancias del caso eran las siguientes. Manuela y Arturo se casaron en 1977. En 1992, la mujer consiguió separarse de su marido, con fundamento en dos razones previstas en el art. 82 del Código Civil vigente en aquel momento[58]: "la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier

[58] Cabe destacar que, en nuestro país, con anterioridad al año 2005, para separarse y, posteriormente, divorciarse, era necesario que concurriera alguna de las causas reconocidas en el Código Civil. Afortunadamente, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificaron el CC y la LEC en materia de separación y divorcio, suprimió dichas causas, dejando el art. 82 (aquel en el que se establecían las razones tasadas para poder separarse y divorciarse) vacío de contenido. Esta reforma, que fue de una trascendencia monumental para la conquista de libertades para la ciudadanía en general, y para las mujeres víctimas de violencia por parte de sus maridos, en

otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales y filiales" y "cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar".

En el 2020, Arturo falleció y Manuela solicitó una pensión de viudedad, con fundamento en que "al tratarse de una víctima de violencia de género, no es necesario el cumplimiento de otro requisito que no sea la acreditación de dicha circunstancia, entendiendo que la condición de víctima se desprende de la sentencia de separación judicial"[59].

La parte demandada se opuso a la demanda al entender que no había quedado acreditada la condición de víctima de violencia de género de la solicitante y en defecto de lo anterior, debería haberse acreditado el cumplimiento de los restantes requisitos exigidos legalmente, siendo que la actora, ni había cumplido los 65 años en el momento de la solicitud, ni era beneficiaria de una pensión compensatoria.

Como reconoce la Jueza, es cierto que la demandante no cumplía con los requisitos exigidos en los arts. 219 y 220 de la Ley General de la Seguridad Social a los que se ha hecho referencia anteriormente. Entre ellos, que no

---

particular. Desde esta Ley, el único requisito que se exige para poder interponer demanda de separación o divorcio es que hayan transcurrido al menos 3 meses desde la celebración del matrimonio, no exigiéndose alegación de motivo alguno.

[59] Vid. Sentencia núm. 271/2022 del Juzgado de lo Social nº 1 de Reus. Fundamento de Derecho Segundo.

percibía previamente una pensión compensatoria. Pero como se ha dicho, todos esos requisitos cedían en tanto que se demostrara que la solicitante era víctima de violencia de género en cuyo caso, la única condición que debe cumplirse es acreditar su condición de ser víctima a manos del causante. Esto es lo que la parte actora pretendía hacer valer en este caso, que "la única circunstancia que podría llevar a la solicitante a que le fuera reconocida la pensión de viudedad, sería el hecho de que pudiera ser considerada como víctima de violencia de género en el momento de la separación judicial"60.

La Jueza concuerda con la pretensión de la demandante, razonando que en este supuesto, ha de acudirse a lo dispuesto en el art. 220.1 párrafo tercero de la Ley General de la Seguridad Social, que, como ya sabemos, establece que "en todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante a) sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; b) en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o c) informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, d) así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho".

Como explica la Jueza, en el caso de autos no nos encontramos en los escenarios de las letras a), b) y c) que se acaban de transcribir, sino que se trata de la letra d), "cualquier otro medio de prueba admitido en

Derecho", a través de la cual se pretende probar que Manuela era víctima de violencia de género.

Y ello es así porque en el momento de la separación del matrimonio, en 1992, no existía la orden de protección para las víctimas, ni tampoco existía un precepto en concreto del CP que hiciera referencia especial a las situaciones de violencia física o psíquica sobre las mujeres causadas por su cónyuge o persona unida por análoga relación. Por lo que tan solo queda la posibilidad de probar a través de cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho, distinto de otros más específicos a los que puede acudirse desde la entrada en vigor de la LOMPIVG.

La actora alegó dos causas de separación (violación grave y reiterada de los deberes matrimoniales y filiales y la conducta injuriosa y vejatoria), que resultaron probadas a través de la práctica la prueba (exploración de la hija común y prueba testifical).

Y esta es precisamente la clave: con la normativa actual, "el hecho de denunciar una conducta de estas características supondría para la persona denunciada la incoación de un procedimiento penal por un delito de los previstos en el art. 173 del CP (…) y que le abriría la vía a la solicitud de una orden de protección (…) ser sujeto pasivo de este delito otorga al mismo la condición de víctima de violencia de género en los términos exigidos por el art. 220.1 LGSS"61. Por tanto, entiende la Jueza "resulta acreditado a través de la sentencia de separación, la cual se dictó tras practicar la prueba a la que alude, que el causante de la pensión sometía a la

actora a una conducta injuriosa y vejatoria que venía marcada por la reiteración y que su conducta constituía una violación grave y reiterada de los deberes conyugales y filiales"[60].

Así, concluye, el hecho de que en el momento de dictarse la sentencia de separación se requiriera de una causa de las previstas en el art. 82 del CC vigente en ese momento, no impide que los hechos no puedan ser subsumirse bajo actos de violencia de género. "Nada impide esa doble valoración, pues la jurisprudencia civil ya había interpretado con anterioridad a la fecha de la sentencia de separación de la actora, que, frente a una teórica necesidad de actividad probatoria procesal a lo que debía atenderse, era a la real constatación de una quiebra evidente y grave del afecto conyugal, habiendo manifestado el Tribunal Supremo que la palmaria ruptura del recíproco afecto puede subsumirse en la violación grave y reiterada de los deberes conyugales de respeto, ayuda y socorro que hace intolerable la convivencia, dándose por tanto la referida violación cuando existía un permanente estado de tirantez, desafección y profunda discordia entre los esposos con evidente vulneración de los deberes morales que imponen la unidad corporal y espiritual de la pareja (SSTS de 19 de mayo de 1.983 y 11 de Febrero de 1.985, entre otras)"[61].

En definitiva, que se entiende que la situación de violencia de género queda lo suficientemente acreditada en atención a lo que se reconoció como hechos probados en la sentencia de separación del matrimonio, hace 20

[60] Ibídem.
[61] Ibídem.

años, donde se reconocen hechos que, de ser denunciados actualmente, serían considerados violencia de género. Además, no puede olvidarse "que si aún hoy en día, la violencia de género se muestra en muchos casos silente, no escatimándose por los poderes públicos medios materiales ni personales para avanzar en eliminar o reducir esta lacra y en animar a las mujeres a que la denuncien, no requiere un gran esfuerzo de imaginación pensar que hace 20 años, cuando la actora decidió separarse, el hecho de denunciar actos de lo que hoy conocemos como violencia de género, se rodeaba de muchas dificultades debido al contexto sociocultural existente"[62].

Es por todo ello por lo que la Jueza entiende que la sentencia de separación constituye medio de prueba admitido en Derecho, suficiente para declarar a la actora beneficiaria de la pensión de viudedad.

3.2. Alimentos a los hijos

Para concluir con este apartado, cabe hacer referencia a cómo opera la obligación de alimentos que los padres tienen para con sus hijos menores.

Los alimentos integran el contenido esencial de la patria potestad[63], y por tanto perviven durante todo el tiempo

[62] Ibidem

[63] Ello se reconoce en el art. 154 del CC, donde se establece que la patria potestad comprende las siguientes obligaciones: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, educarlos, procurar su formación integral, representarlos y administrar

en que la persona es menor, desde que nace, hasta que alcanza la mayoría de edad. Ello implica que la obligación de alimentos no cesa en ningún momento, ni aun cuando se retire la patria potestad de los padres (ex. art. 110 y 111 del CC).

En el caso de que el menor, antes de alcanzar la mayoría de edad, se emancipe, el art. 169 establece que ello será determinante del cese de los efectos de la patria potestad. Pero, pese a que en estos casos no subsista la patria potestad, no así ocurrirá con la obligación de prestarles alimentos a los menores emancipados, que sí seguirá activa, aunque bajo la genérica forma de obligación de alimentos entre parientes, no como contenido integrador de la patria potestad -que ya ha cedido frente a la emancipación-. Lo mismo ocurrirá cuando el menor alcance dieciocho años: seguirá teniendo derecho a recibir los alimentos de sus progenitores, si bien bajo la forma de la obligación general de prestación de alimentos entre parientes.

Son muchos los preceptos del CC que aseguran la percepción de los alimentos por parte de los hijos. De un lado, el art. 158 del CC establece que el Juez, de oficio o a instancia de parte, podrá dictar todas las medidas que estime convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades en caso de incumplimiento por parte de sus padres. De otro, el art. 93 del CC establece que el Juez determinará la cuantía en la que cada progenitor deba satisfacer los alimentos, adoptando medidas para asegurar la efectividad y

---

sus bienes, decidir su lugar de residencia habitual y, muy especialmente, alimentarlos.

acomodación de las prestaciones a las circunstancias de los hijos en cada momento. Del mismo modo, el art. 148 del CC faculta al Juez para, a petición del alimentista o del MF, adoptar medidas cautelares para asegurar los anticipos en concepto de alimentos que haga una Entidad pública u otra persona. Este mismo artículo establece como límite temporal a partir del cual deberán abonarse los alimentos reclamados judicialmente: a partir de la fecha de la interposición de la demanda, nunca antes.

Hasta este punto, podría decirse que estos preceptos del CC son los aplicables siempre, con independencia del estado del vínculo afectivo de los progenitores. Ahora bien, puede ocurrir que la unión conyugal o de hecho pueda relajarse o quebrarse definitivamente, en cuyo caso deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones.

En primer lugar, cabe destacar que la cuantía de la pensión alimenticia que se otorgue en estos supuestos de crisis matrimonial será proporcionada al caudal de quien ha de darlos, y a las necesidades del alimentista, ex. art. 146 del CC, buscando así una solución justa para ambas partes.

La determinación de la cuantía en concreto de la prestación de alimentos la llevarán a cabo los propios cónyuges, en el convenio regulador. A este respecto, el art. 90.d) del CC establece que el convenio regulador deberá contener al menos los siguientes extremos: "d) la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y las garantías en su

caso"[64]. En el caso de que el convenio no se formalizara, o no fuera probado judicialmente, será el Juez civil que esté conociendo de la crisis matrimonial el que determinará la cuantía, adoptando todas las medidas que sean necesarias para asegurar que la pensión efectivamente se cobra, ex. art. 93 del CC. Se ha de decir que esa cuantía puede experimentar fluctuaciones y reajustes, pues pueden variar las necesidades, la fortuna y las circunstancias económicas y personales tanto del progenitor obligado al pago, como del menor beneficiario, y ello es algo que merece ser tomado en consideración, tal como dispone el art. 147 del CC.

La percepción de los alimentos puede alcanzar una necesidad y urgencia de tal magnitud, que en aquellos casos en los que sean dos (o más) los alimentantes

[64] Que sean las partes las que, en primer lugar, puedan establecer la cuantía de los alimentos no es sino muestra de una máxima del proceso civil, como lo es el hecho de que existe un amplio margen de autonomía para ambas partes, que son, en definitiva, las que impulsan el proceso, siendo el Juez un mero tercero imparcial que decide en base al marco jurídico del proceso que las partes construyen y le aportan (principio dispositivo). Muy acertada la definición de WACH, para el que este principio significa que ""el objeto del litigio es de naturaleza puramente jurídico-privada: una relación jurídica sólo entre el demandante y el demandado, y por ello la disposición de las partes tiene que influir en el proceso". Vid. WACH, A.: "Conferencias sobre la ordenanza procesal civil", Ed. Ejea, 1958, pp.3-4. La jurisprudencia se ha encargado también de definir el principio dispositivo. Vid, por ejemplo, la STS núm. 3446/2012, de 18 de mayo de 2012, donde se dice que "según el principio dispositivo son las partes quienes delimitan o concretan el ámbito de la controversia sobre el que deben resolver los órganos judiciales".

obligados al pago, el Juez podrá, en virtud del art. 145 del CC, obligar al pago a solo una de ellos, sin perjuicio de que este pueda reclamar la parte que le corresponda a los demás. El CC protege especialmente a los alimentistas sujetos a patria potestad -habitualmente menores de edad-, dotándoles de un derecho preferente al cobro de los alimentos en aquellos casos en los que concurran a la pensión junto con el cónyuge del alimentante, y este no tuviera fortuna bastante para atenderlos a todos (art. 145 del CC).

Especial trascendencia en los casos de crisis matrimonial cobra el art. 149 del CC, donde se establece que el alimentante podrá, a su elección, optar entre pagar la cuantía fijada judicialmente, o bien mantener en su propia casa al alimentista. Sin embargo, no tendrá la facultad de elegir cuando se establezca judicialmente o por imperio de la ley la atribución de la guarda del menor a uno solo de los cónyuges. En tales casos, la única opción será el pago de la pensión. Lo mismo ocurrirá cuando se aprecie justa causa o el Juez estime que el pago en especie (mantenerle en su casa) perjudique el interés del menor. Ello ocurriría por ejemplo si el alimentante fuera el padre, que haya sido condenado por un acto de violencia de género sobre la madre. El hecho de que pudiera optar por no satisfacer la pensión a cambio de mantener al menor en su compañía y pagar sus gastos atentaría contra el interés del hijo.

Una cuestión muy polémica de la pensión de alimentos en favor de los hijos, muy utilizada como argumento para los detractores del movimiento feminista, es que la pensión se la queda la madre para sí. A este respecto,

no debe olvidarse que la titularidad del derecho de alimentos es siempre del hijo. Ahora bien, resulta conveniente hacer dos precisiones.

En primer lugar, que si se trata de un hijo menor, por su condición de menor, su representación en juicio necesariamente la ostentan sus progenitores. Resultando que uno de esos progenitores, habitualmente el padre, es aquel que debe abonar la pensión, por lo que solo queda el otro progenitor, la madre (al menos en familias biparentales) para ostentar la legitimación activa en el juicio.

En segundo lugar, que si el hijo es mayor de edad, el art. 93 del CC establece que en tanto que convivan en el domicilio, o estén emancipados pero carecieren de ingresos propios, el Juez también fijará los alimentos que se les deban a ellos en el mismo proceso civil. Es decir, que quien en situación de separación, divorcio, o quien tiene conviviendo consigo un hijo mayor de edad económicamente dependiente, se encontrará en situación subsumible en el art. 10 de la LEC, estando legitimado activamente para demandar al otro progenitor la pensión de alimentos del hijo mayor de edad, e incluso que se la pague a él para administrarla en beneficio del hijo, aunque ello nunca implica un cambio en la titularidad del derecho de alimentos, que se mantiene en el hijo. Como explica perfectamente PÉREZ-OLLEROS, "en estas demandas de un progenitor contra otro reclamando una pensión de alimentos para el hijo mayor de edad, se entiende que hay un consentimiento tácito del hijo para tal solicitud, derivado de su voluntaria convivencia, en favor del progenitor demandante de la pensión, que además será quien tenga

la carga de la prueba de la convivencia y de la dependencia económica del hijo, por ejemplo con sendos certificados de empadronamiento y de estudios, y la testifical del hijo mayor de edad"[65].

En definitiva, que ni en el caso de los hijos menores ni de los mayores la cantidad de la pensión es para la madre, que no se apropia de ella de manera ilegítima ni obtiene ninguna ventaja por parte de la Ley ni de los Tribunales que le faculte para guardarse para sí los alimentos de sus hijos. Tan solo ocurre que en juicio ostenta la representación de los hijos menores, y de los mayores que convivan en el domicilio o que están emancipados pero siguen siendo económicamente dependientes. Una representación que algunos confunden -por desconocimiento o por maldad-, con la titularidad de la pensión.

Es importante remarcar que la jurisprudencia española, en consonancia con el art. 152.2º del CC ("cesará la obligación de alimentos cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia"), ha considerado que es digno de ser tenido en cuenta que haya circunstancias sobrevenidas que comprometan la subsistencia del alimentante, y que por tanto puedan ser determinantes de acordar la suspensión o, al menos, la reducción de la cuantía de la pensión. Pero ello ocurrirá de manera muy excepcional, es decir, que no cualquier reducción de los ingresos comportará la minoración o extinción de la cantidad a

[65] PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA, F.J.: "Pensión de alimentos en favor de los hijos", AEFA, 2016, pp.3-4.

pagar, sino tan solo aquellas de entidad tal como para generar una situación de pobreza total. La Sala considera que "la obligación de prestar no es tan absoluta que obligue a su mantenimiento cuando consta acreditado que el progenitor a quien se reclaman carece de ingresos, o estos son tan reducidos que no alcanzan a cubrir siquiera sus propias necesidades, que vienen siendo atendidas por sus familiares y/o amigos, pues en este caso esta carencia se convierte en una causa de fuerza mayor que impide incluso la fijación del denominado mínimo vital[66], al convertirse en una prestación imposible"[67].

---

[66] La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha creado la figura del llamado "mínimo vital" en favor de los hijos menores en casos de fijación de pensión de alimentos en el seno de un proceso de crisis matrimonial. Es una cuantía en torno a los 150-200 euros que los Tribunales suelen reconocer a pesar de que el progenitor no tenga ingresos, salvo enfermedad o falta de capacidad o falta de aptitud para acceder al mercado de trabajo, con el que se presume que se pueden cubrir las necesidades vitales de los menores. La jurisprudencia no es unánime respecto a su concesión. Así, la línea de aquellas que optan por suspender el pago de la pensión en lugar de reconocer el mínimo vital (vid. SAP de San Sebastián de 5 de diciembre de 2008; SAP A Coruña de 16 de enero de 2013), y otras que estiman que el menor debe tener su supervivencia asegurada siempre, por lo que abogan por la concesión de ese mínimo (vid. SAP de Barcelona de 8 de junio de 20121; SAP Girona de 11 de marzo de 2011; SAP Málaga de 29 de octubre de 2008).

[67] Vid. STS núm 111/2015, de 19 de enero de 2015, Fundamento de Derecho Tercero. En el mismo sentido, las SSTS núm. 395/2015, de 15 de julio; núm. 142/2016, de 11 de enero; o la núm. 184/2016, de 18 de marzo.

Finalmente, este apartado se concluye con la referencia a supuestos en los que los Tribunales han decidido eximir al progenitor de satisfacer la pensión de alimentos por causas ciertamente llamativas, no por ello carentes de fundamento.

En primer lugar, la STS núm. 6/2022, de 3 de enero, en la que se falla a favor del recurrente, padre de tres hijos que, al divorciarse de su exmujer, suscribió voluntariamente un convenio regulador en el que se comprometía a pagar 600 euros mensuales a cada hijo. En ese momento, los tres hijos residían en Madrid, pero al crecer, el mayor de ellos comienza a estudiar en una universidad de Estados Unidos, lo que a juicio de los Magistrados comporta un "cierto cambio de circunstancias que obliga a reconsiderar su aportación alimenticia", de tal manera que debe "suspenderse durante los periodos de tiempo en que el hijo viva en Estados Unidos cursando sus estudios (…) y en los periodos que regrese a España, dicha contribución se activará para cubrir sus necesidades alimenticias en nuestro a país"[68].

Otro supuesto muy llamativo, y además reciente, lo protagoniza un Juzgado de Primera Instancia de Córdoba, que en marzo del año pasado, 2021, emitía una sentencia en la que eximía al progenitor de la obligación de alimentos que judicialmente se había determinado en favor de sus dos hijas, tras el divorcio de su mujer en el año 2003. Desde ese año, el padre había satisfecho religiosamente todas las mensualidades, a pesar de no

[68] Vid. STS núm. 6/2022, de 3 de enero, Fundamento de Derecho Tercero

mantener relación alguna con las hijas, al no querer ellas ningún trato con él, ni cuando eran menores (al tiempo del divorcio), ni en la actualidad, más de quince años después. En palabras de la parte demandante, por parte de las hijas había un "desapego absoluto, duradero en el tiempo y básicamente imputable a ellas". Una situación "terriblemente injusta" que consiguió hacer valer frente al Juez, obteniendo una sentencia a su favor que espera que sirva para "abrir camino para acabar con estas situaciones en las que un progenitor es absolutamente despreciado por sus hijos, salvo a la hora de abonarles alimentos, y que de ello no se derive consecuencia alguna".

Se alegaba incluso que la posición de las hijas respecto de su padre había quedado reducida a la de un mero "cajero automático", algo que podía ser defendido con "excusas" mientras eran menores, pero, que al alcanzar la mayoría de edad, era completamente injustificable. A mayor abundamiento, los desprecios no se limitaron solo al padre, sino que este comportamiento "se hizo extensivo a toda la familia paterna", de la que las hijas renegaron[69].

Esta sentencia de Córdoba se dicta siguiendo la línea marcada por el TS en su Sentencia núm. 104/2019, de 19 de febrero. En ella se admite que "esta causa de extinción de la pensión se ha de apreciar si aparece probado que la falta de relación manifiesta entre padre e hijos, sobre la que no existe duda, era, de modo

[69] Extraído de Diario ABC. Eximen a un padre de pagar pensión a sus hijas porque le trataban «como un cajero» (abc.es) (última vez consultado el 27/09/2022).

principal y relevante, imputable a éstos". El Juez estima que "no cabe la menor duda de que la causa (de no atender a los padres ni mantener relación con ellos) es una de las previstas para la desheredación, por aplicación del art. 152.4 CC[70], en relación con el art. 853.2 CC[71]". Y si bien es cierto que en el CC no se reconoce expresamente que el hecho de no atender a los progenitores sea una causa de desheredación, los Magistrados del Supremo opinan que se debería hacer una "interpretación flexible a efectos de la extinción de la pensión alimenticia, conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen, en tanto en cuanto el legislador nacional no la prevea expresamente, como así ha sido prevista por ejemplo en el Código Civil Catalán. Añadiendo que "cuando la solidaridad intergeneracional ha desaparecido por haber incurrido el legitimario en alguna de las conductas reprobables previstas en la ley es lícita su privación. No resultaría equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo tipo que éstas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales".

[70] Este precepto establece que "cesará la obligación de dar alimentos cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación".

[71] En este artículo se establece que "será también justa causa para desheredar a los hijos y descendientes haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra".

Y por tanto, concluyen que "esta argumentación, que se hace al aplicar la normativa del CC Cat., es perfectamente extrapolable al derecho común, en la interpretación flexible de la causa de extinción de pensión alimenticia que propugnamos, porque la solidaridad familiar e intergeneracional es la que late como fundamento de la pensión a favor de los hijos mayores de edad". Es decir, que flexibilizando los arts. 152.4 y 853.2 del CC, el TS ha determinado que sería justa causa para dejar pasar la pensión de alimentos al hijo el hecho de que desatienda al progenitor y solo se interese por él en tanto que le aporte los alimentos.

El último caso que ahora se destaca es la SAP Pontevedra núm. 525/2020, de 7 de diciembre. En ella, se exime a un padre de seguir pasándole a su hijo una cantidad mensual de setenta y cinco euros en concepto de alimentos, con fundamento en que este "abandonó voluntariamente los estudios; no ha obtenido el título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria (que consta de cuatro cursos académicos que se realizan ordinariamente entre los 12 y los 16 años de edad); no concurre ninguna enfermedad o minusvalía que le impida acceder al mercado laboral; no se encuentra desarrollando ningún proceso de formación; carece de ocupación laboral y no está inscrito en la oficina de empleo"[72]. Estos hechos entran perfectamente en los supuestos de hecho de los arts. 152. 3º y 5º del CC, que establecen que los alimentos cesarán "3º) Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria" y "5º) Cuando el alimentista sea descendiente del

[72] Vid. SAP Pontevedra núm. 525/2020 de 7 diciembre, Fundamento de Derecho Primero.

obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa".

Es por lo descrito que, como se establece en la sentencia, "puede afirmarse la absoluta falta de aprovechamiento y dedicación a los estudios del hijo (que ni siquiera ha terminado la Educación Secundaria Obligatoria), así como una absoluta desidia y desinterés del mismo en la búsqueda de alguna ocupación laboral, cuando no consta el menor impedimento o la más mínima motivación seria que pudiera eventualmente justificar su indolencia. Tal situación es perfectamente subsumible en el art. 152 del Código Civil, en cuanto el alimentista está en disposición de ejercer alguna actividad laboral (de hecho, ha manifestado que en alguna ocasión trabajó) y, en todo caso, su necesidad deriva de una clara falta de aplicación así a los estudios, como al trabajo". Y ello es determinante de la retirada de la pensión, ante su dejadez absoluta y voluntaria en su vida profesional.

4. EL IMPAGO DE PENSIONES COMO FORMA DE VIOLENCIA ECONÓMICA

Como ya se explicó en el apartado de la tipología de la violencia sobre las mujeres, la violencia económica es, tal vez, una de las formas más sutiles de dominación. Sus manifestaciones son múltiples y variadas.

Se puede ejercer violencia económica cuando el varón priva o reduce intencionadamente y sin justificación los recursos necesarios para el bienestar de una mujer y/o sus hijos. Cabe destacar que esta limitación o desaparición de los recursos puede producirse tanto

encontrándose el vínculo afectivo activo, o bien una vez este ha desaparecido.

Otra de las manifestaciones de esta forma de violencia es la apropiación ilegítima de bienes propiedad de la mujer.

También se hablaría de violencia económica cuando se produce un impago reiterado e injustificado de las pensiones alimenticias estipuladas por resolución judicial en caso de producirse una relajación o disolución del vínculo matrimonial, esto es, en caso de separación o divorcio o nulidad, respectivamente. Este acto puede ser calificado como un delito de abandono de familia, en la modalidad de impago de pensiones, algo que se estudiará con detenimiento en este Trabajo.

La tercera forma en que la violencia económica puede manifestarse es aquella en que se obliga, empuja o coacciona a la mujer a depender económicamente del agresor, a través de hacerle creer que no es tan válida para el trabajo como el hombre, o que su misión es exclusivamente la de encargarse del hogar y de los cuidados de las personas dependientes, so pena del fracaso de la convivencia y el buen orden y funcionamiento del hogar y de la familia.

Todo ello repercute de manera devastadora en su autoconcepto, viéndose a sí misma como una persona con poco valor, con aptitudes únicamente para el sector del cuidado… Sentimientos negativos que se acrecentan aún más si se toma en consideración que los modelos actuales de sociedad en los que vivimos en los países económicamente desarrollados miden la valía de las

personas -desgraciadamente- no tanto por sus valores y sus habilidades, sino por la cantidad de dinero que son capaces de hacer, las propiedades que han conseguido comprar, o el éxito de sus negocios.

En este panorama, la mujer que sufre esta forma de violencia económica de dependencia del agresor no encuentra un reconocimiento de su trabajo doméstico, una alabanza de lo necesario de sus esfuerzos por y para el hogar, de modo que se siente invisibilizada, víctima de un sistema social en el que sus aportaciones no son relevantes, o al menos, no tanto como las del hombre, quien lleva a cabo un trabajo de trascendencia en el sector público, mientras que la mujer queda constreñida a realizar una labor que se entiende del ámbito privado y, por tanto, que muchas veces se da por sentado, o que ni tan siquiera se reconoce como un trabajo, sino como algo que la mujer "tiene que hacer", ya que es "su obligación".

Por tanto, la violencia económica en general, y el impago de pensiones en particular, es un instrumento más del que el varón maltratador se valdrá para dejar ya no solo a la mujer, sino también a los hijos, a merced de su voluntad, agravando aún más el ya de por sí existente sentimiento de poca valía de la mujer económicamente dependiente, que además se llegará a sentir una "mala madre". Ya que, como consecuencia de su dependencia del capital de una pareja que no se hace cargo de sus obligaciones familiares, sentirá que está condicionando y limitando el desarrollo y bienestar de sus hijos.

Sentimiento este que es, a todas luces, ilógico, pues no

es culpable la mujer por haber sido anulada hasta tal punto que su vida entera dependa de la de su pareja. En todo caso, el responsable directo de la falta de recursos de los hijos será aquel que, pudiendo proporcionar las cantidades requeridas por sentencia, no lo haga, como forma de desprecio o incluso de venganza hacia la mujer, por haber puesto fin al vínculo matrimonial. Pero, como ya es conocido, el común denominador a todas las formas de violencia de género es la generación en la víctima de sentimientos de autoculpabilización y descargo de la responsabilidad del agresor. Algo que la profesora DE LA CRUZ SERRANO explica perfectamente cuando afirma que el sentimiento de culpa es una de las razones por las que "la víctima soporta esta situación y no rompe la relación, incluso vuelve con el agresor después de una vez rota"[73]. Para la autora, el sentimiento de culpa sería un fenómeno por el que "la víctima sufre una identificación con su agresor, de manera que justifica sus conductas y hasta las exculpa. De esta forma, busca la culpa en ella misma, pensando que algo puede hacer para cambiar lo que ocurre, o pensando que si fuera capaz de llevarle de otra manera, quizá él no la trataría así. Pensemos además que él dedica gran parte de su tiempo a culparla de muchas de las cosas que ocurren en su día a día. Y además tiende a darle pena por si se queda solo, o por su infancia traumática. A ella le cuesta mucho aceptar que si decide separarse de él, este quedará solo, le infringirá un daño irreparable o incluso en el caso de una denuncia por

[73] DE LA CRUZ SERRANO, M.: "Psicosociología de la violencia contra la mujer: Psicología de la víctima", Máster en Prevención y Tratamiento de la Violencia de Género, X ed., Cuenca, pp.18-19.

violencia de género, pueda acarrearle medidas penales"[74]. En relación con lo anterior, el profesor RODRÍGUEZ LUNA destaca como tres los factores que son determinantes para la aparición del sentimiento de autoinculpación de las víctimas: el entorno familiar y de amistad, la pareja o expareja y el propio sistema[75].

La mujer que es víctima de violencia económica por parte de su pareja sentimental[76] suele serlo también de otras formas de violencia de género[77] (física, psicológica, sexual…), siendo esta una manifestación más de la vorágine de destrucción en la que se ve inmersa. Este tipo de violencia, junto con todas las demás que concurran, será un factor que condicionará en gran medida que pueda poner fin a la relación. Ya que si la mujer está condicionada por el capital que solo su pareja sentimental puede aportar para el mantenimiento del inmueble, de la familia, y de ella misma, difícilmente se planteará alejarse de su agresor, lo que a la postre supondrá un aumento de su dependencia y del riesgo de verse expuesta a situaciones violentas, ya sean las mismas que viene sufriendo, o ya sean otras nuevas, pues el problema de la violencia de género tiende a ir

[74] Ibídem.
[75] RODRÍGUEZ LUNA, R.: "Culpa, miedo y vergüenza: las emociones de la violencia (el caso de violencia contra la pareja y/o ex –pareja", Revista Derechos y Libertades, nº. 33, 2015, pp. 239-243.
[76] Ibidem
[77] Ibídem

escalando en intensidad y peligrosidad[78].

Normalmente, el impago de pensiones no se reducirá solo a dejar de abonar la cuantía debida en virtud de sentencia judicial, sino que esta es una de las múltiples manifestaciones de la sumisión y dependencia que caracterizan propios de un contexto de violencia precedente, en el que se han podido dar situaciones de agresiones físicas, verbales y sexuales, vejaciones, controles… Es, por tanto, una forma de perpetuar los estereotipos y roles de género, haciendo dependiente a la mujer y sometiéndola a un sistema de construcción social que lleva vigente desde hace siglos.

[78] En este sentido, resultan ilustradoras las palabras de GARZÓN GARZÓN, R.D., al definir la escalada de la violencia como un fenómeno en el que "las expresiones de violencia conyugal aumentan a través del tiempo, presentándose un aumento progresivo de las formas e intensidad de las agresiones". Para el autor, la escalada en la violencia se manifiesta con cambios en "formas de violencia, y artefactos/medios presentes en la situación de violencia, personas involucradas o hacia quienes se les dirige la violencia, emociones generadas en el contexto general de violencia y la geoespacialidad en cuanto al lugar de ocurrencia de los hechos". Vid. GARZÓN GARZÓN, R.D., "Modelo de la escalada de la violencia en contexto conyugal. Aporte desde el trabajo social forense", en "Violencia Conyugal en Cali en el año 2001", Cali, 2001, pp. 3 ss. Del mismo modo, resulta conveniente remitirse a la explicación de la escalada de la violencia ofrecida por la autora WALKER, L. en su obra "The battered woman syndrome".

4.1. Antecedentes y regulación actual del delito de impago de pensiones

El Preámbulo de la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, ya ponía de manifiesto la existencia de un alarmante problema social, derivado de una cada vez más extendida práctica de incumplimiento de las prestaciones establecidas en los procesos de relajación o disolución de los vínculos matrimoniales, que justificaba la tipificación de una nueva modalidad de abandono de familia en el CP: el impago de pensiones, que se reconocía en el art. 487 bis[79]. La inclusión de esteprecepto respondía a la necesidad de poner freno al auge de estas conductas irresponsables y de incumplimiento de los deberes familiares, castigando el impago de las prestaciones económicas establecidas por convenio o resolución judicial en procesos matrimoniales, y, por tanto, tutelando el interés de aquellos que en las crisis conyugales padecían las consecuencias del impago.

Con carácter anterior a esta LO 3/1989, la Fiscalía General del Estado ya había puesto de manifiesto a

[79] Este derogado artículo establecía lo siguiente: "El que dejare de pagar durante tres meses consecutivos o seis no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad de matrimonio, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas".

través de su Circular 3/1986 las dificultades de promover el cumplimiento de convenios y decisiones judiciales en dicha materia. Con la reforma del CP ya producida, sin embargo, la situación no se revirtió, por lo que se seguirían sucediendo los pronunciamientos de la Fiscalía destacando este problema[80].

Años más tarde, con la LO 10/1995, de 23 de noviembre, se promulgaría el nuevo Código Penal, que sigue estando vigente en la actualidad, aunque sobre él se hayan operado más de una treintena de reformas[81]. En este

[80] Vid., entre otras, la Circular 2/1990, o la Consulta 1/1993 de la Fiscalía General del Estado.

[81] Aunque exceda del contenido estricto de este Trabajo, resulta conveniente poner de manifiesto que resulta de todo punto criticable el hecho de que las reformas de nuestro Código Penal se sucedan de manera incesante, cuando es un Derecho que puede llegar a comportar gravísimas restricciones para los derechos fundamentales del reo y que, por tanto, debería ser alterado con el grado máximo de diligencia y cuidado. El que debiera ser el instrumento de intervención de ultima ratio del Estado se utiliza cada vez más de manera abusiva y con alteraciones constantes que merman la seguridad jurídica y que, a mayor abundamiento, suelen conllevar un incremento del punitivismo. Como opina SUÁREZ GONZÁLEZ, "el viejo axioma de que cada periodo constituyente trae consigo, irremediablemente, un nuevo código penal bajo el brazo, ha dado paso al aserto de que cada ministro de Justicia trae consigo una reforma penal en la cartera". SÚAREZ GONZÁLEZ, C.J.: "La reforma del Código Penal", en Diario El Mundo, 12 de marzo de 2020. Disponible en: La reforma del Código Penal | Opinión (elmundo.es) (última vez consultado el 04/08/2022).

nuevo cuerpo legal, el legislador ha mantenido la misma conducta típica que constituía el delito de impago, pero con una importante novedad: el nuevo art. 227 amplió los supuestos de hecho contemplados en el art. 487 bis del anterior Código, de modo que también entran en este tipo delictivo los incumplimientos de la obligación de pago ya no solo en los procesos de separación, divorcio o nulidad matrimonial, sino también los de filiación y alimentos a favor de hijos.

Otras novedades que comportó el nuevo CP en materia de impago de pensiones fueron la tipificación del incumplimiento de prestaciones económicas no periódicas (art. 227.2 del CP), ignoradas en la anterior regulación, y que se puso solución a las controversias suscitadas por doctrina y jurisprudencia en torno a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada de la comisión del delito (art. 227.3 del CP).

Por último, cabe hacer una breve referencia a la ya desaparecida falta de incumplimiento de obligaciones familiares establecidas en convenio o resolución judicial[82]. Esta falta, al igual que todas las demás, fue derogada por la reforma del CP operada por la LO

[82] El derogado art. 618.2 del CP establecía lo siguiente: "El que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días".

1/2015, de 30 de marzo. Los supuestos que se recogían en este precepto eran aquellos casos de incumplimiento de las obligaciones de pago de pensiones que no alcanzaran los plazos del art. 227.1 ya referidos – dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos-, y también de incumplimiento de obligaciones que no tuvieran un contenido económico (cuyo supuesto más frecuente era saltarse el régimen de visitas).

Dicho todo esto, y para comenzar con el análisis de la problemática del delito de impago de pensiones, lo primero que debe reseñarse es que se trata de un delito de omisión, en el que la conducta típica consiste en el incumplimiento del deber de pagar una prestación económica que ha sido establecida por resolución judicial en favor del cónyuge o sus hijos. Una conducta que no está reconocida expresamente como una modalidad de violencia de género, ni en la LO 1/2004, ni tampoco en el Código Penal. Sí está tipificada, sin embargo, como delito en el art. 227 del CP[83]. Un artículo que se inserta en la sección 3ª, que se rubrica "contra los derechos y deberes familiares"-, que a su vez se encuentra comprendida en el Capítulo III -delitos de "abandono de familia, menores o personas con discapacidad

[83] La redacción actual de este tipo viene de la mano de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, del Código Penal. Anteriormente a esta reforma, la misma conducta delictiva se castigaba con "pena de arresto de ocho a veinte fines de semana". Por tanto, la nueva redacción comporta un aumento de la penalidad asociada a la comisión de este delito, lo que es muestra de cómo las leyes reaccionaron a un fenómeno de impago de pensiones que era cada vez más frecuente.

necesitadas de especial protección"-.

El tenor literal del apartado primero de este art. 227 del CP reza lo siguiente: "el que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses". A continuación, el art. 227.2 del CP establece que será castigado con la misma pena aquel que "dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior". Finalmente, el art. 227.3 del CP se refiere a la reparación del daño causado por la comisión del delito de impago, la cual solo podrá entenderse producida a través del "pago de las cuantías adeudadas", impidiendo así toda posibilidad de reparación del perjuicio causado para la víctima a través de otra vía que no sea el abono de la cantidad efectivamente impagada.

Del citado art. 227.1 del CP podemos extraer cuáles son los requisitos que deben concurrir para que el hecho delictivo se entienda consumado y por tanto sea enjuiciable[84]:

[84] Estos mismos requisitos son los que reconoce una más que consolidada jurisprudencia del TS. Entre otras, se citan las

- En primer lugar, un elemento objetivo, consistente en que ha de existir una sentencia de separación, divorcio, nulidad, filiación o alimentos que sea firme, y en la que se establezca una cuantía en concepto de pensión de pensión alimenticia que deberá ser pagada por el progenitor no custodio en favor de sus hijos, que se encuentran a cargo del otro progenitor.

- En segundo lugar, que se produzca una dejación del deber de pagar, una omisión de la obligación impuesta en la sentencia, y que dicha conducta omisiva se produzca dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos. Este segundo requisito también sería de tipo objetivo.

- Por último, un elemento subjetivo. Se exige que dicho incumplimiento sea doloso, es decir, que de manera consciente, deliberada y voluntaria el progenitor decida no satisfacer la pensión.

En relación con esto, surge la duda de qué ocurre en aquellos casos en los que el incumplimiento del deber de pagar viene motivado no por una mala fe, sino por una carencia o privación de recursos que sufre el alimentante, de manera que no puede pagar la pensión o, si puede, supone comprometer su propia subsistencia.

En tales casos, se podrían articular dos soluciones: solicitar del órgano judicial la reducción proporcional de la cuantía de la pensión alimenticia atendiendo al caudal del alimentante (ex. arts. 146 y 147 del CC), o bien

---

SSTS 26/07/1999, 13/02/2001 y 03/04/2001, 08/07/2002, 16/06/2003 y el Auto 15/04/2004, también del Alto Tribunal.

solicitar la suspensión temporal de la obligación de pago de la pensión, pero solo en casos excepcionales donde hay una verdadera imposibilidad de alimentar sin poner en peligro la propia subsistencia[85].

[85] Esta posibilidad, pese a no estar recogida en ningún cuerpo legal, sí ha sido admitida por reiterada jurisprudencia de las AP. Vid., entre otras, SAP Alicante núm. 287/2015, de 21 de julio de 2015, donde se establece que "ocurre así en este caso -carácter muy excepcional-. El interés superior del menor se sustenta en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo «en todo caso», conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe. Ahora bien, este interés no impide que aquellos que están obligados a prestar alimentos no puedan hacerlo por carecer absolutamente de recursos económicos, como tampoco impide que los padres puedan desaparecer físicamente de la vida de los menores, dejándoles sin los recursos de los que hasta entonces disponían (…) Por tanto, la cuestión a determinar es si el apelante se encuentra en esta situación de total falta de medios que permita, al menos, suspender temporalmente el devengo de la pensión mientras subsistan las circunstancias que le impedirían abonar la prestación alimenticia. En este caso, se desprende que el recurrente se encuentra en situación de desempleo, sin que conste como beneficiario de prestación/subsidio por desempleo (…) En esta situación, consideramos que el apelante se encuentra en estado de falta de ingresos que lo obliga incluso a recabar la ayuda familiar para subsistir, por lo que en aplicación de la doctrina expuesta, procede la estimación del recurso y la revocación parcial de la sentencia apelada en el sentido de que la pensión de alimentos

Además de estos tres requisitos, el art. 288 del CP añade uno más para poder perseguir judicialmente el impago de pensiones: "la previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal".

Debido a la exigencia de que sea el agraviado el que dé pie a aperturar el proceso, se afirma que el impago de pensiones se configura por el legislador como un delito semipúblico, esto es, un delito en el que la clave para poder perseguir la conducta es la denuncia o querella del perjudicado directo del delito. Como explica CALAZA LÓPEZ, "el acusador particular en los delitos semipúblicos es la persona perjudicada u ofendida, de manera directa y en su propia esfera, por los delitos perseguibles a instancia de parte, esto es, aquel (delito) que será objeto de enjuiciamiento tan solo a su instancia, por ser la única persona que, en puridad, guarda relación directa con el ilícito"[86].

En relación con lo anterior, se pueden presentar dudas acerca de qué escrito es preceptivo interponer para poder dar por iniciado el procedimiento penal por delito de impago de pensiones. El art. 228 del CP hablaba de denuncia previa. Pero lo cierto es que tanto daría que se interpusiera una denuncia, como directamente una querella criminal: lo necesario es que exista un escrito por parte del ofendido, ya sea una denuncia o una

---

quedará en suspenso mientras subsista la situación de precariedad económica."

[86] CALAZA LÓPEZ, S., "Las partes en el proceso penal (I). Partes acusadoras", en ASENCIO MELLADO, J.M. (dir.) y FUENTES SORIANO, O., (coord.), Derecho Procesal Penal, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2019, p. 65.

querella. En cualquier caso, la redacción de uno de estos dos escritos, indistintamente, será suficiente para cumplir con este primer requisito de procedibilidad.

Y esto es así porque tanto la denuncia como la querella sirven para una misma finalidad: dar traslado de la notitia criminis a la autoridad judicial. La única diferencia entre la denuncia y la querella es que mientras que con la primera lo único que se efectúa es una declaración de conocimiento de la comisión de un delito, con la segunda, además de anunciar unos hechos delictivos, se produce una declaración de voluntad de constituirse como parte acusadora en el proceso[87]. Por ello el art. 228 del CP se conforma con hablar de denuncia -porque solo con el traslado de los hechos delictivos ya es suficiente para perseguir el delito de impago-, y nada dice acerca de la querella -que es lo mismo, pero con el añadido de que también le permitirá constituirse en parte acusadora, concretamente, en acusación particular-. Pero, en todo caso, si la víctima decidiera interponer directamente la querella, sin denuncia anterior, se entendería también que se abre la posibilidad de perseguir el ilícito.

Una vez ya verificada la interposición de la denuncia/querella por el ofendido, y al encontrarnos ante un delito semipúblico, se incoa el proceso penal, en el

[87] RIZO GÓMEZ, B.: "La iniciación del proceso penal", en ASENCIO MELLADO, J.M. (dir.) y FUENTES SORIANO, O., (coord.), Derecho Procesal Penal, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2019, p. 129- 130.

que tendrán cabida no solo la acusación particular, sino también el MF, quien también podrá personarse en virtud de los siguientes artículos:

De un lado, el art. 124 de la CE atribuye al MF la misión de "promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social". En virtud de este precepto, pues, este órgano debe ejercitar las acciones que sean oportunas y necesarias para la satisfacción de la legalidad, los derechos y el interés público. Qué duda cabe que en el caso de la persecución de acciones u omisiones que pueden subsumirse bajo los supuestos de hecho de las normas penales la intervención del MF está sobradamente justificada, máxime si se trata de ilícitos tan relevantes y reprochables como aquellos que tienen que ver con la violencia de género, cuestión de vital importancia en el momento actual.

De otro lado, el EOMF establece en sus arts. 3.4º y 3.5º los deberes del MF de "ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos (…) u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda" e "intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos, o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores", respectivamente.

Por último, el art. 105.1 de la LECrim establece que los funcionarios del MF estarán obligados a ejercitar todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular, a excepción de aquellos delitos que sean privados y por tanto su perseguibilidad dependa enteramente de la existencia de previa querella de la víctima[88].

Es decir, que en los delitos semipúblicos -como es el caso del impago de pensiones del que se está tratando-, tan solo la víctima podrá iniciar el proceso y postularse como acusación particular, sin perjuicio de que una vez verificada la interposición de denuncia o querella, el MF pueda constituirse en parte.

Aclarado esto, pueden surgir dudas en torno a en qué persona se debe concretar la figura de esa víctima u ofendido que debe interponer denuncia o querella para que el proceso penal se pueda entender por iniciado. A este respecto, resulta de enorme importancia la reciente STS núm. 557/2020, de 29 de octubre, en la que los

[88] Los únicos delitos privados existentes en la actualidad en nuestro país son los que se encuentran en el Título XI del CP, es decir, los delitos de calumnias y de injurias. En estos dos casos, el MF no tiene iniciativa para instar el proceso ni para constituirse en parte, dado que son ilícitos que atañen en exclusiva a la persona del agraviado. Tal como se desprende el art. 215.1 del CP, "nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querella de la persona ofendida por el delito o de su representante legal". Además de la iniciación del proceso, corresponde en exclusiva al ofendido decidir si, una vez iniciado el proceso, sigue adelante, o si por el contrario, este termina por desistimiento del procedimiento o renuncia de la acción.

Magistrados de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo confirman la SAP Pontevedra núm. 213/2019, de 16 de octubre, que a su vez confirma la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº. 2 de Pontevedra, de 3 de junio de 2019. El recurrente, D. Felicísimo, pretendía hacer valer ante las distintas instancias que no debía hacerse cargo de las pensiones de alimentos que se establecieron a favor de su hijo mayor de edad, y que venía dejando de abonar desde noviembre de 2008. La primera instancia no estimó su pretensión, y le condenó como autor de un delito de abandono de familia en su modalidad de impago de pensiones. No estando satisfecha la defensa de D. Felicísimo, interpuso recurso de apelación que tampoco estimó su pretensión, para finalmente elevar recurso de casación ante el TS, fundamentado hasta en hasta cinco motivos, de los que ahora interesa destacar dos.

El primero de ellos es que a su entender, el hijo mayor de edad gozaba de legitimación activa por sí mismo para poder denunciarle como autor de un delito de impago de pensión de alimentos. Y, como la denuncia no la había interpuesto él, sino su madre, consideraba que no tenía que hacerse cargo de la misma, ya que ex. art. 228 del CP "solo será perseguible previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal". La defensa entendía que el agraviado era el hijo, no la madre, y que por tanto, la denuncia adolecía de falta de legitimación activa y no debería prosperar.

El segundo motivo del recurso que se destaca es que según la defensa, el alimentista mayor de edad no puede, una vez ya en sede judicial, atraer hacia sí la denuncia formulada por la madre, ya que según su modo

de entender las cosas, el hecho de que en sede judicial el hijo mayor de edad asuma la denuncia de la madre no es sino un ardid o una artimaña para subsanar indebidamente un error que debería invalidar la denuncia.

Los Magistrados comienzan afirmando que, efectivamente, el asunto goza de un alto nivel de interés casacional, debido a "la ausencia de jurisprudencia expresa de esta Sala al respecto, así como la solución contradictoria dada a la materia en las distintas Audiencias Provinciales"[89].

La Sala expone que no hay un criterio homogéneo entre las AP, existiendo dos líneas interpretativas diferentes del art. 228 del CP.

Así, hablaríamos de una primera línea jurisprudencial que "partiendo de una interpretación restrictiva del concepto de «agraviado» y de acreedor de la pensión como sujeto pasivo del tipo contenido en el artículo 227.1 CP, entiende que en los supuestos en que el hijo ha alcanzado la mayoría de edad únicamente él ostenta legitimación activa para denunciar y proceder así a la persecución penal del delito de impago de pensiones, pudiendo actuar en su nombre y representación el progenitor solo durante su minoría de edad. Los Magistrados citan a título ejemplificativo las SSAP Pontevedra 29 de junio de 2012, Murcia (3ª) de 22 de abril de 2010, Sevilla (4ª) de 22 de diciembre de 2009; Cantabria (1ª) de 11 de junio de 2009 o Las Palmas (4ª)

[89] Vid. STS núm. 557/2020, de 29 de octubre, Fundamento de Derecho Tercero.

de 7 de abril de 2008[90].

Mientras que la segunda línea de interpretación, "hace una lectura más amplia y una interpretación teleológica y sistemática del artículo 93 párrafo 2º del Código Civil que viene a sostener que la expresión persona agraviada contenida en el artículo 228 CP incluye tanto a los titulares o beneficiarios de la prestación económica debida (los hijos), como a cualquier otra persona perjudicada por el mismo, y especialmente, al progenitor que convive con el hijo mayor de edad y sufraga los gastos no cubiertos por la pensión impagada, quien también gozaría de legitimación activa para interponer la preceptiva denuncia e instar así su pago en vía penal, lo que supondría una legitimación compartida tanto por el hijo mayor de edad como por el progenitor con el que convive"[91]. Este sería el caso de las SSAP Barcelona (10ª) de 4 de junio de 2010, Madrid (6ª) de 9 de diciembre de 2011, (30ª) de 9 de octubre de 2018, Zaragoza de 31 de enero de 2011, Córdoba (2ª) de 23 de marzo de 2010, Toledo (2ª) de 8 de enero de 2010 y Murcia (2ª) de 30 de diciembre de 2009.

Ante esta dualidad de interpretaciones del mismo precepto, los Magistrados se pronuncian, disipando las dudas en torno a la legitimación activa para iniciar el proceso penal del delito de impago de pensiones, entendiendo que son personas agraviadas tanto "los titulares o beneficiarios de la prestación económica debida, como el progenitor que convive con el hijo o hija mayor de edad y sufraga los gastos no cubiertos por la

[90] Ibídem.
[91] Ibídem.

pensión impagada"[92]. Es decir, decantándose por la segunda línea jurisprudencial. Y ello lo hacen en base a dos argumentos fundamentales.

En primer lugar, por el art. 3.1 del CC, que establece que las normas deberán interpretarse "atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas". Es decir, que entienden que la finalidad del delito tipificado en el art. 227 del CP es proteger a las personas que quedan desamparadas ante el incumplimiento reiterado en el abono de la prestación económica debida, y por tanto, se debe hacer una interpretación amplia para dar cabida tanto al cónyuge como a los hijos bajo el término "persona agraviada" del art. 228 del CP.

Y en segundo lugar, porque constituye doctrina reiterada de la Sala Civil del TS que tanto el titular de la pensión (hijo o hija mayor de edad), como el progenitor que convive con este y corre con los gastos derivados del incumplimiento del otro cónyuge "tienen un interés legítimo, jurídicamente digno de protección"[93]. Concluyendo que "no existe duda de que el progenitor conviviente con el alimentista es una de las personas que soporta las consecuencias inmediatas de la actividad criminal, llevada a cabo por el otro progenitor que impaga la pensión alimenticia a los hijos, por lo que debe ser considerado agraviado a los efectos de tener legitimación para formular la preceptiva denuncia e instar así su pago en vía penal"[94].

[92] Ibídem.
[93] Ibídem.
[94] Ibídem.

Resuelto ya el primer motivo de recurso, en cuanto al segundo -si el defecto de que el alimentista mayor de edad no haya presentado la denuncia por este delito puede subsanarse por la asunción en sede judicial de la denuncia formulada por su progenitor- establecen que es perfectamente posible, en consonancia con "la posición prácticamente unánime de las Audiencias Provinciales"[95].

En conclusión, una vez analizada esta STS núm. 557/2020, se afirma que bajo el concepto "persona agraviada" entran tanto los hijos como el progenitor que convive con estos y sufraga los gastos generados como consecuencia del impago - normalmente, la madre-, y por tanto, ambos ostentan legitimidad activa para interponer denuncia e instar así su pago en vía penal.

Finalmente, no resta más que añadir que el periodo de prescripción del delito de impago de pensiones, ex. art. 131.1 CP, será de cinco años. En cuanto al cómputo del tiempo de impago, y dado el carácter continuado de este delito, el cómputo se iniciará desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta, es decir, desde que se procede al pago de lo debido. Mientras que dure el impago de la pensión el delito no prescribe, ex. art.132.1. del CP.

4.2. Concreción de las fechas del impago: la Consulta 1/2007, de 22 de febrero, de la Fiscalía General del Estado

El tenor literal del art. 227 del CP no genera dudas en

[95] Ibídem.

torno al momento en que se comienzan a computar los días del incumplimiento, ya que se dice expresamente que es el momento en que se dejó de pagar, lo que obviamente habrá de ser demostrado mediante la oportuna actividad probatoria. Por el momento en que se deja de pagar se puede entender que será cuando expire el último día en que se cumple el mes en que se debería haber efectuado el pago.

Sin embargo, el momento de determinación de la fecha final no es tan sencillo de delimitar. Y concretar esta fecha es de suma importancia, puesto que solo así se podrá determinar el número de incumplimientos, es decir, de meses impagados, que constituyen el objeto del proceso penal por delito de violencia económica.

Esta inconcreción fue precisamente la que fundamentó una Consulta dirigida a la Fiscalía General del Estado, que resolvió en la Consulta 1/2007, de 22 de febrero, sobre la delimitación del período objeto de enjuiciamiento en el delito de impago de pensiones del art. 227 del CP. Y es que según la Fiscalía consultante, se podía considerar como momento final del incumplimiento "la fecha de la denuncia o querella, de la declaración del imputado, del auto de incoación de procedimiento abreviado, del escrito de acusación, de apertura del juicio oral, de celebración del acto del juicio oral, de la sentencia, e incluso, a efectos de cuantificación de la responsabilidad civil, la de ejecución de sentencia"[96].

[96] FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Consulta 1/2007, de 22 de febrero, sobre la delimitación del período objeto de

La FGE resolvió que el cómputo de incumplimientos se extenderá desde el primer incumplimiento hasta la fecha del juicio oral, enjuiciándose en dicho acto los incumplimientos -ya sean sucesivos o alternos- que, reuniendo los requisitos para incluirlos en el título de imputación, se hayan constatado hasta ese momento. Por tanto, el objeto del proceso estará constituido por la suma del conjunto de incumplimientos que se produzcan en ese lapso temporal: desde el primer incumplimiento, hasta el día del juicio oral[97].

Esta interpretación de la FGE es digna de ser alabada, dado que ofrece una mayor protección a las víctimas de violencia económica que la interpretación dada hasta entonces por diversos órganos jurisdiccionales[98]. Según esta otra opinión, la fecha a la que había que atender como finalización del cómputo de los impagos era la de declaración del denunciado o querellado en concepto de imputado ante el Juez instructor. Ello suponía que el objeto del proceso quedara únicamente constituido por aquellos impagos producidos hasta la fecha de la primera declaración del imputado, de manera tal que si durante todo el tiempo durante el cual se puede extender el juicio

-que puede llegar a ser meses o incluso años- se siguen produciendo impagos, esas mensualidades debidas no se podrían reclamar, o de hacerse, sería a través de la

enjuiciamiento en el delito de impago de pensiones del artículo 227 del Código Penal, p.2.

[97] FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: op. cit., p.3.

[98] Se citan, entre otras, las SSAP Barcelona 25/02/2003, Burgos 23/07/2004, Baleares 30/03/2000 o Vizcaya 28/06/2002.

formulación de sucesivas denuncias. En palabras de la FGE, "la interpretación estricta propugnada por la Fiscalía consultante y, como se ha indicado, también mantenida por los algunos órganos jurisdiccionales, supone que en cada causa incoada por delito de impago de pensiones sólo pueden ser enjuiciados los incumplimientos recogidos en la denuncia, sobre los cuales versará la declaración judicial que se reciba al imputado (art. 775 LECRIM), obligando a la parte perjudicada a formular nueva denuncia por los impagos posteriores, iniciando así una sucesión de ampliaciones (o acumulaciones por conexión) de la denuncia inicial, con las correspondientes declaraciones del imputado al respecto"[99].

Evidentemente, esta nueva interpretación dada por la FGE comporta un tratamiento más ventajoso para las víctimas de violencia económica, que verán cómo pueden incluir como objeto del proceso todas las mensualidades debidas -también las que se devengan durante el proceso penal ya iniciado, en sede de instrucción. Y, además, supone una agilización y simplificación de las causas penales por ilícito de impago de pensiones, pues no será necesario ir ampliando sucesivamente el objeto penal con las denuncias por los eventuales incumplimientos posteriores en los que el progenitor obligado pudiera incurrir una vez ya está imputado.

Aunque, de estas dos razones, como remarca la FGE en la Consulta, no es la de economía procesal la más

[99] Op.cit., p.4.

importante. La que debe prevalecer es la primera, esto es, "dar protección a los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales del obligado. Finalidad tuitiva, en especial respecto de los hijos, que se vería perturbada ante el enojoso trance de obligarles a formular sucesivas reclamaciones frente al incumplimiento"[100].

4.3. Jurisdicción competente: civil o penal

Tal como establece el art. 100 de la LECrim, de todo delito nacen dos acciones. De un lado, la acción penal para castigar la conducta típica. De otro lado, puede nacer también una acción civil de restitución de la cosa, de reparación del mal causado, o bien de indemnización por los perjuicios causados por la realización del hecho punible.

Dicho esto, la omisión del deber de hacerse cargo del abono de la pensión alimenticia establecida en sentencia constituye una conducta tipificada en el art. 227 del CP y de la que, a la luz del art. 100 de la LECRIM, se pueden derivar dos acciones: la penal de castigo al progenitor que incumple, y la civil de reclamación de la cantidad y de los perjuicios que ese incumplimiento haya podido conllevar para el hijo o hija y/o para el progenitor bajo cuyo cargo se encuentran. En este apartado se procede a explicar cómo se relacionan las acciones penal y civil entre sí, y qué escenarios pueden plantearse:

1) En primer lugar, existe la posibilidad de acudir únicamente a la jurisdicción civil, no ejerciéndose por

[100] Ibídem.

tanto la acción penal. En este caso, habrá que estar a lo dispuesto por los arts. 538 y ss. de la LEC[101]. El art. 545.1 de la LEC establece que será competente para conocer de la ejecución de la resolución judicial en la que se establece la pensión el mismo Tribunal que conoció del asunto en primera instancia[102]. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ encuentra muy acertadamente importantes ventajas al acudir a la vía civil para la reclamación de la pensión entre las que destacan dos. La primera, que "esta jurisdicción civil es la idónea si se tiene conocimiento que el deudor posee capacidad económica solvente para afrontar los pagos, al proceder el Juzgado directamente al embargo de los bienes del demandado sin necesidad de requerimiento previo". Y la segunda, que "como establece el art. 608 LEC, para dicho embargo no es de aplicación los límites del art. 607 LEC, al

[101] Estos arts. de la LEC se insertan en el Capítulo III del Título III, que trata acerca de la ejecución. Y es que el proceso civil de reclamación de las pensiones de alimentos adeudadas no es otra cosa sino un procedimiento de ejecución, mediante el cual se sustituye la voluntariedad del cumplimiento de la sentencia que condena al progenitor al pago de las pensiones por una ejecución forzosa de la misma, ante la dejadez y la omisión de este.

[102] Ello es manifestación de la competencia funcional, que es aquella en virtud de la cual se atribuye el conocimiento de un asunto en función de la fase procesal en la que se encuentra el procedimiento. La ejecución, al fin y al cabo, no es sino una fase más del proceso civil de reconocimiento del deber de abonar una pensión. Fase consistente en hacer efectiva esa obligación, a través de la sustitución de la voluntariedad de pagar del progenitor por un cumplimiento forzoso.

tratarse de impago de pensiones alimenticias"[103].

El objetivo principal del alimentista es el de poder cobrar las mensualidades dejadas de percibir, por ello no le interesa tanto acudir a la vía más dura, la penal, sino a la civil, cuya tramitación será mucho más rápida[104]. Como continúa explicando DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, la jurisdicción civil es más ágil porque se actúa inmediatamente contra los bienes del progenitor deudor, mientras que en la jurisdicción penal esa acción se vería rezagada a la ejecución de la sentencia, una vez terminada la instrucción del hecho denunciado y celebrado el juicio oral. "Con ello, el denunciante al instar la acción judicial pretende que la deuda sea satisfecha de una forma menos (civil) o más (penal) agresiva, al no

[103] DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: "El impago de pensiones: un tipo de violencia económica", Máster en Prevención y Tratamiento de la Violencia de Género, X ed., Cuenca, p.25.

[104] Ello debido a que el proceso civil se articula en una única fase, mientras que en el penal hay dos fases perfectamente diferenciadas cuyo conocimiento corresponde a órganos jurisdiccionales diferentes: la instrucción y el juicio oral. Debido a esa dualidad del penal, es lógico que la tramitación del proceso será más lenta. La razón que explica la existencia de dos fases en el proceso penal es que, lógicamente, el juez de instrucción puede estar influenciado por la información que ha obtenido durante su investigación, de manera que para no poner en peligro la imparcialidad y el derecho a la presunción de inocencia del encausado. Ambos derechos son recogidos por el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y son también manifestaciones del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE. En virtud de ellos, se deja que sea otro juez el que, en base a todo lo recabado por el juez de instrucción, resuelva el asunto y dicte sentencia.

lograr por la vía pacífica que el obligado al pago cumpla con lo fijado”[105].

Ahora bien, los problemas surgen cuando el progenitor deudor es insolvente y no tiene fondos o bienes que puedan ser ejecutados para obtener la pensión. En tales casos, el alimentista tiende a acudir al proceso penal, que se le representa como último recurso.

2) Otro escenario sería aquel en el que se hace un ejercicio simultáneo de la acción penal y de la civil. Siguiendo la explicación ofrecida por CALAZA LÓPEZ[106], este ejercicio conjunto de las acciones puede gestarse sin instancia previa, o bien por petición expresa de la parte.

- Ejercicio simultáneo sin instancia previa del perjudicado: si el alimentista perjudicado sí denuncia, pero no se querella ni expresa su voluntad de comenzar un proceso, el MF sostendrá ambas pretensiones, civil y penal, a tenor de lo dispuesto por el art. 108 de la LECrim. Sin embargo, si el perjudicado por el impago ha renunciado expresamente a la acción civil, el MF tan solo podrá entablar la acción penal.

El art. 112 de la LECrim establece asimismo que si el alimentista ejercita solo la acción penal y nada dice acerca de la civil, esta segunda se entenderá también utilizada, salvo que haya renunciado o se haya reservado la acción expresamente, para poder ejercitarla una vez

[105] DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., op. cit., p.25.
[106] CALAZA LÓPEZ, S., ob. cit., p. 68

finalizado el proceso penal.

- Ejercicio simultáneo por petición expresa: si el perjudicado entabla tan solo la acción civil, el MF será quien llevará a cabo la reclamación penal. Por tanto, se estarían ejerciendo ambas acciones, aunque una por el alimentista, y otra por el MF.

3) El perjudicado también puede optar por reservarse la acción civil. El art. 112 de la LECrim establece la posibilidad de que la persona ofendida opte por reclamar la pretensión civil ante esta jurisdicción, una vez se produzca la conclusión del proceso penal. La renuncia, tal como indica el citado precepto, debe ser hecha de manera expresa, nunca tácita. Pues, de no indicar nada el perjudicado, se entenderá que si ejercita la acción penal, también utiliza la civil -art. 112-.

Conviene advertir de que la absolución del progenitor alimentante en sede penal no conllevará automáticamente la inexistencia de responsabilidad civil, ex. art. 116 de la LECrim. La única excepción a ello sería que en sede penal se determine por sentencia firme la inexistencia del hecho delictivo del que nacería la responsabilidad civil, en cuyo caso, evidentemente, no habría lugar a una reclamación posterior ante esta jurisdicción civil.

4) El último escenario sería aquel en el que el alimentista decide renunciar, siempre de manera expresa, a la acción civil. En este caso, se producirá cosa juzgada y, por tanto, no se podrá instar un proceso civil ulterior por esta causa de impago. Según el art. 110 de la LECrim, tal renuncia deberá hacerse de manera "clara

y terminante", por lo que el simple hecho de que el perjudicado no se muestre parte en la causa no significa que renuncie a la pretensión civil. Debe producirse una manifestación de voluntad inequívoca y expresa por su parte para entender que no desea hacer uso de su derecho de restitución, reparación o indemnización.

4.4. Órgano judicial competente

Una vez que el perjudicado por este delito decide instar un proceso penal, es necesario determinar cuál será el órgano jurisdiccional que, dentro de la jurisdicción penal, deberá conocer del asunto en primera instancia: el juzgado de instrucción, o el JVM. Llegados a este punto, conviene realizar una serie de indicaciones acerca de estos Juzgados de la mujer.

Los JVM fueron creados con la LOMPIVG[107] como unos

[107] La aparición en España de los JVM tuvo una enorme repercusión a nivel europeo. Muestra de ello es el Informe que a fecha de 31 de enero de 2014 -una vez ya creados los JVM en nuestro país- el Parlamento Europeo dirigió a la Comisión Europea, conteniendo recomendaciones para el abordaje del problema de la violencia de género. En su Recomendación nº2 establece que los Estados Miembros deben "crear o aumentar el número de juzgados específicos de violencia de género". Texto completo del Informe disponible en: INFORME con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres | A7-0075/2014 | Parlamento europeo (europa.eu) (última vez consultado el 07/08/2022) . Una manifestación más de la trascendencia que la aparición de los JVM tuvo es que España recibió en 2014, en Ginebra, una Mención de Honor del Premio de Políticas de Futuro (Future Policy Award 2014), de la mano de ONU

tribunales especializados dentro de la jurisdicción penal, que también pueden atraer hacia sí asuntos de familia propios del orden jurisdiccional civil, en tanto que se verifique que se ha producido un delito que pueda calificarse como violencia de género.

El art. 43 de la LOMPIVG y el art. 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial establecen que "en cada partido habrá uno o más Juzgados de Violencia sobre la Mujer, con sede en la capital de aquél y jurisdicción en todo su ámbito territorial". Incluso, se establece la posibilidad de que, de manera excepcional, un JVM pueda extender su jurisdicción a dos o más partidos dentro de la misma provincia.

La competencia territorial de los JVM la determina el art. 15 de la LECrim que, frente al criterio general de atribución competencial del art. 14 de la misma ley -forum comissi delicti o lugar donde se haya cometido el delito-, establece que en los asuntos que deban ser conocidos por los JVM será aquel el Tribunal "del lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del art. 13 de la presente Ley que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos". Esta forma de

---

Mujeres, World Future Council y la Unión Interparlamentaria. Este premio reconoce a las mejores leyes y políticas del mundo que persigan poner fin a la violencia contra mujeres y las niñas. En la concesión del mismo se destacó expresamente "la creación de tribunales especializados" en España. Extraído de Europapress. La Ley Integral contra la Violencia de Género, premiada por ONU Mujeres, World Future Council y Unión Interpalamentaria (europapress.es) (última vez consultado el 07/08/2022).

determinación de la competencia no persigue otra finalidad sino la mayor protección de los intereses de la víctima y la facilitación al máximo de las posibilidades de iniciar un proceso penal por situaciones de violencia de género. Pues con total seguridad la víctima se decidirá a denunciar la violencia que se ha ejercido sobre ella con más probabilidad si el juzgado que va a conocer su caso es el de su residencia habitual, que si tiene que seguir su caso ante el tribunal del lugar donde el ilícito se produjera -ya que estos no tienen por qué necesariamente ser coincidentes-.

Una vez hechas estas apreciaciones sobre los JVM, se procede a resolver el interrogante planteado al comienzo de este subepígrafe: ¿sobre qué tribunal recaerá el conocimiento de un delito de impago de pensiones? En todo caso, en el orden penal, pero, dentro de él, ¿serán los JVM o los de instrucción[108] los que conocerán del asunto?

Para dar respuesta a esta cuestión resulta imprescindible explicar, en primer lugar, cuáles son los dos criterios que deben concurrir para que los JVM sean objetivamente

[108] En este punto, es necesario recordar que el proceso penal se articula en dos fases: instrucción y enjuiciamiento. La instrucción, con carácter general, recaerá sobre el Juzgado de Instrucción, pero en el caso de los delitos del art. 87 ter de la LOPJ, será sobre los JVM. Una vez acabada esta fase, el enjuiciamiento del proceso recaerá sobre el Juzgado de lo Penal (si la pena privativa de libertad asociada al delito no supera los cinco años, ex. art. 89 bis de la LOPJ), o sobre la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial (si la pena asociada es superior a cinco años, ex. art. 82 de la LOPJ).

competentes. Pues, todo supuesto penal que no cumpla con los dos requisitos que se van a explicar a continuación, no podrá entenderse comprendido entre los asuntos de los que pueden conocer los JVM y, por tanto, corresponderá a los Juzgados de Instrucción.

- Primer requisito: por razón de la materia, los JVM podrán conocer de…

o Instrucción de los siguientes delitos (art. 87 ter 1 de la LOPJ): homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación. También, para la instrucción de delitos contra los derechos y deberes familiares.

o Enjuiciamiento de delitos leves.

o Concesión de la orden de protección.

- Segundo requisito: por razón de las personas, los JVM conocerán de la instrucción de aquellos delitos en los que la víctima sea una de las siguientes personas que enumera el mismo art. 87 ter de la LOPJ:

o Mujer que sea o haya sido esposa del autor, o esté o haya estado a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

o Descendientes propios, o de la esposa o conviviente.

o Menores o personas con la capacidad modificada

judicialmente que con él convivan o se hallen sujetos a potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.

o En todo caso, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

En suma, para que un asunto sea conocido por los JVM se requiere la concurrencia de dos factores: que se trate de uno de los delitos que se recogen en el art. 87 ter de la LOPJ, y que sea cometido sobre una de las personas que se enumeran en ese mismo artículo.

Entonces, por lo expuesto hasta este momento, se podría pensar que los JVM son competentes para conocer del delito de impago de pensiones, al tratarse de "un delito contra los derechos y deberes familiares" y también ser cometido contra "la esposa y/o los descendientes".

Y ello sería así de no ser por la matización efectuada por la FGE en su Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de acción especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. En ella, la FGE establece que cuando el sujeto pasivo del delito de impago sean los hijos menores o incapaces, será competente el JVM solo cuando también se haya producido un acto de violencia de género, dado que estos tienen la condición de víctimas (a los efectos procesales a que se refiere el art. 87 ter de la LOPJ), solo cuando concurren los presupuestos de la letra a), esto es, de conformidad con la interpretación ya consolidada de la Circular FGE 4/2005: "cuando también se haya producido un acto de violencia de género".

Tampoco será competente el JVM cuando el sujeto pasivo es quien sea o haya sido cónyuge o pareja del obligado al pago (supuesto del impago de las pensiones compensatorias o alimenticias establecidas a favor de esta), a no ser que haya sido víctima de un acto de violencia de género a manos del alimentante, pues sólo así adquiere la condición de víctima que exige el precepto para que se produzca la atracción competencial.

Y ello lo justifica la FGE diciendo que "haciendo una interpretación sistemática en relación con el art. 1.3 de la LO 1/04, (…) la violencia de género a que se refiere la presente ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones contra la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad". Y por tanto, se considera que "no es el incumplimiento de los deberes y derechos familiares un acto de violencia física o psicológica en sí mismo considerado". Por ello mismo, hay que entender que el legislador de la LO 1/2004 quiso limitar la atracción competencial a aquellos supuestos en los que además se haya cometido un acto de violencia de los referidos y concretados en la letra a) del párrafo 1 del art. 87 ter de la LOPJ[109].

Esto es, que como en el delito de impago de pensiones no hay una actitud de violencia activa -ya que, como ya se ha dicho, se trata de un delito de omisión o inacción ante un deber de cumplir, no puede entenderse que

[109] FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, pp. 8- 10.

entre bajo la definición de "acto de violencia de género" que se contiene en el art. 1.3. de la LOMPIVG. Y, por tanto, al no tenerse como delito de violencia de género, no puede ser conocido por los JVM, salvo que acaezca también un acto de violencia que abra la posibilidad de dirigirse a estos órganos especializados del orden penal.

Por tanto, y como conclusión, como regla general no serán competentes los JVM, sino los Juzgados de Instrucción para la investigación y, en su caso fallo, de los procedimientos incoados por delitos contra los derechos y deberes familiares. Sí lo serán, en cambio, si además del delito, concurre un acto de violencia de género, en cuyo caso, los JVM tendrán vis atractiva para conocer del asunto[110].

5. RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL Y LEGAL. LA SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 2021 DEL JUZGADO DE LO PENAL NÚM. 2 DE MATARÓ E INICIATIVA LEGISLATIVA JUDICIAL PARA LA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL

Como ya se indicó en la introducción de este Trabajo, una de las razones esenciales que fundamentaban la

[110] Esta interpretación de la FGE ha sido acogida por los Tribunales, y es la que se sigue actualmente. En este sentido, se pronuncian también los Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid de en Acuerdo de fecha 15/12/2005. También es exponente de esta interpretación la actualización de criterios orientativos adoptados por la Sección 1a de la Audiencia Provincial de Alicante el 29/03/2011.

elección de este tema es que es de rabiosa actualidad.

Y es que la violencia económica, si bien no es una forma tan visible de dominación, sí que forma parte de la tipología de la violencia que se ejerce sobre las mujeres, que no ha recibido la atención suficiente en nuestra legislación, y que se erige cada vez más en una realidad irresistible.

Muestra de la actualidad de este asunto es que a fecha de 22 de julio de 2021, el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Mataró emitía una sentencia en la que, además de condenar al acusado como reo de un delito de abandono de familia en la modalidad de impago de pensiones (art. 227.1 del CP), se eleva una exposición razonada al Gobierno de España. En dicha exposición, la Ilma. Sra. Jueza Doña AVILÉS PALACIOS pone de manifiesto, de una manera extraordinariamente didáctica, clara y contundente, la urgente necesidad de tipificar la violencia económica como categoría delictual, estableciendo cláusulas de responsabilidad civil que permitan la reparación integral del daño causado a las víctimas, junto con la condena penal para el autor.

Los hechos probados en la sentencia son los siguientes: el acusado, D. Fulgencio, se divorció de su pareja, Dña. Regina, en el año 2012, siendo ello reconocido en virtud de resolución judicial, donde se establecía la obligación de abonar mensualmente una cantidad de 125 euros en favor de la hija menor de ambos -tal sentencia había sido dictada en aprobación del convenio regulador del matrimonio, redactado de mutuo acuerdo, y ratificado judicialmente por ambas partes-. Con pleno conocimiento de esta obligación, el acusado no pagó el

periodo comprendido desde septiembre de 2014 hasta julio de 2019, ambos inclusive. Tan solo, hizo un pago aislado en el mes de abril de 2015. Durante todo ese tiempo, la madre de la menor asumió su cuidado y sostén económico -en ocasiones, con verdaderas dificultades-, y por esa razón reclama al acusado las pensiones alimenticias no satisfechas.

Es imprescindible anotar que el divorcio se había producido tras la condena hasta en dos ocasiones distintas de D. Fulgencio por sendas sentencias penales firmes, como autor de dos delitos de violencia sobre la mujer, concretamente por el delito de amenazas del art. 171.4 y 171.5 del CP. Las sentencias condenatorias databan de los años 2013 y 2018. Por lo que este divorcio, con la pensión alimenticia que se impone a favor de la hija, es fruto de un largo periodo en el que Dña. Regina estuvo sometida a violencia de género. También existían dos denuncias por maltrato habitual, del año 2013 -que fue archivada-, y del año 2019 -que determinó el dictado de una sentencia absolutoria-.

En el presente caso, la Jueza estima la pretensión de la acusación tras la constatación de la concurrencia de todos los elementos del tipo del delito de impago de pensiones del art. 227.1 del CP, a saber:

Por un lado, se exige la existencia de una resolución judicial firme o convenio aprobado por la autoridad judicial, que establezca cualquier tipo de prestación económica a favor de un cónyuge o de los hijos del matrimonio. Se trata de un elemento objetivo del tipo.

En segundo lugar, es necesaria la realización de una

conducta omisiva por parte del obligado al pago, consistente en el impago reiterado de la prestación económica fijada durante los plazos establecidos en el precepto penal, fijado en dos mensualidades consecutivas o cuatro no consecutivas. De nuevo, estamos ante un elemento objetivo.

Finalmente, debe poder apreciarse también una conducta dolosa. Por tanto, se exige para poder entender que concurre la suma de dos elementos: el cognoscitivo - conocimiento de la resolución judicial que impone la pensión- y el volitivo -voluntad de incumplir la obligación de prestación-. En este requisito se integra también la posibilidad del sujeto de atender la obligación impuesta, toda vez que cuando el agente se encuentra en una situación de imposibilidad constatada de satisfacer la prestación, ello excluye la voluntariedad de la conducta típica, y por tanto, se entiende que no hay culpabilidad ni antijuricidad en la conducta, ya que se da una suerte de situación de estado de necesidad o de una causa de inexigibilidad de otra conducta distinta.

Dicho todo esto, la Jueza estima que, tras la realización de la valoración de la prueba testifical y de la documental, no se puede excusar al acusado de su obligación de pago, al no estar incurso en ninguna situación de necesidad que pudiera comprometer a su propia subsistencia si efectuara el pago mensual. Dicho de otro modo, que sí podría pagar, porque su situación económica lo permite, pero no quiere.

Y esa dejadez voluntaria en la obligación de pago, adicionada al contexto mayor de violencia de género en el que está inserta, es determinante de que se considere

de que el impago de la pensión no es sino otra forma más a través de la cual D. Fulgencio deja patente su posición de dominación y control sobre la vida de su pareja, desatendiendo las obligaciones que tiene con su hija como una manera más de continuar haciendo daño a Dña. Regina. Exponente de esta idea son las palabras de AVILÉS PALACIOS en la sentencia, cuando afirma que "la declaración la prestó la Sra. Regina con una actitud vigilante y atemorizada apreciable a simple vista por el lenguaje gestual que mantuvo durante toda la declaración; temor que solo resulta explicable si somos capaces de empatizar con la experiencia vivida -aunque borrada en el proceso de familia- de violencia de género que además resulta probada según se ha expuesto. Este contexto es importante para poder entender que en este caso desde un plano teórico y de justicia material, no podemos hablar de un "simple" impago de pensiones, sino de una situación de violencia económica como manifestación y/o continuación de la violencia de género sufrida"[111].

Pero sin duda, lo más destacable de esta sentencia es que pone sobre la mesa por primera vez la necesidad de dotar de reconocimiento penal a una realidad tan palpable como lo es la violencia económica de género.

En el Fundamento de Derecho Décimo, la Jueza lleva a cabo una excelente y concienzuda argumentación de por qué el delito de impago de pensiones debe ser considerado una manifestación de la violencia sobre las mujeres, elevando al Gobierno una propuesta para

[111] Vid. Sentencia de 22 de julio de 2021 del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Mataró, Fundamento de Derecho Cuarto.

modificar el CP en materia de violencia económica.

De manera sucinta, AVILÉS PALACIOS comienza exponiendo que el art. 4. del CP, en su apartado 2, establece que en el caso de que un Juez tenga conocimiento de alguna acción u omisión que no esté tipificada pero considere digna de represión, se abstendrá de incoar un procedimiento sobre ella, exponiendo al Gobierno las razones que encuentra para su sanción.

Relacionándolo con el objeto de enjuiciamiento, la Jueza observa que, como en otros muchos casos, el delito de impago de pensiones establecidas en sentencia viene acompañado de otras formas de violencia, y que no solo puede manifestarse como "el impago reiterado de pensiones" sino también a "la conducta que tiende a obstaculizar la disposición de los recursos propios o compartidos en el núcleo familiar o de pareja"[112]. Conductas que son cada vez más frecuentes y que lesionan enormemente el bienestar y los derechos fundamentales de las mujeres víctimas, por lo que considera merecedoras de una contundente respuesta penal.

Tras afirmar que la violencia de género "ya no es un delito invisible, sino que produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social", AVILÉS PALACIOS destaca que esta forma de dominación atenta contra los derechos humanos, y contra los arts. 14 y 15 de nuestra Constitución -derecho a la igualdad y a la vida e integridad física, respectivamente-. Y que, por todo ello,

[112] Ibídem.

es necesario "poner en valor una necesaria perspectiva de género"[113].

Y actuar con perspectiva de género se consigue tan solo "contemplando la violencia en todas sus manifestaciones". Por ello mismo, la Jueza pone el foco de atención en la necesidad de que el Gobierno de España modifique el CP, para incluir en él "un precepto específico que contemple la violencia económica como modalidad de violencia de género en coherencia con el Pacto de Estado contra la Violencia de Género de 2017 (…), con el artículo 14 de la Constitución relativo a la igualdad entre mujeres y hombres (…), y con los estándares internacionales de debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar los delitos calificados como de violencia sobre la mujer"[114].

Hasta dieciséis razones diferentes se esgrimen en este Fundamento de Derecho Décimo para resaltar la necesidad de reconocer este delito como constitutivo de violencia de género. A fin de no hacer excesivamente largo este apartado, se consignan en el Anexo 1.

Esta exposición de motivos razonada que AVILÉS PALACIOS consigna en la Sentencia que se viene analizando fue determinante para la elaboración, a principios de octubre de 2021, de una iniciativa legislativa judicial, una institución que tiene por objeto que un Juez pueda iniciar el procedimiento de trámite de una ley, de forma válida, que puede llegar a culminar en la aprobación, modificación o derogación de una

[113] Ibídem.
[114] Ibídem.

normativa[115].

Esta iniciativa tiene un valor incalculable para el movimiento feminista en general, para las víctimas en particular, para romper techos de cristal, y hasta incluso para escribir la historia de nuestro país, al tratarse de una iniciativa pionera. Como explica orgullosa la propia Jueza, "es la segunda vez que se plantea en España una iniciativa legislativa judicial, y tiene un valor histórico importante porque no solo es la primera vez que se plantea en relación con la violencia sobre las mujeres sino que, y creo que esto tiene una carga simbólica importante, es la primera vez que se plantea por parte de una juez, y de una juez de base. Y lo digo porque dentro de la carrera judicial, como en el resto de profesiones, hay un techo de cristal para las mujeres. También las juezas tenemos una voz jurídica para activar la palanca de cambio social, y esto es lo que he querido hacer en la exposición, levantar la voz en nombre de muchas mujeres que necesitan el derecho como un

[115] Esta clase de iniciativa legislativa es muy peculiar: mientras que el resto de iniciativas legislativas -del Gobierno, del Congreso, del Senado y popular- se reconocen en el art. 87 de la CE, la judicial se reconoce en el art. 4.2 del CP, que literalmente establece lo siguiente: "2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal".

instrumento de emancipación”[116]. Un instrumento que ha conseguido activar, que cuenta con tan solo un precedente, y que es el primero formulado por parte de una mujer. AVILÉS PALACIOS ha demostrado que las mujeres pueden romper barreras, planteando una iniciativa que no solo es tan poco usual en nuestro país, sino que jamás había sido activada en cuestiones de género y, menos aún, por parte de una mujer.

La iniciativa recibió respuesta tanto del Ministerio de Justicia[117] como desde la Presidencia del Gobierno[118] unos meses más tarde, en febrero de este año, 2022.

Actualmente, la propuesta está siendo estudiada, por lo que habrá que esperar hasta que el Gobierno de la Nación se pronuncie acerca de esta modificación del CP. Aunque lo cierto es que hay razones para ser optimistas, puesto que en la contestación del Ministerio de Justicia, se reconoce que la LOMPIVG debe modernizarse, adaptarse a las necesidades sociales, y procurar una protección más eficaz frente a estos abusos económicos, cuyo objetivo último no es otro sino cronificar unas relaciones desiguales de poder en base a las cuales el mundo se ha erigido. Todo ello, a fin de hacer consonante nuestra LOMPIVG con el Convenio de Estambul y con el Pacto de Estado contra la violencia de

[116] Extraído de ARA. Lucía Avilés: "Si el Estado no regula la violencia económica, se consolida como cómplice de los agresores" (ara.cat) (última vez consultado el 03/09/2022).
[117] Vid. Anexo 2. Texto íntegro de la respuesta del Ministerio de Justicia.
[118] Vid. Anexo 2. Texto íntegro de la respuesta de la Presidencia del Gobierno.

género de 2017, donde se menciona expresamente la violencia económica como una manifestación más de la violencia de género.

6. CONCLUSIONES

I. Como ha quedado puesto de manifiesto a lo largo de este Trabajo, la violencia de género es un problema que hunde sus raíces en los mismos albores de la humanidad. El mundo ha pasado por diferentes épocas históricas, ha evolucionado en la conquista de derechos, pero pese a que se hayan hecho muchos avances -protagonizados por la infatigable lucha feminista-, el binomio dominación-subordinación todavía no se ha destruido.

II. Gracias al feminismo, la población mundial ha adquirido una sensibilización y una concienciación hacia un problema que la mitad de la población mundial sufre. Y fruto de las reivindicaciones llevadas a cabo, han surgido normativas internacionales esenciales para la protección de las mujeres, como el Convenio de Estambul de 2011, del que nuestro país es parte. Merece la pena destacar de él que reconozca de manera expresa que la violencia no es algo que solo afecte a las mujeres, sino que los varones también pueden -y de hecho, son, en ocasiones- objeto de la misma. Es todo un acierto y una muestra de buen juicio y percepción de la realidad que se afirme que "la violencia doméstica afecta a las mujeres de manera desproporcionada, y los hombres pueden ser también víctimas de violencia doméstica". Pero no por hacer esta concesión deja de reconocer que la violencia doméstica afecta mucho más a mujeres que hombres, y que la violencia de género es una realidad,

separando en todo momento la violencia doméstica o intrafamiliar de la violencia de género, como una violencia autónoma y particular.

Y, como ya se ha expuesto, es en todo punto criticable que haya ciertos sectores políticos empeñados en confundir una con otra, dejando de reconocer esa parte de la realidad que existe y se cobra víctimas cada día. La violencia doméstica existe, por supuesto, pero tratar de desdibujarla para que aglutine bajo ella también a un fenómeno de características tan especiales como la violencia de género, es un paso atrás en la lucha por los derechos. Una involución a otras épocas que no nos podemos permitir. Un desprestigio a años y años de lucha, activismo y reivindicaciones.

III. Si en la conclusión anterior se alababa la distinción legal que a nivel internacional se ha efectuado sobre de la violencia de género y la violencia doméstica, en este punto se critica que la normativa española no haya sabido ser acorde a ella. Así, mientras que los instrumentos jurídicos multilaterales han entendido la violencia de género como un problema público que no ocurre solo en el seno de la pareja, la normativa de nuestro país, si bien muy completa, ha errado en algo esencial: tan solo tener por casos de violencia de género los que tienen lugar de un hombre hacia una mujer, siendo que entre ellos media -o medió en algún momento- una relación de afectividad. Así, la LOMPIVG ha vuelto a privatizar el problema, limitando el alcance de las medidas tuitivas tan solo a las mujeres que son víctimas por parte de sus parejas, pero no por parte de otros varones. Si la intención del legislador es erradicar

esta violencia, es muy cuestionable esta divergencia que ha generado entre la normativa internacional y la española en cuanto a la definición de violencia de género. E incluso, el ámbito subjetivo establecido por el art. 1 de la LOMPIVG desdice también a su propia Exposición de Motivos, donde se establece que "la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión". En el mismo cuerpo legal, son manifiestas las contradicciones, algo a lo que debería ofrecerse una pronta y urgente solución.

IV. Muestra de la desigualdad de géneros con las que hemos construido el mundo son las múltiples caras que puede adoptar la violencia de género. Desde las formas más evidentes -la física, la sexual, la ambiental- hasta las más sutiles -la psicológica, la social o la económica, tema nuclear de este Trabajo-, todas tienen un común denominador: lograr que la mujer no salga del rol que algunos esperan de ella: complaciente, sentimental, delicada, recatada, dedicada a los cuidados.

En este contexto, resulta imprescindible sensibilizar acerca de esta realidad, tan desconocida para muchos, o de la que se tiene la creencia de que son tan solo delirios de las personas feministas, que siguen empeñadas en lograr una igualdad que, dicen, ya se alcanzó hace mucho tiempo. Aquellos que afirman esta idea olvidan que es diferente la igualdad formal que la material: que

de poco sirve que en las leyes se hayan removido todas las discriminaciones y desigualdades manifiestas, si en el plano material siguen sucediéndose las muestras de un machismo que todavía sigue resistiendo. Que en nada ayuda centrar los esfuerzos única y exclusivamente en combatir la violencia machista -v.g., a través del aumento de la penalidad de los delitos de violencia de género, o de la creación de ayudas para las víctimas-, si no se apuesta por una educación integral en valores, por campañas de sensibilización, por incluir la perspectiva de género desde los hogares, desde las escuelas, desde las instituciones. Por supuesto que son fundamentales las matemáticas, los idiomas o la informática en los programas de enseñanza para nuestros jóvenes, pero no son los únicos contenidos que deberían incluirse.

La llave del cambio para la violencia sobre las mujeres reside sin duda en una educación transversal en colegios e institutos, desde tempranas edades, donde se aborde la perspectiva de género, la adquisición de conductas cívicas básicas, o la correcta gestión de los conflictos. Ahora bien, hay quienes se escandalizan ante esta posibilidad, pensando que por tener acceso a una educación integral en valores, se "pervertirá" a nuestros varones, les conduciremos a ser "menos hombres", o se les "adoctrinará". ¿No será que el verdadero miedo de aquellos que se oponen a que el feminismo, las nuevas masculinidades, la gestión emocional o la sexualidad entren como contenidos a ver durante los cursos escolares, no es otro sino que el hombre pierda su papel de dominación? Merece la pena detenerse a reflexionar.

V. Relacionado con lo anterior, si lo deseable es

educar con perspectiva de género, esta debe abordarse en su integridad, con sus diferentes manifestaciones. Siendo que una de ellas es la violencia económica, nada fácil de detectar en ocasiones y que, hasta el momento, no cuenta con un reconocimiento específico en nuestra LOMPIVG, que si bien es una normativa transversal, no es todo lo correcta y completa que podría serlo. Una de las formas bajo la que esta violencia puede representarse es el impago de pensiones.

VI. En este delito de impago de pensiones hay muchos elementos que la ley no ha llegado a configurar plenamente, quedando así vacíos, inconcreciones y lagunas que la jurisprudencia se ha encargado de colmatar. Así por ejemplo, es un acierto que la STS núm. 557/2020, de 29 de octubre, haya considerado por "persona agraviada" por el impago de la pensión tanto a los hijos menores -beneficiarios directos-, como al cónyuge, ostentando en ambos casos legitimación activa para interponer denuncia, ex. art. 227 y 228 del CP. Ampliando así el ámbito subjetivo del delito, se dota de una mayor tutela y protección no solo a los menores -algo coherente con la vigencia del principio favor filii-, sino también a la mujer víctima de esta violencia. Podríamos hablar de que este delito genera una doble victimización: sobre los hijos, como necesitados de unos alimentos que no reciben, pero también sobre la mujer, ya que todo lo que no satisfaga el padre, tendrá que hacerlo ella, limitando así sus recursos, su autonomía y su desarrollo personal, y mermando mucho su propio nivel de vida. Lo que, a la postre, se puede traducir en un sentimiento de ser "mala madre", por no poder ofrecer un mejor estándar de vida a sus hijos y, por tanto, tener devastadoras consecuencias para su salud

mental. Y, por supuesto, en que tenga mucho más difícil escapar de los abusos al que está sometida, al depender su supervivencia y la de sus hijos del varón que la maltrata.

VII. Otro aspecto de este delito que la ley no configura de manera expresa, como se ha visto, es el cómputo del número de incumplimientos de la obligación de pago. La Consulta 1/2007, de 22 de febrero, de la Fiscalía General del Estado, resolvía que el periodo de impago será el comprendido entre la fecha del primero y la de la fase del juicio oral, y no el momento de interposición de la denuncia. El beneficio de establecer el juicio oral como momento de cese del cómputo es doble: por un lado, se protege de mejor manera a los miembros vulnerables de la familia que se quedan sin la pensión, al no obligarles a tener que ir formulando sucesivas denuncias para ir ampliando los impagos. Y, por otra parte, se logra agilizar y simplificar la justicia, repercutiendo directamente en una mayor economía procesal, y una reducción de la carga de los Tribunales -ya de por sí saturados-, al no tener que ir ampliando el objeto del proceso sucesivas veces.

VIII. El incumplimiento en la obligación de pago de la pensión de alimentos es algo completamente execrable y deleznable: que el alimentante, no cejando en su empeño de hacer daño a la que un día fuera su pareja, decida no hacer caso a una persona con tanta autoridad como un juez, movido por sentimientos de superioridad y de inmunidad absoluta. Consintiendo que los menores puedan llegar a sufrir una necesidad económica y que la mujer, la que se supone que un día amó, pueda ver

comprometido su sostén. Es una forma de violencia de una bajeza moral indescriptible.

IX. El Gobierno debería actuar con presteza y acometer la necesaria reforma planteada en la iniciativa legislativa judicial, a fin de prestar a este problema una mayor protección y una contundente respuesta, máxime teniendo en cuenta que ya no solo se atenta contra los derechos de la mujer, sino también a los de la infancia y la adolescencia, algo que es intolerable en un ordenamiento jurídico como el español, donde uno de los valores fundamentales es el interés superior del menor.

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Obras doctrinales

ABAD GONZÁLEZ, "Una visión antropológica de la perspectiva de género: marco conceptual y metodológico", Máster en Prevención y Tratamiento de la Violencia de Género, X ed., Cuenca.

BALLESTER LAGUNA, F.: "Concurrencia de beneficiarios de la pensión de viudedad cuando se extingue el derecho de alguno de ellos", Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 196, Aranzadi, 2017.

CALAZA LÓPEZ, S., "Las partes en el proceso penal (I). Partes acusadoras", en ASENCIO MELLADO, J.M. (dir.) y FUENTES SORIANO, O., (coord.),

Derecho Procesal Penal, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2019.

DE LA CRUZ SERRANO, M.: "Psicosociología de la

violencia contra la mujer: Psicología de la víctima", Máster en Prevención y Tratamiento de la Violencia de Género, X ed., Cuenca.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: Sistema de Derecho Civil, 8.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: "El impago de pensiones: un tipo de violencia económica", Máster en Prevención y Tratamiento de la Violencia de Género, X ed., Cuenca.

ESPEJO MEGÍAS, P., "Violencia y discriminación en el trabajo: acoso sexual y acoso por razón de género", en MELLA MÉNDEZ, L. (dir.), Violencia, riesgos psicosociales y salud en el trabajo. Estudio desde el Derecho Internacional y Comparado, Ed. Labour Studies, Milán, 2014.

GARZÓN GARZÓN, R.D., "Modelo de la escalada de la violencia en contexto conyugal. Aporte desde el trabajo social forense", en "Violencia Conyugal en Cali en el año 2001", Cali, 2001.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: "La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes", Biblioteca Jurídica BOE.

MOLINERO FERRER, J.: "Violencia de género y cobertura de la Seguridad Social",

Máster en Prevención y Tratamiento de la Violencia de Género, X ed., Cuenca.

PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA, F.J.: "Pensión de

alimentos en favor de los hijos", AEFA, 2016.

PUIG BRUTAU, J.: Fundamentos de Derecho Civil, 2.ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1985. RIZO GÓMEZ, B.: "La iniciación del proceso penal", en ASENCIO MELLADO, J.M. (dir.) y FUENTES SORIANO, O., (coord.), Derecho Procesal Penal, 3ª ed., Ed.Tirant lo Blanch, 2019.

ROCA i TRÍAS, E.: "Las relaciones familiares básicas: los alimentos", en LÓPEZ, A. MONTÉS, V. L. y ROCA. E. (coords.), Derecho de familia, 3.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

RODRÍGUEZ LUNA, R.: "Culpa, miedo y vergüenza: las emociones de la violencia (el caso de violencia contra la pareja y/o ex –pareja", Revista Derechos y Libertades, nº. 33, 2015.

WACH, A.: "Conferencias sobre la ordenanza procesal civil", Ed. Ejea, 1958.

7.2. Webgrafía

HOYA COROMINA, J. y ANAUT ARREDONDO, S.: "La pensión compensatoria", en Boletín núm. 1873.

IBÁÑEZ DÍEZ, P. y RAMOS ANTUÑANO, T.: "Ley de violencia de género, pionera internacional en la lucha contra la violencia machista", en Ley de Violencia de Género: luces y sombras de esta normativa pionera - Grupo Cooperativo Tangente.

SÚAREZ GONZÁLEZ, C.J.: "La reforma del Código Penal", en Diario El Mundo, 12 de marzo de 2020.

Gabilex
Nº 36
Diciembre 2023
http://gabilex.castillalamancha.es

EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL Y LA DISPONIBILIDAD EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO PÚBLICO[1]

Dr. Francisco Puerta Seguido[2]

Dr. Jesús Punzón Moraleda[3]

---

[1] Este estudio se desarrolla en el marco de los proyectos de investigación en los que, actualmente, participan su autores, en particular, los proyectos nacionales "La protección jurídica y oportunidades de los colectivos vulnerables ante la digitalización y la inteligencia artificial", financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011 033/ y por FEDER "Una manera de hacer Europa", cód. PID2021-124967OB-100; y el proyecto denominado "Desafíos estratégicos de la contratación pública en la era de la 4ª revolución industrial: sostenibilidad, gobernanza e inteligencia artificial", PID2020-117707RB-I00.

[2] Universidad de Castilla-La Mancha, profesor Titular de Derecho Administrativo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Presidente del Jurado Regional de Valoraciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

[3] Universidad de Castilla-La Mancha, profesor Contratado doctor de Derecho Administrativo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Presidente del Comité de

Resumen: El presente estudio explora la regulación del derecho a la desconexión como derecho de los empleados públicos. Se examina la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Directiva 2003/88/CE, sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, así como la jurisprudencia del TJUE y española relativa a la ordenación del tiempo de trabajo, en particular, con respecto a las guardias de atención continuada. También se analiza la dimensión constitucional del derecho a la desconexión digital y su reconocimiento en el derecho interno. Se puede destacar de la investigación realizada que el derecho a la desconexión digital no es un derecho absoluto considerándose lo que constituye el tiempo de trabajo, examinando, de forma específica, el marco legal que regula "las guardias de presencia física o disponibilidad no presencial". Finalmente, en el artículo se analiza la compensación de las guardias a través del complemento de productividad.

Abstract: This paper explores the regulation of the right to disconnection as a right of public employees. The Charter of Fundamental Rights of the European Union and Directive 2003/88/EC are examined, concerning certain aspects of the organization of working time, as well as the jurisprudence of the CJEU and Spanish relative to the organization of working time, in particular, about to the guards of continuous attention. The constitutional dimension of the right to digital disconnection and its recognition in domestic law are analyzed too. It can be highlighted from the research carried out that the right to digital disconnection is not

Disciplina de Disciplina Deportiva de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

an absolute right, considering what constitutes working time, examining, specifically, the legal framework that regulates "physical presence or remote availability guards". Finally, the article analyzes the compensation of guards through the productivity complement.

Palabras clave: derecho a la desconexión (desconexión digital), Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales, Directiva 2003/88/CE, régimen de disponibilidad, empleados públicos, complemento de productividad

Keywords: right to disconnect (digital disconnection), European Union, Charter of Fundamental Rights, Directive 2003/88/EC, availability regime, public employees, productivity plugin

Sumario.- I. INTRODUCCIÓN. II. LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA. 1. La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. 2. La Directiva 2003/88/CE, de 4 noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y la Jurisprudencia del TJUE en relación con la ordenación del tiempo de trabajo: el régimen de guardias de disponibilidad. 2.1 Jurisprudencia del TJUE en relación con la ordenación del tiempo de trabajo: régimen de guardias con presencia física y de disponibilidad no presencial. III. LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL. SU RECONOCIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO. IV. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL NO ES UN DERECHO ABSOLUTO. 1. ¿Qué se considera tiempo de trabajo? El

régimen jurídico de las denominadas "guardias de presencia o de disponibilidad no presencial" de los empleados públicos. 2. La retribución de las guardias de presencia o de disponibilidad no presencial mediante el complemento de productividad. V. CONCLUSIONES. VI. Bibliografía.

I. INTROUCCIÓN

Parece evidente que hoy padecemos una verdadera hipertrofia de uso de los dispositivos tecnológicos que terminan provocando una casi permanente comunicación electrónica mediante internet, de manera que, ya no solo por los ordenadores, sino también y, más intensamente, a través de los teléfonos móviles, las empresas, las Administraciones públicas y otros entornos de relación social terminan invadiendo los periodos de descanso laboral y afectando a derechos fundamentales de los trabajadores que demandan medidas de protección que frenen la voracidad de estas comunicaciones invasivas, sean voluntarias o impuestas.

A pesar de que todos somos conscientes de las afecciones que la conectividad digital genera en el ejercicio de estos derechos fundamentales de las personas, la habitualidad con que utilizamos los dispositivos y la facilidad de acceso y de ejecución de las comunicaciones digitales han normalizado estas prácticas invasivas de nuestra intimidad, mermando nuestra calidad de vida sin que seamos capaces de articular medidas eficaces que eviten o, al menos, mitiguen los efectos perniciosos de esa aparente normalidad. Esta situación se presenta agravada en determinados colectivos, en el seno de las relaciones

laborales privadas o en el marco del empleo público, que desarrollan trabajos por cuenta ajena y prestan servicios públicos que demandan una disposición laboral permanente, continuada, con exigencias de disponibilidad, por la función que cumplen en el desenvolvimiento de nuestra sociedad, que van mucho más allá de las jornadas laborales ordinarias y en detrimento, como se ha dicho, de los derechos fundamentales afectados por ese nivel de disposición.

El objeto de este trabajo se centra en el estudio de la normativa y de la jurisprudencia, a todos los niveles, generada con la finalidad de ordenar ese tiempo de trabajo extraordinario, de disponibilidad más allá de la jornada ordinaria que, sobre la base de la conectividad digital, de la disponibilidad de los empleados y, en definitiva, de los trabajadores, en sentido amplio, afecta los más elementales derechos de las personas.

II. LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. 1. La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea

Es necesario advertir que en el contexto de la Unión Europea (en adelante, UE) existen dos fuentes esenciales de derechos fundamentales. En primer lugar, los principios generales del Derecho, desarrollados a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE y que, en esencia, reflejan los valores y principios comunes que sustentan el ordenamiento jurídico de la UE; y, en segundo lugar, la Carta de los Derechos

Fundamentales de la Unión Europea, que, si bien fue adoptada en el año 2000, pasó a ser jurídicamente vinculante con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

De acuerdo con el carácter general del Título VII - Disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta-, y el específico del artículo 51.1, la normativa que de ella se deriva está no sólo dirigida a las instituciones, órganos y organismos de la UE, sino también a los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la UE, es decir, el ejercicio de los derechos y principios reconocidos en la Carta deben de ser respetados sin limitación alguna, salvo las que se puedan identificar en la propia Carta, y con la única excepción de que dicho límite provenga de la aplicación de un objetivo de interés general reconocido por la UE o la necesidad de protección de los derechos y libertades.

Se desprende, por tanto, que bien en aplicación del derecho de la UE a través de las Directivas y su correspondiente transposición, bien a través de la aplicación de los Reglamentos en los distintos Estados miembros de la UE o, por último, bien a través de las Decisiones (art. 288 TFUE, DOUE C 202, 7.6.2016 v. consolidada), el contenido de los preceptos de la Carta es de aplicación. En otras palabras, según jurisprudencia constante del TJUE, cuando los Estados miembros actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE, están obligados a respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión y los principios generales del Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, la sentencias de 10 de julio de 2014, Julián Hernández y otros, C-198/13, EU:C:2014:2055, apartado 33 y de 9 de marzo de 2017, Petya Milkova v. Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i

sledprivatizatsionen kontrol, C-406/15, ECLI:EU:C:2017:198, apartado 51).

La primera observación importante que podemos realizar es que, tanto los preceptos de la Carta, así como los principios generales del derecho contenidos en esta, pueden ser invocados por los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales y, en su caso, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

También es importante señalar que la Carta, aunque no forma parte del Tratado de Lisboa, ostenta el mismo rango que el resto de los Tratados que componen el derecho primario de la UE. En este sentido hemos de indicar que el art. 6 del TUE (DOUE C 202, 7.6.2016 v. consolidada) reconoce a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea el mismo valor jurídico que los Tratados.

En esta misma línea discursiva, también es importante señalar que los derechos fundamentales de la Carta, per se, están incluidos, de forma directa o indirecta, en la legislación derivada de la UE, lo que viene a demostrar el compromiso de la UE en la protección y promoción de los derechos fundamentales en todos los ámbitos del derecho de la UE.

Una segunda consideración, relacionada con la jurisprudencia del TJUE, es que cuando, a tenor de lo previsto en la normativa de la UE, los Estados miembros pueden elegir entre varias formas de aplicación, deben ejercer su facultad discrecional observando los principios generales del Derecho de la UE, entre los que figura el principio de igualdad de trato (véanse, en este sentido,

las sentencias de 20 de junio de 2002, Mulligan y otros, C-313/99, EU:C:2002:386, apartado 46, y de 16 de julio de 2009, Horvath, C-428/07, EU:C:2009:458, apartado 56, así como el auto de 16 de enero de 2014, Dél-Zempléni Nektár Leader Nonprofit, C-24/13, EU:C:2014:40, apartado 17).

En el sentido indicado, y de acuerdo con el contenido del apartado 54 de la anteriormente citada sentencia del TJUE de 9 de marzo de 2017, C-406/15, ECLI:EU:C:2017:198, se deduce que, si la normativa nacional aplicable en el litigio principal guarda relación con la aplicación del Derecho de la UE, implica que resultan aplicables los principios generales del Derecho de la Unión y la Carta (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de julio de 2014, Julián Hernández y otros, C-198/13, EU:C:2014:2055, apartado 33).

Realizadas las consideraciones generales que sobre la Jurisprudencia y la normativa de la Unión Europea resultan procedentes para contextualizar nuestro estudio, conviene ahora dejar constancia de las previsiones explícitas que el acervo normativo establece en relación con el objeto de nuestro trabajo. Procede, por tanto, hacerse la siguiente pregunta ¿qué indica la Carta sobre la desconexión digital? La Carta no utiliza directamente el término indicado, pero hemos de entender que el artículo 31.2 de la misma -Condiciones de trabajo justas y equitativas- contiene una protección implícita en su contenido: "Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas".

La limitación máxima de la jornada de trabajo y el derecho correspondiente al descanso forman parte,

intrínsecamente, del derecho de la desconexión digital, aunque bien es cierto que el TJUE aún no ha utilizado dicha terminología. Sin embargo, sí podemos afirmar que el TJUE ha sido inequívoco en su postura con respecto a la protección del derecho al descanso y la limitación de la jornada laboral. Así, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de noviembre de 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV / Tetsuji Shimizu, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874, apartado 80, estableció que "En el supuesto de que sea imposible interpretar la normativa nacional controvertida en el litigio principal en un sentido conforme con el artículo 31, apartado 2, de la Carta, el órgano jurisdiccional remitente deberá, en una situación como la del litigio principal, asegurar, en el marco de sus competencias, la protección jurídica que resulta de dicha disposición y garantizar su pleno efecto dejando inaplicada, en su caso, la normativa nacional en cuestión".

Tal es el impacto de los derechos fundamentales recogidos en la Carta que el TJUE ha declarado incluso su eficacia horizontal, tal y como se argumentó en la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de abril de 2018, Vera Egenberger / Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V., C-414/16, EU:C:2018:257, apartado 77, al afirmar: "Atendiendo al efecto imperativo que produce, el artículo 21 de la Carta no se distingue, en principio, de las diferentes disposiciones de los Tratados fundacionales que prohíben la discriminación por diversos motivos, aun cuando esos distintos tipos de discriminación se deriven de contratos celebrados entre particulares".

El derecho a la desconexión y el concepto de remuneración del trabajo, nos sitúan en una nueva tesitura y, reflexionando sobre el tema, hemos de concluir que no todo el tiempo de trabajo tiene la misma naturaleza y régimen jurídico, ni tampoco la retribución es equiparable, de manera que difiere dependiendo de la consideración de los tiempos y su clasificación en una u otra tipología, más aún cuando, como ocurre con aquellos trabajos que responden al tipo de actuaciones urgentes[4] demandadas en el ámbito de las prestaciones debidas por algunos colectivos de empleados públicos, como los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, los cuerpos de extinción de incendios o de prestaciones sanitarias, o los empleados de la Administración de Justicia o del Poder Judicial, entre otros.

Una tercera consideración que podemos realizar, derivada de la regulación establecida en la Carta, es el desafío producido en el ámbito laboral, que no es otro que el de equilibrar los derechos e intereses de los empleadores y los empleados, con independencia de que los primeros sean públicos o privados. Los empleadores tienen un interés legítimo en organizar sus recursos de manera eficiente en el marco de la libertad de empresa y como manifestación ordinaria de su poder de dirección, o de su potestad de autoorganizarse y atender a las necesidades del servicio si de organizaciones públicas se trata, mientras que los trabajadores tienen derechos y

[4] TERRADILLOS ORMAECHEA, M. E., "El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica", *Revista de relaciones laborales*, ISSN: 1575-7048, núm. 42, 2019, p. 10.

libertades fundamentales que se deben respetar en el ejercicio de esos poderes de dirección o de las potestades de organización mencionadas. La tensión entre estos dos conjuntos de intereses y derechos puede conducir a conflictos, que deben abordarse mediante un sistema normativo eficiente[5]. Sin embargo, la traslación del apartado segundo del artículo 31 de la Carta tiene una serie de efectos jurídicos colaterales que van más allá de la perspectiva del tiempo de descanso, sobre todo a raíz del periodo provocado por el Covid-19, ya que con posterioridad al mismo se han vislumbrado riesgos y factores psicosociales que han afectado a la salud de los trabajadores, más allá de la simple perspectiva del equilibrio entre intereses y derechos. Este es un punto importante, ya que enfatiza la necesidad de proteger la salud física y mental de los trabajadores, que puede verse comprometida por las demandas empresariales, incluso en ausencia de una legislación que desarrolle de forma adecuada aquellas situaciones relacionadas con las nuevas tecnologías y su uso en el ámbito laboral. Es por ello por lo que, a nuestro juicio, si tenemos en cuenta los riesgos y factores que contribuyen a la generación de determinados problemas de salud derivados del uso continuo de las TICs, tanto legisladores como empleadores deberían tomar medidas proactivas para evitarlos o, al menos, mitigarlos, en lugar de

[5] VALLECILLO GÁMEZ, M. R., "El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, ISSN-e 2282-2313, Vol. 8, núm. 1, 2020, p. 234.

simplemente responder a los conflictos a medida que surgen.

En definitiva, el derecho a la desconexión digital es una expresión particular del derecho fundamental al descanso, que está reconocido en al menos otros cuatro derechos fundamentales consagrados en la Constitución española, estos son derecho a la salud (art. 43.1 CE, art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales…, art. 14.l) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, art. 96.1 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, de Empleo Público de Castilla-La Mancha, LCLM 2011\71), el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 14 CE, art. 4.2.d Estatuto de los Trabajadores…), el derecho a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal (art. 34.8 Estatuto de los Trabajadores, art. 44 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, BOE núm. 71, de 23 marzo 2007, RCL 2007\586), art. 14.j) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, art. 96. J de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, de Empleo Público de Castilla-La Mancha, LCLM 2011\71…)[6]. Tal y como se puede observar, hemos de insistir, el derecho a la desconexión digital tiene una naturaleza transversal puesto que ha venido a convertirse en la referencia de

[6] REQUENA MONTES, Ó., "Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva", Lex social: revista de los derechos sociales, ISSN-e: 2174-6419, Vol. 10, núm. 2, 2020, p. 547.

equilibrio entre la vida laboral, la vida privada y el derecho al descanso, relacionando otros derechos y libertades fundamentales que son cruciales para garantizar un entorno de trabajo seguro y saludable.

2. 2. La Directiva 2003/88/CE, de 4 noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo[7], y la Jurisprudencia del TJUE en relación con la ordenación del tiempo de trabajo: el régimen de guardias de disponibilidad

La Directiva 2003/88/CE ha tenido un impacto normativo muy importante en todos aquellos aspectos relacionados con la ordenación del tiempo de trabajo en el ámbito del empleo por cuenta ajena.

Normas como Ley 10/2021, de 9 de julio, Ley de trabajo a distancia (RCL 2021\1335), el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, del Teletrabajo (RCL 2020\1506), o 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 (RCL 2019\399), se cimentan sobre las bases jurídicas de la Directiva 2003/88/CE.

Obviamente, dejamos al margen de nuestro estudio el tratamiento de regulaciones específicas que imponen la obligación de atender prestaciones urgentes que no pueden ser valoradas sobre la base de los tiempos de

[7] DOUE L 299/9, de 18.11.2003.

trabajo ordinarios, podemos citar como ejemplo el régimen de los cuerpos policiales[8], que suelen imponer obligaciones de actuación debida que, sin duda alguna, impactan en la ordenación del tiempo de trabajo y afectan indefectiblemente a los tiempos de descanso imponiendo limitaciones legales necesarias para el cumplimiento de sus funciones. En estos empleos públicos es necesario planificar y asignar cuidadosamente los recursos, garantizando que haya una cobertura adecuada en todo momento y que exista personal disponible para llevar a cabo las tareas y deberes encomendados. Ello genera limitaciones al derecho a la desconexión digital que son consideradas razonables para garantizar la disponibilidad del servicio

[8] Véase, por ejemplo, lo previsto en el art. 25 del Decreto 110/2006, de 17 de octubre, Reglamento de la Ley de Coordinación de Policías Locales de Castilla-La Mancha, raíz de la modificación llevada a cabo por el Decreto 39/2018, de 12 de junio (LCLM 2018\133), reglamento ejecutivo de la Ley 8/2002, de 23 de mayo, de Policías Locales de Castilla-La Mancha (LCLM 2002\165), y que afectó a los artículos 25.4 (Prestación permanente del servicio) y 97.q (Derechos). El art. 25 del Decreto 110/2006, de 17 de octubre, tiene una importancia vital en la modulación de la desconexión digital puesto que pretende garantizar la prestación permanente del servicio, para lo cual es necesario establecer horarios de trabajo teniendo en cuenta la disponibilidad de personal y las tareas, habituales o no, que deben realizarse, lo que es esencial para garantizar que la policía local pueda ejercer sus funciones de manera eficiente. De acuerdo con el punto tercero del citado artículo 25, en casos de emergencia, todo el personal está obligado a prestar servicio de forma permanente hasta que cesen dichas circunstancias, para lo cual se prevé una compensación económica en relación con la prestación efectiva de los servicios excepcionales.

al ciudadano que suelen demandar medidas organizativas que minoren su impacto mediante la ordenación de sistemas de rotación o turnos en la imposición al colectivo de esa disponibilidad permanente.

Como ya se ha dicho, el objetivo más inmediato de este trabajo es el estudio de la compatibilidad del derecho a la desconexión digital, y todos los derechos con él relacionados, con la exigencia de tiempos de disponibilidad que exigen la prolongación de las jornadas ordinarias de trabajo de los empleados públicos que asumen periodos de guardia en régimen de disponibilidad, presencial o no presencial, que es como en la actualidad denomina el TJUE a esta situación especial a la que están sometidos muchos trabajadores, considerado como tiempo de trabajo efectivo con las limitaciones que el propio Tribunal ha determinado y a las que nos referiremos a renglón seguido[9].

2.1 Jurisprudencia del TJUE en relación con la ordenación del tiempo de trabajo: régimen de guardias con presencia física y de disponibilidad no presencial

La primera sentencia que invocamos, ciertamente relevante, sobre la ordenación del tiempo de trabajo, fue la Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de

[9] La situación descrita, en el ámbito de la Unión Europea fue desarrollada, en un primer momento, por la Directiva 93/104/CE, norma que, precisamente, fue derogada por la Directiva 2003/88/CE.

2000, Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (España) / Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) y Consellería de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, C-303/98, ECLI:EU:C:2000:528[10].

Entre las cuestiones relevantes que se dirimieron en dicho asunto, se planteó si el tiempo dedicado a atención continuada que prestaban los médicos de Equipos de Atención Primaria, bien mediante el régimen de presencia física en los centros sanitarios, o bien mediante el régimen denominado de "localización", debía considerarse tiempo de trabajo u horas extraordinarias en el sentido de la Directiva 93/104, y que, de acuerdo con la misma, dicho concepto se concebía en contraposición al de período de descanso, al excluirse mutuamente ambos conceptos. Resultaba claro para las partes que la obligación impuesta a dichos médicos de estar presentes y disponibles en los centros de trabajo para prestar sus servicios profesionales debía

[10] Sobre esta sentencia existe abundante doctrina. Puede consultarse, por ejemplo: RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., "La ordenación del tiempo de trabajo: el caso del SIMAP", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, ISSN: 2254-3295, núm. 102, 2013, especialmente, pp. 157 y ss.; FAIRHURST, J., "SIMAP. Interpreting the Working Time Directive", *Industrial Law Journal*, Vol. 30, núm. 2, ISSN: 0305-9332, 2001, pp. 236-243; BARON, Frédéric, "La notion de temps de travail en droit communautaire", *Droit social*, ISSN: 0012-6438, 2001, pp. 1097-1102; y el breve, pero interesante estudio de FRANKE, Ingeborg, "Bereitschaftsdienst der Beamten im Lichte europäischen Rechts", *Zeitschrift für Beamtenrecht*, ISSN: 0514-2571, 2003, pp. 329-334, etc.

de considerarse comprendida en el ejercicio de sus funciones, puesto que, con independencia de la intensidad del trabajo y de las pausas que se podían producir, ser garantizaba la salud y la seguridad de los trabajadores de acuerdo con la Directiva 93/104 (apartado 49). Ahora bien, y de acuerdo con la interpretación que también realizó el Abogado General en el punto 37 de sus conclusiones, en diferente situación se encontraban los médicos de Equipos de Atención Primaria que prestaban la atención continuada en régimen de localización sin que fuese obligatoria su presencia en el centro sanitario, puesto que, si bien estaban a disposición de su empleador, al tener la obligación de estar localizables, en dicha situación, los médicos podían organizar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus asuntos personales. En estas circunstancias, entiende el TJUE que sólo debía considerarse tiempo de trabajo, en el sentido de la Directiva 93/104, el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria (apartado 50). Por ende, se determinó que el tiempo dedicado a atención continuada prestado por médicos de Equipos de Atención Primaria en régimen de presencia física en el centro sanitario debía considerarse tiempo de trabajo en su totalidad y, en su caso, horas extraordinarias en el sentido de la Directiva 93/104. Por lo que respecta a la prestación de servicios de atención continuada por dichos médicos en régimen de localización, sólo debía considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria (apartado 52).

Poco tiempo después, el TJUE se volvió a pronunciar en otra sentencia de importante calado, nos estamos refiriendo a la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2003, Landeshauptstadt Kiel / Norbert Jaeger, C-151/02, ECLI:EU:C:2003:437. En dicho fallo, el TJUE estableció, siguiendo la misma línea jurisprudencial que en asunto C-303/98, que un servicio de atención continuada en régimen de presencia física constituía en su totalidad tiempo de trabajo a efectos de la Directiva 93/104, aun cuando al interesado se le permitiese descansar en su lugar de trabajo durante los períodos en que no se soliciten sus servicios, por lo que entendió correcto que se produjera una compensación por los períodos de atención continuada durante los cuales el interesado había realizado, efectivamente, una actividad profesional[11].

Ahora bien, hemos analizado la situación en la que el trabajador realiza una actividad en periodos de atención continuada, queda por plantear qué es lo que ocurre

[11] A idénticas conclusiones llegaron, posteriormente, dos sentencias del TJUE: la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de octubre de 2004, Bernhard Pfeiffer (C-397/01), Wilhelm Roith (C-398/01), Albert Süß (C-399/01), Michael Winter (C-400/01), Klaus Nestvogel (C-401/01), Roswitha Zeller (C-402/01) y Matthias Döbele (C-403/01) / Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV., C-397/01 a C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584, apartado 93 y la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 1 de diciembre de 2005, Abdelkader Dellas y otros / Premier ministre y Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, C-14/04, ECLI:EU:C:2005:728, apartados 46 y 58.

cuando el trabajador desarrolla una función de guardia en régimen de disponibilidad no presencial.

La primera resolución de TJUE que resuelve la problemática que se plantea fue la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 21 de febrero de 2018, Ville de Nivelles / Rudy Matzak, C-518/15, ECLI:EU:C:2018:82[12], que estableció, en primer lugar, que aunque no exista obligación por parte del trabajador a permanecer en su lugar de trabajo, un período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial debe calificarse igualmente, en su totalidad, de «tiempo de trabajo» en el sentido de la Directiva 2003/88 cuando, habida cuenta de la incidencia objetiva y considerable de las limitaciones impuestas al trabajador en lo que atañe a la posibilidad de dedicarse a sus intereses personales y sociales, se distingue de un período durante el cual el trabajador solo debe estar a disposición de su empresario a los efectos de que este pueda localizarle (apartados 63 a 66) y, en segundo lugar, consideró que los servicios de guardia prestados por un trabajador en su propio domicilio también debían calificarse como tiempo de trabajo, debiendo de tener en cuenta dos elementos que caracterizaban dicha situación: primero, la obligación por parte del trabajador a permanecer en un lugar determinado por el empresario y, segundo, la

[12] Véanse los comentarios sobre esta sentencia de GALLEGO MONTALBÁN, J., "¿Deben considerarse las guardias domiciliarias o de localización tiempo de trabajo? Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2018 - Asunto Matzak, C-518/15", *Revista de derecho social*, ISSN: 1138-86922018, núm. 82, de forma especial, las pp. 137 y ss.

limitación de la capacidad del trabajador para dedicarse a sus intereses personales y sociales derivada de la necesidad de presentarse en su lugar de trabajo en un plazo muy breve de tiempo (apartados 63 a 66).

2.1.1. Determinación de las restricciones o limitaciones que posee el trabajador en un régimen de guardia de disponibilidad no presencial

Llegados a este punto, se debe determinar cómo ha calificado el TJUE las restricciones que se le pueden imponer al trabajador, habida cuenta de que es importante determinar el grado de sujeción en la administración del tiempo. En efecto, el TJUE ha establecido que, si la Directiva 2003/88 precisa el derecho fundamental a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, expresamente consagrado en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe, por consiguiente, interpretarse y concretarse a la luz del precepto qué se considera por tiempo de trabajo y de descanso (Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 9 de marzo de 2021, RJ / Stadt Offenbach am Main, C-580/19, ECLI:EU:C:2021:183, apartado 28), por lo que, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 9 de marzo de 2021, D. J. / Radiotelevizija Slovenija, C-344/19, ECLI:EU:C:2021:182, apartado 27, las disposiciones de la Directiva 2003/88 no pueden ser objeto de una interpretación restrictiva en perjuicio de los derechos que la Directiva concede al trabajador.

Teniendo en cuenta las indicaciones realizadas, el TJUE ha precisado que el concepto de "tiempo de trabajo", en el sentido de la referida Directiva, incluye todos los períodos de guardia, incluidos aquellos que se realizan en régimen de disponibilidad no presencial, durante los cuales las limitaciones impuestas al trabajador son de tal naturaleza que afectan, objetivamente, y de manera considerable a su capacidad para administrar libremente, en esos períodos, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicar ese tiempo a sus propios intereses (C-580/19, ECLI:EU:C:2021:183, apartado 38).

Resulta obvio, por tanto, que el tribunal debía de precisar la naturaleza de las limitaciones que, si bien habían sido objeto de mención en jurisprudencia anterior, sin embargo, no habían sido indicadas ni concretadas de forma expresa, aportación que se establece en el apartado 39 del asunto C-580/19, ECLI:EU:C:2021:183 y C-344/19, ECLI:EU:C:2021:182, apartado 38, anteriormente referidos.

Se especifica, en sentido amplio, que las limitaciones pueden tener distinta intensidad: por un lado, tendríamos limitaciones que, permitiendo a los trabajadores poder administrar su tiempo y dedicarse a sus propios intereses, impedirían que sea considerado el tiempo de disponibilidad como tiempo de trabajo, por lo que, a efectos de la Directiva 2003/88, el TJUE considera que sólo constituiría tiempo de trabajo el tiempo correspondiente a la prestación laboral efectivamente realizada durante dicho periodo de disponibilidad.

Es importante entender los matices de esta decisión. La sentencia reconoce que no todas las limitaciones del tiempo de trabajo de un trabajador son iguales, y que algunas limitaciones pueden no constituir, necesariamente, tiempo de trabajo con arreglo a la Directiva 2003/88, aunque en lo que atañe a los períodos de guardia, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que un período durante el cual el trabajador no lleva a cabo ninguna actividad por cuenta del empresario no constituye necesariamente un período de descanso a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88 (C-344/19, ECLI:EU:C:2021:182, apartado 32). En otras palabras, el concepto de tiempo de trabajo, en el sentido de la referida Directiva, incluye todos los períodos de guardia, incluidos aquellos que se realizan en régimen de disponibilidad no presencial, si las limitaciones impuestas al trabajador son de tal naturaleza que afectan, objetivamente, y de manera considerable, a su capacidad para administrar libremente, en esos períodos, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicar ese tiempo a sus propios intereses (C-344/19, ECLI:EU:C:2021:182, apartado 37). Por el contrario, si las limitaciones impuestas al trabajador no alcanzan durante un determinado período de guardia tal grado de intensidad y le permiten administrar su tiempo y dedicarse a sus propios intereses sin grandes limitaciones, solo constituye "tiempo de trabajo", a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88, el tiempo correspondiente a la prestación laboral efectivamente realizada, en su caso, durante dicho período (véanse, en este sentido, las sentencias C-303/98, EU:C:2000:528, apartado 50 y C-266/14, EU:C:2015:578, apartado 37).

El origen de las limitaciones que se pueden imponer al trabajador es variado y pueden derivar de acuerdo con la normativa específica que regule el desempeño de sus empleos, o de la que regule una actividad o sector económico concreto, o derivadas de un convenio colectivo o impuestas por su empresario, en virtud, en particular, del contrato de trabajo, de la normativa laboral o del sistema de distribución de los turnos de guardia entre los trabajadores (C-344/19, ECLI:EU:C:2021:182, apartado 39).

La jurisprudencia del TJUE ha precisado algunas de estas limitaciones a propósito de la casuística resuelta explicitando criterios que nos permiten discernir y calificar los periodos de disponibilidad, entre ellos:

> - el plazo de que dispone el trabajador durante su período de guardia para reanudar sus actividades profesionales a partir del momento en que el empresario requiere sus servicios. Así, "un período de guardia durante el cual el plazo impuesto al trabajador para volver al trabajo se limita a algunos minutos debe, en principio, considerarse, en su totalidad, tiempo de trabajo en el sentido de esta Directiva, puesto que, en este último caso, se disuade claramente al trabajador, en la práctica, de planificar cualquier actividad de recreo, ni tan siquiera de corta duración" (C-344/19, ECLI:EU:C:2021:182, apartados 46 y 48). A sensu contrario, ha precisado el TJUE que "un período de guardia durante el cual un trabajador puede planificar sus ocupaciones personales y sociales, habida cuenta

> del plazo razonable que se le concede para retomar sus actividades profesionales, no constituye, a priori, tiempo de trabajo en el sentido de la Directiva 2003/88.
>
> - la frecuencia media de las prestaciones efectivas normalmente realizadas por el trabajador durante cada uno de sus períodos de guardia, siempre que esta pueda estimarse de manera objetiva (C-344/19, ECLI:EU:C:2021:182, apartado 51).

Resulta evidente que existe una relación entre el número de intervenciones promedio a las que puede atender un trabajador en un periodo de guardia y la administración de su tiempo libre durante los períodos de inactividad. Por tanto, hemos de deducir que si un trabajador está sometido a una frecuencia de intervenciones elevada las exigencias del servicio de guardia van a tener un impacto significativo en la capacidad de un trabajador para planificar su tiempo libre. Incluso, termina precisando el TJUE, el margen de flexibilidad indicada se reduce cuando las intervenciones que normalmente se exigen al trabajador durante su período de guardia tienen una duración considerable (C-344/19, ECLI:EU:C:2021:182, apartados 52 y 53).

Aunque esta segunda limitación podría parecer determinante a la hora de definir los tiempos de trabajo de un trabajador en tiempo de guardia, lo cierto y verdad es que el propio TJUE modula esta segunda limitación precisando que aunque "el trabajador no deba intervenir más que en contadas ocasiones durante sus períodos de guardia no puede tener como consecuencia que dichos períodos se consideren como períodos de descanso, en el sentido del artículo 2, punto 2, de la Directiva 2003/88, cuando el impacto del plazo impuesto al

trabajador para retomar sus actividades profesionales es tal que basta para restringir, objetivamente y de manera considerable, la capacidad del trabajador para administrar libremente, en esos períodos, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales" (C-344/19, ECLI:EU:C:2021:182, apartado 54).

2.1.2. Retribuciones

En relación con las retribuciones que se pudieran derivar en el supuesto de un régimen de guardia de disponibilidad no presencial, ha sido jurisprudencia reiterada el TJUE que la Directiva 2003/88 se limita a regular determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo a fin de garantizar la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, de modo que, en principio, no se aplica a su retribución (sentencias de 26 de julio de 2017, C-175/16, ECLI:EU:C:2017:617, apartado 25, y de 21 de febrero de 2018, C-518/15, ECLI:EU:C:2018:82, apartado 24 y de 20 de noviembre de 2018, C-147/17, ECLI:EU:C:2018:926, apartado 35).

En este sentido, no obstante, el TJUE ha concretado que la Directiva 2003/88 "(…) no se opone a la aplicación de una normativa de un Estado miembro, de un convenio colectivo o de una decisión de un empresario que, a efectos de la retribución de un servicio de guardia, trate de forma distinta los períodos durante los cuales se efectúan realmente prestaciones de trabajo y aquellos durante los cuales no se lleva a cabo ningún trabajo

efectivo, aun cuando dichos períodos deban considerarse, en su totalidad, «tiempo de trabajo» a efectos de la aplicación de dicha Directiva" (véase, en este sentido, el auto de 11 de enero de 2007, C-437/05, EU:C:2007:23, apartado 35 y C-344/19, ECLI:EU:C:2021:182, apartado 58), aunque precisa que "Del mismo modo, la Directiva 2003/88 no se opone a aquellas normativas, convenios colectivos o decisiones del empresario que, en lo que concierne a los períodos de guardia que deberían considerarse totalmente excluidos del concepto de «tiempo de trabajo» a efectos de la aplicación de dicha Directiva, prevén, no obstante, que se abone al trabajador afectado una cantidad destinada a compensar los inconvenientes que le causen dichos períodos de guardia en la administración de su tiempo y de sus intereses privados", es decir, con la compensación por períodos de un servicio en régimen de guardia de disponibilidad no presencial se estaría reconociendo el impacto potencial que dichos períodos pueden tener en el bienestar de los trabajadores y el equilibrio, la conciliación, entre la vida laboral y personal.

Analizada la jurisprudencia consolidada por el TJUE en relación con la ordenación del tiempo de trabajo y el tratamiento que ha de dársele a las denominadas guardias de presencia o de disponibilidad no presencial, cuya implantación afecta al derecho a la desconexión digital y a los de él derivados, en particular al derecho al descanso, a la salud y a la conciliación de la actividad laboral con la vida personal y familiar de los trabajadores por cuenta ajena, nos dedicamos, a continuación, al estudio de la cuestión en la normativa y jurisprudencia nacionales.

III. LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL. SU RECONOCIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

No hay duda alguna a la hora de invocar el reconocimiento y anclaje constitucional del derecho a la desconexión digital. El derecho se regula en el art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales(RCL 2018\1629), en adelante LOPD, dentro del Título X relativo a las "Garantías de los derechos digitales", que entronca con el art. 18.4 de la CE, tal y como se desprende, además, del Preámbulo y del art. 1 de la LOPD, que vino a adaptar nuestra normativa al Reglamento 2016/679/UE. No se trata, por tanto, de una mera cuestión de legalidad ordinaria, sino que también presenta dimensión constitucional (véase en este sentido lo dispuesto sentencia 386/2021, de 12 noviembre, JUR\2022\44864-ECLI:ES:JSO:2021:6935), bien es verdad que, como derecho propiamente digital, se reconoce por primera vez a nivel legal el derecho a la "desconexión digital en el ámbito laboral" de trabajadores y empleados públicos[13]. La propia norma explicita su finalidad cuando en el art. 1 de la LOPD señala que tiene por objeto *"a) Adaptar el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de*

[13] SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., "Negociación colectiva y derechos digitales en el empleo público", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ISSN-e: 1696-9626, núm. 54, 2019, p. 1.

2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos, y completar sus disposiciones. El derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales, amparado por el artículo 18.4 de la Constitución, se ejerce con arreglo a lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 (EDL 2016/48900) y en esta ley orgánica. Señala, también, como objetivo nuclear de la norma, el de "*b) Garantizar los derechos digitales de la ciudadanía conforme al mandato establecido en el artículo 18.4 de la Constitución.*"

El art. 88 de la LOPD contiene la regulación básica de este derecho y constituye el frontispicio de su régimen jurídico.

No cabe duda que el reconocimiento de este derecho se produce en favor de los empleados públicos[14], como

[14] Como señala FERNÁNDEZ, lo primero que se observa es que el derecho se reconoce no solo a los trabajadores por cuenta ajena, sino también a los empleados públicos (y téngase en cuenta que bajo esta denominación se incluyen, a tenor del art. 2 del Estatuto Básico del Empleado Público al "personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas: a) La Administración General del Estado. b) Las Administraciones de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla. c) Las Administraciones de las entidades locales. d) Los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas. e) Las Universidades Públicas. (…)". Es decir, se trata el ámbito de aplicación de este precepto alcanza a la práctica totalidad de los trabajadores dependientes de un empleador en nuestro país, sea este de carácter público o privado y que

expresamente señala el precepto, sin perjuicio de que remita las modalidades de su ejercicio "*a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores"* y haya de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto de la relación laboral para llegar a las conclusiones y recomendaciones que expondremos al final de nuestro trabajo. A pesar de la remisión que lleva a cabo el precepto, sería deseable, y coincidimos en nuestra reflexión con la propuesta de PAZOS PÉREZ[15], que se llevase a cabo un reconocimiento expreso del derecho a la desconexión digital en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y, tipificadas las vulneraciones de este en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social para conseguir garantizar su cumplimiento. Como se deduce del precepto, es necesario establecer el medio para ejercer el derecho a la desconexión que se deberá regular por cada Administración Pública en sus normas de gestión de personal, es decir, por medio de convenios y pactos.

Completa el régimen jurídico del denominado "derecho a la desconexión digital" el contenido del art. 18 de ese

---

solo parece excluir a los trabajadores autónomos, por razones lógicas." (véase en FERNÁNDEZ, C.B., "Derecho a la desconexión. ¿Cómo quedará el derecho a la desconexión digital en la nueva LOPD?", *Diario La Ley*, ISSN: 1989-6913, núm. 21*,* octubre, 2018, p. 2.).

[15] PAZOS PÉREZ, A., "El derecho a la desconexión digital en el empleo público", *Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital. RGDTSS,* núm. 54, noviembre (2019), ISSN: 1696-9626, p. 1.

mismo cuerpo legal, que establece "*1. Las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, tienen derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo en los términos establecidos en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre. El deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables".* El precepto impone, además, la obligación de elaborar, previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras, "*una política interna dirigida a personas trabajadoras, incluidas los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio de la persona empleada vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas."*

Se legitima con la previsión del precepto la necesidad de afrontar un proceso de negociación[16] que se traduzca en

[16] Sobre el papel de la negociación colectiva en el diseño del derecho a la desconexión puede verse GONZÁLEZ-ROBATTO DE ENA, S. y MARTÍN APOITA, J., "Convenios colectivos y derecho a la desconexión", *LA LEY privacidad*, ISSN-e: 2659-8698, núm. 2, julio, 2019, pp. 1-8.

acuerdos colectivos de trabajo que podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo, particularmente, cuando se desarrolle a distancia, y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso. No nos parece viable la idea de que esta habilitación para la negociación colectiva que contiene el precepto excluya de su ámbito de aplicación a los empleados públicos en régimen funcionarial, como señala SEPÚLVEDA GÓMEZ[17] "no se puede entender que la ley permita incrementar mediante la negociación colectiva las garantías de los derechos constitucionales de unos empleados públicos -los trabajadores con relación laboral- y no lo permita para otros -los funcionarios públicos-, que pueden incluso ser empleados públicos en la misma Administración pública empleadora. Si bien es cierto que ambos tipos de personal tienen regímenes jurídicos diferente, sin embargo, en materia de protección de derechos constitucionales entendemos que este hecho no justifica por sí mismo la diferencia de trato en las garantías de derechos de máximo valor en nuestro ordenamiento jurídico."

La ley recoge, por tanto, el derecho a la desconexión digital como un derecho autónomo, si bien deja en manos de la política interna de la empresa y, en su caso,

[17] SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., "Negociación colectiva y derechos digitales en el empleo público", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ISSN-e: 1696-9626, núm. 54, 2019, p. 152.

de la negociación colectiva, las modalidades de ejercicio del derecho, así como las acciones de formación y sensibilización del personal sobre el uso razonable de las herramientas informáticas[18].

La preocupación del legislador español, también de otros países de nuestro entorno jurídico cultural[19], pone de

[18] BEL ANTAKI, Jennifer, "Nuevos derechos digitales de los trabajadores: las claves en cinco preguntas y respuestas", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, ISSN: 1132-0257, núm. 948, 2019, BIB 2019\604, p. 3.

[19] Véase el comentario de Carlos Fernández Hernández sobre la reforma laboral francesa de 2016, llevada a cabo mediante la Loi 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, conocida como Loi Travail o Loi El Khomri, y cuya entrada en vigor se produjo el 1 de enero de 2017. Esta reforma prevé, entre otras novedades, la incorporación de medidas de adaptación del mercado laboral al entorno digital y, entre ellas, este denominado Derecho a la desconexión -Droit à la déconnexion- (FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, C., "Francia: entra en vigor el derecho a la desconexión digital del trabajador con la empresa", *Diario La Ley*, ISSN: 1989-6913, núm. 2, enero, 2017, pp. 1-5. Otros comentarios a esta misma ley francesa pueden verse en ALEMÁN PÁEZ, F., "El derecho de desconexión digital (1). Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi Travail N.º 2016-1088", *Trabajo y Derecho*, ISSN: 2386-8090, núm.30, junio, 2017, pp. 1-29, y en NARANJO COLORADO, L.D., "Vicisitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: Un análisis desde la base del derecho laboral", *Saber, Ciencia y Libertad, Vol. 12*, núm. 2, julio-diciembre, ISSN: 1794-7154, 2017, pp. 49-57. A la ley italiana 81/2017, en vigor, desde 16.06.2017, se refiere PURCALLA BONILLA, M. Á., "Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión: claves teóricas y prácticas", *Anuario IET. Presente y futuro del trabajo*, ISSN: 2339-5753, Vol. 5, 2018, p. 108. Señala que la ley italiana

manifiesto las dificultades, evidentes, que surgen a la hora de articular los límites a la conexión digital demandada por la relación de trabajo y exigidos por la necesidad de garantizar el derecho al descanso, definiendo y limitando los tiempos y jornadas laborales de manera que se respeten los tiempos de descanso diarios, entre jornadas, y semanales. Como ya se ha comentado, "la incesante expansión y proliferación de dispositivos digitales, así como el fácil acceso a internet han provocado que actualmente asistamos a un fenómeno de "hiperconexión digital"[20], que hace que los

"aborda el tratamiento de las nuevas formas de trabajo, denominadas ágiles, flexibles o Smart work, a modo de teletrabajo a tiempo parcial. Con carácter voluntario, puede acordarse entre trabajador y empresario y consiste en combinar tiempos de presencia en la empresa con tiempos de trabajo fuera de ella, con la posible utilización de instrumentos tecnológicos para el de desarrollo de la actividad laboral. En su artículo 19.1 se dispone que el acuerdo para dar paso a este "trabajo ágil" debe establecer los tiempos de descanso, así como las medidas técnicas y organizativas necesarias para asegurar la desconexión del trabajador de los instrumentos tecnológicos de trabajo." A juicio de Taléns Visconti el precedente normativo francés ha sido el espejo en el que se ha mirado el legislador español (TALÉNS VISCONTI, E. E., *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak kudeatzeko Euskal Aldizkaria/ Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones* Públicas, núm. 17, ISSN: 2173-6405, pp. 150-161, especialmente, p. 154).

[20] MARTÍN MUÑOZ, M. R., "El derecho a la desconexión digital en España: un análisis de su regulación legal y convencional", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, ISSN: 2444-3476, núm. 239/2021, BIB\2021\1404, p. 1.

límites entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso estén cada vez más difusos e indefinidos, con los riesgos que ello supone para la salud de los trabajadores[21]. Las ventajas de la digitalización laboral se ven contrarrestadas por una deslocalización que presenta inconvenientes importantes, entre otros, "difumina los contornos entre la vida personal y la profesional, con los riesgos que ello implica de adicción al trabajo y de prolongación de la jornada laboral, favorece la individualización de las relaciones laborales, merma el sentimiento de grupo, de pertenencia a la entidad, e incrementa el aislamiento y la soledad del trabajador"[22].

---

[21] Entre los riesgos para la salud generados por la vulneración de los tiempos de descanso, destacamos las patologías o trastornos psicosociales más típicos que emergen de la permanente conexión al trabajo mediante dispositivos digitales, entre ellos se encuentra el síndrome burnout (o síndrome del quemado) y el tecnoestrés en sus diferentes variantes (tecnofatiga, tecnoansiedad, tecnoadicción, etc.). Véase el trabajo de MARTÍN MUÑOZ, M.R., "El derecho a la desconexión digital…, *Op. Cit*., pág. 4. A esos mismos efectos negativos sobre la salud se refiere FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., "NTC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora", *Diritto della Sicurezza sul Lavoro* , núm.2, 2017, p. 89, siendo los más conocidos el agotamiento emocional, la falta de motivación, disminución del rendimiento, insomnio, alteraciones fisiológicas (digestivas, endocrinas, respiratorias, cardiovasculares), cefaleas, depresión, irritabilidad, etc.

[22] ARAGÓN GÓMEZ, C., "El derecho a la desconexión digital", *Formación e-learning. Curso derec un hos digitales y efectos en las relaciones laborales. BIB 2019\10140*, Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2019, p. 5.

Obviamente, esta, por otros[23] denominada explosión tecnológica, convive en el ámbito laboral con un distinto alcance y un distinto nivel de afectación, de manera que no todos los empleos están en sectores con un alto nivel de digitalización, en entornos inteligentes, ni instalados en la economía digital, incluso en esos sectores menos desarrollados tecnológicamente las TICS no son extrañas para los trabajadores ni ajenas a sus condiciones de trabajo al afectarles en alguna medida.

Tal preocupación debe vincularse al objetivo perseguido por la propia CE en su art. 18.4. En este precepto, la CE reconoce el derecho fundamental a la protección de datos personales, disponiendo que "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". Parece claro, por tanto, que el derecho a la desconexión informática forma parte del derecho fundamental reconocido en el art. 18.4 de nuestra CE aun cuando se haya desarrollado, con carácter general y, sin perjuicio de las regulaciones sectoriales, por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (RCL 2018\1629). A nadie se le oculta que la irrupción de las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación en el ámbito de las relaciones productivas ha revolucionado por completo la sociedad del trabajo, generando cambios sustanciales en la organización de las tareas, tiempo de trabajo, interrelaciones sociales y

[23] GONZÁLEZ LABRADA, M., "El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance", *Revista de derecho social*, ISSN: 1138-8692, núm. 87, 2019, p. 92.

gestión empresarial.[24] En palabras de PERÉZ CAMPOS[25], "la revolución digital y los procesos de automatización y globalización han dado lugar a un fenómeno de conectividad permanente que está afectando a todos los ámbitos de la actividad humana, incluido el laboral, donde las fronteras entre tiempo de trabajo y descanso se están diluyendo cada vez más; lo que ha provocado que, tras un interesante debate sobre la necesidad de su regulación, recientemente se haya aprobado como un nuevo derecho de los trabajadores.

La legalidad ordinaria, ceñida nuestra mención ahora al ámbito del empleo público, también recoge explícitamente y con carácter básico, el derecho "*A la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*" (letra j bis) del artículo 14 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real

---

[24] GONZÁLEZ COBALEDA , E ., "Nuevas tecnologías, tiempo de trabajo y la prevención de riesgos laborales", en García de la Torre, A. (Dir.) y Fernández Avilés, J. A. (coord.), *Anuario Internacional sobre Prevención de Riesgos Psicosociales y calidad de vida en el trabajo. Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación y Riesgos Psicosociales en el trabajo* , Madrid, Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC, 2016, p. 264.

[25] PÉREZ CAMPOS, A. I., "La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, LII (2019) 101-124 / ISSN: 1133-3677, p. 101 y ss.

Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (RCL 2015\1695). A juicio de Baz Rodríguez[26], es, de hecho, la influencia del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y de la construcción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al mismo, la que explica, a nuestro juicio, la decisión del legislador interno de calificar estas garantías de los derechos digitales como atributos que cuelgan del derecho a la intimidad.

En este marco general que ahora exponemos con la intención de abundar en el reconocimiento de estos derechos fundamentales de los empleados públicos, debe tenerse en cuenta que la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha (LCLM 2011\71), reconoce los derechos "al respeto de su intimidad" (art. 96.h), "A la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral" (art. 96.j), "A recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo" (art. 96.l) y "A las vacaciones, descansos y permisos" (art. 96.m), todos ellos vinculados a la necesidad de garantizar los periodos de descanso laboral y de limitar el uso de la tecnología para facilitar el derecho a la desconexión digital.

Como ya se ha dicho, resulta obvio que el respeto al derecho al descanso, como derecho constitucionalmente

[26] BAZ RODRÍGUEZ, J., "La Ley Orgánica 3/2018 como marco embrionario de garantía de los derechos digitales laborales. Claves para un análisis sistemático", *Trabajo y Derecho*, núm. 54, Junio de 2019, p. 4.

reconocido en el art. 40.2[27] de la norma fundamental, impone una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo. Se trata, sin necesidad de insistir en ello, de un derecho fundamental y, por tanto, de un derecho inherente a la condición de persona, adscrito universalmente a todos y de carácter indisponible e inalienable (entre otras, la SAN 44/2022, de 22 marzo, de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sección 1ª -AS 2022\742-ECLI: ECLI:ES:AN:2022:1132-), positivizado en el derecho de la Unión Europea, en nuestra Constitución y en sus correspondientes desarrollos. Se trata, por tanto, como recuerda Arzoz, de un derecho que sirve al objetivo de garantizar una cierta esfera autónoma de actuación y desarrollo personal. En realidad, la familia, el domicilio y la correspondencia constituyen aspectos parciales de un bien jurídico más amplio: la vida privada, o la libertad para tomar decisiones concernientes a la propia vida privada[28].

Con esa finalidad, como ya se ha expuesto, el derecho derivado de la Unión Europea ha abordado la regulación de la jornada laboral en la Directiva 2003/88/CE. En el art. 3 de este cuerpo legal se dispone que *"Los Estados*

---

[27] El derecho al descanso no puede considerarse una novedad en el acervo normativo, ya estaba reconocido desde hace tiempo en el art. 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 y el art. 2 de la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961.

[28] ARZOZ SANTISTEBAN, X., "Derecho al respeto de la vida privada y familiar", *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Aranzadi, BIB 2009\1889, ISBN 978-84-470-3217-4, Enero de 2009, p. 1-2.

miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten de un período mínimo de descanso diario de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas", y el art. 5 de la misma completa el régimen jurídico señalando que "*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3. Cuando lo justifiquen condiciones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, podrá establecerse un período mínimo de descanso de 24 horas.*"

El art. 2 de la Directiva identifica el concepto de tiempo de trabajo como *"todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales"*, y el período de descanso como *"todo período que no sea tiempo de trabajo".* Como algún sector doctrinal ha indicado, de estos términos se extraen como elementos configuradores del tiempo de trabajo los siguientes: un elemento espacial –"permanezca en el trabajo"-, otro de dependencia –"a disposición del empresario"-, y el funcional –"en ejercicio de su actividad o sus funciones"-.

Antes de abordar esta cuestión, sobre la que volveremos más adelante, debemos seguir analizando algunos elementos generales necesarios para concluir en los términos que lo haremos. Nos limitaremos, por ello, en este apartado, a recordar que, en el orden jurídico interno, el Estatuto de los Trabajadores, art. 34.3,

párrafo primero, dispone que *"Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas."*

Como señala la Sentencia de 31 octubre 2019 (JUR\2022\212845), nuestro ordenamiento jurídico reconoce, sin paliativos, "el derecho a no responder a las llamadas, mensajes, correos o requerimientos (empresariales) recibidos fuera de la jornada de trabajo". Como indica FERNÁNDEZ ORRICO [29], "Aunque no figura un concepto claramente delimitado en la LO 3/2018 de lo que es desconexión digital, es obvio, que ese derecho se traduce en no estar conectado a ningún dispositivo digital que pueda ocasionarle una interrupción del tiempo extralaboral, como puede ser el previsto para el descanso o la realización de cualquier otra actividad diferente. Una de las consecuencias de ello será la posibilidad de no responder a las comunicaciones procedentes de la empresa, precisamente porque ese es su derecho, salvo, claro está situaciones excepcionales de emergencia justificadas".

IV. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL NO ES UN DERECHO ABSOLUTO

Sentado el carácter fundamental del derecho a la desconexión digital, debe reconocerse que ningún derecho presenta perfiles absolutos desde el momento en que su ejercicio convive con otros derechos que

[29] FERNÁNDEZ ORRICO. F.J., "Protección de la intimidad del trabajador frente a dispositivos digitales: análisis de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre", *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 222, 2019, p. 34.

ocasionalmente pueden contraponerse, de ahí que la configuración de ese derecho a la desconexión digital no pueda quedar al albur de decisiones unilaterales del empresario o de las administraciones públicas y, como indica el art. 88 LOPD, hayan de sujetarse a lo establecido en la negociación colectiva[30] o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa (o las administraciones) y los representantes de los trabajadores.

3. 1. ¿Qué se considera tiempo de trabajo? El régimen jurídico de las denominadas "guardias de presencia o de disponibilidad no presencial" de los empleados públicos

Sin duda alguna, la cuestión nuclear a la hora de analizar la tensión existente entre el derecho a la desconexión

[30] Por ejemplo, en España, el CC de AXA reconoce —art. 14, BOE 10.10.2017— el derecho a la desconexión digital, y a tal efecto dispone que "El lugar de la prestación laboral y el tiempo de trabajo, como típicos elementos configuradores del marco en el que se desempeña la actividad laboral, están diluyéndose en favor de una realidad más compleja en la que impera la conectividad permanente afectando, sin duda, al ámbito personal y familiar de los trabajadores y trabajadoras. Es por ello que las partes firmantes de este Convenio coinciden en la necesidad de impulsar el derecho a la desconexión digital una vez finalizada la jornada laboral. Consecuentemente, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo."

digital y los derivados del derecho al descanso, se centra en determinar si el tiempo de conexión, o disponibilidad, fuera de la jornada ordinaria ha de considerarse como tiempo de trabajo y, por tanto, como periodo que debe ser compensado económicamente y en cuyo ejercicio han de respetarse los derechos básicos de estos empleados públicos, particularmente, los derechos al descanso y a la conciliación de la vida laboral con la personal y familiar[31]. Es evidente que "la digitalización hace que se pueda trabajar en cualquier tiempo y lugar y, por ello, que se puedan romper las fronteras clásicas del tiempo y el lugar de trabajo y posibilita el trabajo en todo momento y en todo lugar, sin apenas límites y, así, sin tiempo para la vida privada y/o el descanso. En efecto, todos los indicios apuntan a que, en lugar de gobernar con autonomía el tiempo de trabajo y el tiempo dedicado al descanso y/o los cuidados, los trabajadores digitales prolongan su jornada de trabajo más allá de los estándares de los trabajadores convencionales"[32].

---

[31] Un estudio completo desde esta vertiente puede verse en HERRAIZ MARTÍN, M. S., "El impacto de la digitalización del trabajo en el empleo público y el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 54, ISSN: 1696-9626, noviembre, 2019, pp. 92-116. También en MORENO VIDA, M. N., "Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador", *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, ISSN 0213-0750, núm. 150, 2019 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre las facultades de control empresarial ante los cambios tecnológicos y organizativos), pp. 161-185.

[32] BARRIOS BAUDOR, G.L., "El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras

Lo primero que hemos de destacar al respecto, recordando lo que ya se ha dicho en los primeros compases de este trabajo, es que los Estado Miembros no pueden, en la materia que tratamos, apartarse de las definiciones que la Directiva ofrece sobre el concepto de tiempo de trabajo y periodo de descanso, sin perjuicio de que a nivel interno puedan adoptarse normas más favorables en orden a la duración de uno u otro. La doctrina del TJUE, derivada, principalmente, de la sentencia de 21.02.2018, Asunto Matzak (C-518/15, ECLI:EU:C:2018:82), ya mencionada con anterioridad, ha sido seguida por nuestro Tribunal Supremo cuando se ha pronunciado sobre la aplicación de la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

Siguiendo la doctrina jurisprudencial a la que nos referimos, el TJUE ha diferenciado las denominadas "guardias de presencia" de las "guardias localizadas", con efectos jurídicos bien distintos según que la disponibilidad de los empleados públicos haya exigido unas u otras prestaciones o concesiones por parte de los trabajadores. Así, en el caso de las guardias de presencia, el TJUE las ha considerado como tiempo de trabajo, aunque en ellas no se desarrolle actividad profesional y al margen de la intensidad o rendimiento que se tenga (véanse las SsTJUE de 3 de octubre de 2000, C-303/98-ECLI:EU:C:2000:528, de 9 de septiembre de 2003, C-151/02-ECLI:EU:C:2003:437 y

---

aproximaciones". *Revista Aranzadi Doctrinal num.1*, Editorial Aranzadi, 2019, pp. 1-21.

1 de diciembre de 2005, Asunto C-14/04- ECLI:EU:C:2005:728 y ATJUE de 11 de enero de 2007, C-437/05- ECLI:EU:C:2007:23).

Esta misma consideración, como tiempo de trabajo, deben tener las guardias localizadas cuando el empleado, el trabajador, "no sólo deba estar localizable durante sus tiempos de guardia", sino que además "deba responder a las convocatorias de su empresario en un plazo breve (ocho minutos en la sentencia concreta) y, por otra parte, está obligado a estar presente físicamente en el lugar determinado por la Administración, su empresario", incluso en el caso de que ese lugar fuese su propio domicilio particular (apartado 61).

En el asunto Matzak (C-518/15, ECLI:EU:C:2018:82), el TJUE delimitó el concepto de "tiempo de trabajo", establecido en el artículo 2 de la Directiva 2003/88, y señaló que debía tener esa consideración la situación en la que un trabajador tiene la obligación de permanecer en su domicilio durante el período de guardia, de estar a la disposición del empresario y de poder presentarse en su lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos" (apartado 65).

De esta sentencia los órganos judiciales extrajeron las siguientes conclusiones sobre los requisitos que han de darse para que la disponibilidad se considere tiempo de trabajo:

- el elemento espacial, el tiempo de trabajo exige que el trabajador esté obligado a permanecer en las instalaciones de la empresa, de la Administración, o en cualquier otro lugar designado por el empleador -incluido el propio domicilio- para atender al llamamiento

empresarial y,

- el elemento temporal, identificado como tiempo breve de respuesta al llamamiento de la empresa para acudir al lugar de trabajo.

Uno y otro elemento, espacial y temporal, deben provocar, en definitiva, una limitación de la libertad de deambulación y de administración del tiempo en el que el trabajador pueda dedicarse a sus intereses personales, familiares y sociales, de manera que se considerará tiempo de trabajo cuando la guardia exija la obligada permanencia en un determinado espacio físico y dar respuesta inmediata en caso de necesidad, porque en tales circunstancias el trabajador se encuentra en el ejercicio de sus funciones laborales. La obligación de permanecer presente físicamente en el lugar determinado por el empleador y la restricción que, desde un punto de vista geográfico y temporal, supone la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un breve plazo, limitan de manera objetiva las posibilidades que tiene un trabajador que se encuentra en esta situación de dedicarse a sus intereses personales y sociales.

Esta doctrina ha sido reiterada recientemente por el Alto Tribunal en STS 159/2022, de 17 febrero, Sala de lo Social, Sección 1ª (RJ 2022\1499-ECLI: ECLI:ES:TS:2022:701), en relación con las guardias de presencia física en el centro de trabajo de los empleados de ambulancias, considerándolas como tiempo de trabajo efectivo a efectos de la jornada anual, de manera que las realizadas en exceso han de considerarse como horas extras.

La doctrina hasta aquí expuesta ha sido seguida, también, por los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA (véanse, entre otras, la STSJ de Asturias 1358/2022, de 28 junio, Sala de lo Social, Sección 1ª, AS 2022\1250-ECLI:ES:TSJAS:2022:1795; la STSJ de Asturias 1244/2022, de 21 junio, Sala de lo Social, Sección 1ª (JUR 2022\268006-ECLI:ES:TSJAS:2022:2080).

El TSJ de Madrid, en su sentencia 628/2020, de 8 julio, Sala de lo Social, Sección 2ª (AS 2020\2516-ECLI:ES:TSJM:2020:7899), ha señalado, incluso, la necesaria concurrencia de esos tres elementos indicados.

No obstante, esta doctrina judicial había sido relativizada por la jurisprudencia del TJUE a partir de su sentencia de 3 de octubre de 2000, SIMAP (C-303/98-ECLI:EU:C:2000:528), porque la mera presencia en el lugar de trabajo, cuando es obligatoria y el trabajador no puede ausentarse del mismo, estando en ese tiempo disponible para prestar servicios si le es requerido, se consideró tiempo de trabajo. De la misma manera hay que considerar tiempo de trabajo el empleado en el desplazamiento a los lugares de prestación de servicios desde el propio inicio del desplazamiento cuando el trabajador no tiene un lugar de trabajo fijo, sino que cada día debe prestar sus servicios en lugares diferentes y a distancias sustancialmente distintas de su domicilio (sentencia de 10 de septiembre de 2015, Tyco, C-266/14-ECLI:EU:C:2015:578). Lo relevante entonces es la obligación presencial y la disponibilidad, más allá del hecho de que durante ese periodo haya o no una prestación efectiva de servicios.

De lo expuesto se deduce, por consiguiente, que tiene la

consideración de tiempo de trabajo presencial "todo aquel tiempo de obligación presencial en un lugar determinado a disposición de la empresa". Asimismo, es tiempo de trabajo el prestado en régimen de teletrabajo que se añada sobre la jornada presencial, ya sea para atender llamadas laborales o para contestar correos electrónicos u otros sistemas de mensajería o que impongan la obligación de estar conectados a la red mediante aparatos portátiles o fijos. Este tiempo de trabajo debe ser tenido en cuenta para calcular la jornada realizada.

A diferencia de la anterior (guardia de presencia), la denominada guardia localizada, "implica que el empleado público esté accesible de forma permanente y a disposición de la Administración empleadora para atender cualquier eventualidad, pero dispone, sin embargo, de plena libertad ambulatoria y puede "administrar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus intereses personales", en cuyo caso "sólo debe considerarse "tiempo de trabajo" en el sentido de la Directiva 2003/88 el tiempo dedicado a la prestación efectiva de servicios" (apartado 60)".

Por lo expuesto, la guardia de disponibilidad se considerará tiempo de descanso si el trabajador puede dedicarse a las actividades personales y de ocio que libremente quiera realizar, de manera que solo será tiempo de trabajo el dedicado a la prestación efectiva de servicios que requiera la intervención necesaria para atender las incidencias que durante tal periodo puedan surgir y demanden su actuación.

Esta doctrina, promocionada en el ámbito interno por la

STS 485/2020, de 18 junio, Sala de lo Social, Sección 1ª (RJ 2020\3461-ECLI: ECLI:ES:TS:2020:2747), especificó que las horas de disponibilidad que prestaban los bomberos de la Comunidad de Madrid que realizan Disponibilidad grado I, no restringían el ámbito espacial de que podía disponer el trabajador durante esa situación al no estar sujeto a permanecer o estar localizado en un lugar determinado. Del mismo modo, el tiempo de respuesta en el que debían desplazarse desde la llamada al lugar de encuentro no se podía calificar como tiempo muy limitado, breve o de respuesta inmediata, presentándose como adecuado el de treinta minutos de reacción al poder programarse el resto de su tiempo de descanso, tal y como la propia parte parece entender. Tampoco el hecho de que el trabajador deba acudir equipado al lugar de encuentro puede significar que ello contribuya en este caso a limitar la libertad del trabajador para atender sus intereses personales. En definitiva, las limitaciones señaladas no tenían entidad suficiente como para ser consideradas gravosas, en tanto se mantenía la libertad de los afectados para administrar el tiempo en el que no eran requeridos para prestar servicios. De lo expuesto se deduce que, en las denominadas guardias localizadas, el tiempo de disponibilidad, sin efectiva prestación de servicio alguno, ha de considerarse como tiempo de descanso, y no como tiempo de trabajo.

En el mismo sentido se pronunció la STS de 27 enero 2009, Sala de lo Social, Sección 1ª (RJ 2009\1440), señalando que no podían considerarse tiempo de trabajo unas guardias de localización que debían realizar unos pilotos de helicópteros, en servicios de guardia de 24 horas, de las cuales, unas eran de presencia física en base y, otras, fuera en las que debían cumplirse los

tiempos de respuesta de 30 minutos en el que el trabajador debe desplazarse a la base, ponerse la indumentaria necesaria y otras operaciones necesarias para poder emprender el vuelo.

Parece evidente que otro de los problemas que se debe de tratar en la valoración del tiempo adicional de trabajo es el de su prueba, puesto que, de lo contrario, no será posible establecer un sistema seguro que permita computar y controlar la jornada laboral, diferenciando, adecuadamente, la ordinaria del tiempo de trabajo que, por ser ya extraordinario, afecta a los derechos de los empleados públicos a la desconexión digital, al descanso y la conciliación de su vida laboral con la personal y familiar.

Esta cuestión está resuelta en al ámbito de las relaciones de naturaleza laboral, ya sean del sector privado o de las administraciones públicas y entidades de ellas dependientes. 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 (RCL 2019\399), modificó el art. 34 del 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 (RCL 2015\1654), y añadió un apartado 9 con el siguiente tenor literal:

> "La empresa garantizará 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."

Tal y como dispone el Preámbulo del RD-ley 8/2019, tiene como finalidad "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". Con esta finalidad la Inspección de Trabajo y Seguridad Social publicó el Criterio Técnico 101/2019, sobre actuación de la Inspección en materia de registro de la jornada.

Hemos de recordar aquí que esta obligación de implantar un sistema de registro diario de la jornada es distinta de la que impone la llevanza del registro de horas extraordinarias, esta última exigida por el artículo 35.5 del ET que, a efectos del cómputo de horas extraordinarias, dispone que "la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen a cada trabajador."

En definitiva, la finalidad de estos registros es la de comprobar el cumplimiento de la jornada laboral y el respeto a los tiempos de descanso, diarios y semanales, y, en su caso, de los excesos de jornada que justifican retribuciones adicionales, así como evitar la realización de horas extraordinarias retribuidas por encima del máximo previsto en el ET/15 (80 horas anuales o la proporción correspondiente si el contrato tiene una duración inferior). De ahí que los convenios colectivos también tengan que contemplar en materia de registro de jornada la particular situación de los trabajadores digitales a distancia[33].

[33] ARRIETA IDIAKEZ, F.J., "La desconexión digital y el registro de la jornada diaria en España como mecanismos para

Sin embargo, para los empleados públicos locales, también para los de las Administraciones locales, en virtud de la remisión realizada por el artículo 94 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (RCL 1985\799), la normativa reguladora vigente sería la que resulta de aplicación al personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, la Resolución de 28 de febrero de 2019, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo (RCL 2019\324). Debe tenerse en cuenta que esta resolución sólo excluye de su ámbito de aplicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin que tal exclusión alcance a los miembros de los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales.

Cierto es que en la mencionada resolución no se impone explícitamente la obligación de confeccionar el registro al que nos referimos cuando su finalidad sea la de controlar la jornada laboral de los funcionarios de carrera, pero su implantación nos parece necesaria para dar cumplimiento a la instrucción contenida en el apartado 12.3 de la mencionada resolución, en el que se impone la obligación de promover "programas de cumplimiento de la jornada de trabajo debida y de control del absentismo, adoptando las medidas necesarias para la corrección de incumplimientos e infracciones", tanto más cuando las guardias de disponibilidad impactan de manera directa en el

---

garantizar el descanso, la salud y el bienestar de los trabajadores digitales a distancia", *lan harremanak – Revista de Relaciones Laborales*, núm. 42, ISSN: 1575-7048, p. 22.

cómputo de la jornada laboral y afectan a los derechos básicos de los empleados públicos a los que ya nos hemos referido.

Por lo señalado creemos que el único método objetivo para acreditar las guardias de disponibilidad que hayan de considerarse como tiempo de trabajo efectivo es el basado en la implantación de un registro de jornada que permita comprobar el cumplimiento, también el incumplimiento de producirse, del horario laboral a los efectos retributivos y otros que deriven de esta prestación adicional a la jornada laboral ordinaria.

4. 2. La retribución de las guardias de presencia o de disponibilidad no presencial mediante el complemento de productividad

Sin duda alguna otro de los aspectos nucleares del régimen jurídico de este tiempo de trabajo es el referido a la compensación económica de las "guardias de presencia o de disponibilidad no presencial" que deben ser consideradas como tiempo de trabajo.

A nadie se le oculta que las prestaciones derivadas de las que hemos denominado "guardias presenciales o de disponibilidad no presencial" deben ser adecuadamente retribuidas. Las limitaciones que su implantación conllevan para derechos fundamentales de los empleados públicos, en particular el derecho al descanso, el derecho a la conciliación de su vida laboral con la personal y familiar, el derecho a la desconexión digital, y los derivados de éstos, deben ser compensadas con los incrementos retributivos, u otras medidas equivalentes, que resulten de los acuerdos entre las administraciones y la representación sindical de estos

empleados públicos en el seno de la Mesa de negociación articulada a ese efecto.

No resulta sencillo vincular ese incremento retributivo a la estructura salarial establecida en el ordenamiento jurídico vigente.

Como ya se sabe, nuestro ordenamiento jurídico articula las retribuciones complementarias, sin diferencia alguna en la concepción de los textos jurídicos de aplicación, más allá de la terminología, con la finalidad de compensar económicamente las características de los puestos de trabajo, la carrera profesional horizontal o el desempeño, rendimiento o resultados alcanzados por el personal funcionario, así como la realización de servicios extraordinarios.

Ha de tenerse en cuenta que para los empleados públicos de las administraciones locales el art. 93 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, remite expresamente la regulación del marco retributivo de la función pública local al establecido con carácter general para toda la función pública, ya sean básicas o complementarias, si bien para estas últimas precisa que "se atendrán, asimismo, a la estructura y criterios de valoración objetiva de las del resto de los funcionarios públicos. Su cuantía global será fijada por el Pleno de la Corporación dentro de los límites máximos y mínimos que se señalen por el Estado". La dificultad no sólo reside, en el caso de los empleados de las entidades locales, en la existencia de un marco legal de referencia conformado por la remisión mencionada, sino, también, en la necesidad de destacar que, fruto de esa remisión, tenemos un régimen jurídico de aplicación

inacabado, en la medida en que, para los empleados públicos y con carácter general, no se ha llevado a cabo un desarrollo normativo de las previsiones contenidas en el Capítulo III del Título III del del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (RCL 2015\1695) -en adelante, TREBEP-, de manera que, por aplicación de lo dispuesto en su Disposición Final Cuarta, apartado 2, los derechos retributivos recogidos en dicho capítulo no son aplicables hasta la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del Estatuto. En nuestra Comunidad Autónoma, el desarrollo legislativo ha sido abordado por la vigente Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha y el carácter supletorio de esta ley, por lo que al régimen jurídico de los funcionarios del Cuerpo de la Policía Local se refiere, impone la necesidad de tener en cuenta, como preferente, la aplicación de la normativa específica que establece el régimen de las retribuciones de los Funcionarios de Administración Local, el Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, que, resulta compatible con las previsiones contenidas en la Ley 7/1985 LBRL, en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, y con lo establecido en la ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha.

Con arreglo a las previsiones contenidas en los cuerpos legales y reglamentarios a los que nos hemos referido, la compensación económica de las denominadas "guardias presenciales o de disponibilidad no presencial" deben ser encuadradas en el régimen de las retribuciones complementarias (arts. 23 Ley 30/84, arts. 22 y 24 del Real Decreto Legislativo 5/2015 TRLEBEP;

arts. 83 y 85 de la LEPCLM 4/2011; arts. 93 de la 7/1985 LBRL, y art. 5 del Real Decreto 861/1986;). El desarrollo de las denominadas "guardias presenciales o de disponibilidad no presencial", ofrece un modelo de prestaciones adicionales a la jornada ordinaria laboral que, con las limitaciones espaciales y temporales a las que ya nos hemos referido, exige, un tiempo adicional de trabajo que debe ser adecuadamente retribuido.

Descendiendo a la normativa de ejecución, al desarrollo reglamentario llevado a cabo por el Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los funcionarios de Administración Local, el artículo 1 de la norma limita las retribuciones a las fijadas con carácter general en los textos legales a los que nos hemos referido, de manera que los funcionarios locales sólo podrán ser remunerados por los conceptos retributivos establecidos en el artículo 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

En nuestra opinión, la retribución de las "guardias presenciales o de disponibilidad no presencial", no debe vincularse, en el marco de las retribuciones complementarias, al complemento específico. Por su régimen y características, el complemento retributivo mencionado exige una valoración previa de determinados puestos de trabajo en base a criterios objetivos, que hayan de diferenciarse de los demás de la organización pública correspondiente asignados a los integrantes de un determinado cuerpo de funcionarios, y grupo o subgrupo de clasificación correspondiente, por su "especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad o

penosidad", o por otras condiciones particulares que justifiquen el pretendido complemento. El complemento específico, por tanto, retribuye las especiales características de puestos de trabajo singularizados por alguna de las condiciones mencionadas, previamente valoradas y especificadas en las relaciones de puestos de trabajo que debe aprobar los órganos de gobierno de las diferentes administraciones públicas. Como hemos señalado, las guardias de presencia o de disponibilidad no presencial, el tiempo de trabajo que representan, no responde a la objetivación de condiciones especiales en determinados puestos de trabajo, se trata de una medida que, aun siendo voluntarias para los empleados públicos, tiene carácter general y retribuye una prestación laboral adicional, una prolongación del tiempo de trabajo ordinario, que debe ser compensada con cargo a un concepto retributivo diferente al complemento específico.

La compensación económica de estas "guardias presenciales o de disponibilidad no presencial" encaja, por sus características, en el complemento retributivo de productividad. Bien es verdad que este tiempo de trabajo adicional a la jornada ordinaria podría retribuirse mediante gratificaciones extraordinarias, pero ello sería , a nuestro juicio, incompatible con la configuración de turnos de disponibilidad permanente o recurrentes como los que habitualmente se diseñan en el ámbito de los empleos públicos vinculados a determinados cuerpos de funcionarios que prestan servicios públicos esenciales, sería el caso de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad de las diferentes administraciones públicas, empleados de los servicios de salud, cuerpos dedicados a la extinción de incendios o con funciones de salvamento, etc.

Con carácter general, el artículo 24 del TREBEP dispone que *"La cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán por las correspondientes leyes de cada Administración Pública atendiendo, entre otros, a los siguientes factores: …… c) El grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos."*

Por su parte, la Ley de Empleo Púbico de Castilla-La Mancha, establece, en su artículo 85.5, que *"Las Administraciones públicas de Castilla-La Mancha podrán establecer un incentivo por objetivos que retribuya el grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el personal funcionario desempeña su puesto de trabajo o el rendimiento o resultados obtenidos. Su percepción no será fija y requerirá la aprobación previa de un sistema objetivo que permita evaluar el desempeño de acuerdo con lo establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 66. Las cuantías individuales del incentivo por objetivos serán públicas."*

En el ámbito local, el art. 5, intitulado "Complemento de productividad", del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, contiene una regulación detallada de este complemento retributivo, enmarca, desde un punto de vista formal, el complemento de productividad entre las retribuciones complementarias y está destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés e iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo, aunque, tal y como se dispone en el segundo apartado del precepto, la apreciación de la productividad debe realizarse en

función de circunstancias objetivas relacionadas directamente con el desempeño del puesto de trabajo y objetivos asignados al mismo.

Se trata de retribuir con ese incremento salarial "*el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés e iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo".* Circunstancias objetivas que concurren en la prestación de "tiempo de trabajo" por parte de los funcionarios que, voluntariamente, y con respecto a los límites exigidos por sus derechos fundamentales, se pongan a disposición de sus administraciones públicas para desarrollar las actividades propias de sus puestos de trabajo, cuando sean requeridos para ello y garantizando con su prestación una respuesta eficaz e inmediata a los requerimientos de la jefatura del cuerpo para satisfacer las necesidades públicas, y renunciado a las actividades personales, familiares y sociales propias de quien dispone de tiempo libre o de descanso que le permita programarlas y desarrollarlas a su antojo y conveniencia.

Para implementar la retribución mediante el complemento que proponemos, habrán de tenerse en cuentas las prevenciones exigidas por las normas invocadas, en particular, las siguientes:

- La productividad deberá realizarse en función de circunstancias objetivas relacionadas directamente con el desempeño del puesto de trabajo y objetivos asignados al mismo.
- Las cuantías asignadas por este complemento de productividad durante un período de tiempo no originarán derechos económicos futuros para sus beneficiarios, de manera que para periodos sucesivos habrá de revisarse su procedencia y

mantenimiento, o no, en función de la permanencia, o no, de las circunstancias que justificaron su abono.

- Las cantidades asignadas por este complemento retributivo deben ser determinadas en los presupuestos de las Administraciones Públicas correspondientes, publicadas para su conocimiento, tanto de los demás funcionarios de la Corporación como de los representantes sindicales, y asignadas por los órganos de gobierno conforme a los criterios establecidos en cada una de las administraciones públicas.

Expuesto el régimen jurídico vigente sobre el mencionado complemento de productividad y su finalidad, conviene, que analicemos el régimen de este complemento retributivo en el marco de la doctrina judicial que su aplicación ha generado.

Los perfiles de esta retribución complementaria se han ido concretando a través de la jurisprudencia. De esta forma, por ejemplo, en la STSJ de Madrid de 10 enero 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª (JUR 2002\133606), FJ 3º, se afirma que el complemento de productividad está "(…) relacionado con el trabajo directamente desarrollado, con la finalidad de remunerar aquella actividad que se realiza más allá de la normalmente exigible, en calidad o en cantidad, y, en fin, encaminado a premiar o compensar el particular celo del funcionario".

Desde esta perspectiva, resulta evidente que el complemento de productividad siempre está ligado a una actividad de carácter extraordinario (art. 5 del Real Decreto 861/1986), de tal forma que, como así se

estableció en la STS de 30 enero 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, (RJ 1998\1700), FJ 4º, el complemento de productividad, "(…) constituye un concepto que la Administración puede utilizar, junto a los demás que vienen determinados legalmente, para retribuir la prestación de una jornada de trabajo de 40 horas semanales, superior a la ordinaria de 37 horas y media por semana", es decir, podría aplicarse en aquellos supuestos en los que el trabajador supera el número de horas ordinarias correspondientes a su puesto de trabajo.

Un aspecto importante que hay que resaltar para diferenciar el complemento de productividad del complemento específico, es que la asignación de este último, tal y como ha subrayado la jurisprudencia "[el complemento específico] (...) tiene una clara naturaleza objetiva y su determinación exige una valoración de los vectores asignados funcionalmente al puesto de trabajo con absoluta abstracción de las circunstancias subjetivas de quien lo ocupa. Por su parte, el complemento de productividad tiene una evidente naturaleza subjetiva cuya asignación requiere una evaluación de la labor desempeñada por cada funcionario. Esta distinta configuración determina que su asignación concreta no se lleve a cabo mediante una resolución de carácter general, sino mediante los actos individuales de aplicación, previa valoración individual del trabajo desarrollado por cada funcionario" (STSJ de Galicia 842/2012 de 6 junio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª -JUR 2012\228197-ECLI:ES:TSJGAL:2012:5103-, FJ 3º), razón por la cual hemos de entender que su naturaleza tiene carácter subjetivo. Esta característica no es óbice para que, en aplicación de los principios de igualdad y no

discriminación, deba de aplicarse a todos los trabajadores que desempeñan la misma función extraordinaria. Ahora bien, lo indicado no es obstáculo para poder afirmar que dicho complemento de productividad debe de estar siempre ligado al desempeño de la función extraordinaria realizada por el trabajador, con lo que, de forma indirecta, se confirma, tal y como ha declarado la STS de 3 julio 1990, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª (RJ 1990\5958), FJ 1º, que está en función de, entre otras circunstancias, "(…) la actividad extraordinaria o interés con que se desempeñe el puesto de trabajo, sin que en ningún caso constituya un derecho adquirido que haya de subsistir en lo sucesivo con independencia del puesto de trabajo que cada momento se desempeñe o de la actividad y rendimiento desplegada en el mismo".

La solución al problema planteado por las denominadas "guardias presenciales o de disponibilidad no presencial" que, cumpliendo los requisitos que se han establecido en la jurisprudencia del TJUE y de los órganos judiciales nacionales, exigen una retribución complementaria que compense el esfuerzo extraordinario que deben realizar los empleados públicos a costa de sus derechos, por ello nos parece adecuada la vinculación de dicho esfuerzo al complemento de productividad, complemento retributivo que ha sido considerado apropiado para este fin por múltiples sentencias, puesto que es personal, no genera ni consolida futuros derechos, y compensa la extraordinaria dedicación y esfuerzo del trabajador, es decir, compensa un exceso de horas, de tiempo de trabajo, más allá de la jornada general y ordinaria, y que no es sino la manifestación concreta de esa dedicación

especial y extraordinaria a la que se refieren los órganos judiciales.

Abundando en esta cuestión, el abono de las guardias en régimen de presencia, o de disponibilidad no presencial, debe de efectuarse, a nuestro juicio, a través del complemento de productividad, como, por ejemplo, se concluyó en la SAN de 17 febrero 2021, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª (RJCA\2021\301-ECLI:ECLI:ES:AN:2021:523), FJ 5º. En este sentido, la jurisprudencia ha mantenido sin ambages que la remuneración de las guardias es una "(…) retribución ordinaria, fija, aunque pueda ser de cuantía variable -la retribución se realiza mediante la aplicación de importes fijados anualmente para cada clase de guardia-, y de devengo periódico puesto que el servicio de guardia es permanente…" (SAN 553/2016, de 5 octubre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, JUR\2016\232132-ECLI:ES:AN:2016:3803, FJ 3º).

Finalmente, y para descartar su retribución mediante otras percepciones complementarias, queremos insistir en la idea de que la retribución satisfecha por guardias no puede calificarse como gratificación, sino como retribución ordinaria. En este sentido se ha pronunciado también la SAN 553/2016, de 5 octubre, FJ 3º, indicando que "La Sala Tercera ha excluido que pudiese integrarse en el artículo 23.3.d) de la Ley 30/1984 , como «gratificación por servicios extraordinarios» pues las guardias [...] son una parte de la «jornada normal» que han de realizar los funcionarios […] de la Administración demandada, y por ello, no pueden calificarse como horas extraordinarias, sino como jornada especial al constituir la jornada ordinaria o normal para los funcionarios (…) que la tienen establecida. Consiguientemente, la

retribución satisfecha por ese tiempo de servicio tiene la consideración de retribución ordinaria, ya que el tiempo invertido en las guardias (…) tiene la consideración de tiempo complementario de la jornada normal y, por tanto, su importe forma parte de las retribuciones generales (…)".

Por todo lo expuesto, nada obsta, desde la valoración jurídica que proponemos, que fruto del acuerdo entre la Administración local y los representantes sindicales de los empleados públicos se pacte una retribución adicional que compense el "tiempo de trabajo", también adicional, que entrañan las denominadas "guardias presenciales o de disponibilidad no presencial".

V. CONCLUSIONES

Primera.- La primera conclusión que podemos extraer de nuestra reflexión es que, tanto las disposiciones de la Carta como los principios generales del Derecho contenidos en ella, pueden ser invocados por los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales y, en su caso, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es importante señalar que, aunque la Carta no forma parte del Tratado de Lisboa, tiene el mismo estatuto jurídico que los demás Tratados que constituyen el Derecho primario de la UE. En este sentido, debemos indicar que el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea reconoce a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea el mismo valor jurídico que los Tratados.

Segunda.- Si bien la Carta de la UE no menciona directamente el derecho a la desconexión, el derecho al descanso y la limitación del tiempo de trabajo, como se establece en el artículo 31.2, implican una protección implícita de este derecho. El TJUE ha sido claro en su postura sobre la protección del derecho al descanso y la limitación de la jornada laboral, como se ha visto en varios casos.

Tercera.- El derecho a la desconexión plantea hoy un verdadero desafío que debe ser resuelto adecuadamente en la legislación laboral y de empleo público, a saber, equilibrar los derechos e intereses de los empleadores y los trabajadores, ya sean públicos o privados. Los empleadores tienen un interés legítimo en organizar sus recursos de manera eficiente en el marco de la libertad de empresa y en el ejercicio de sus poderes de dirección y organización, mientras que los trabajadores tienen derechos y libertades fundamentales que deben respetarse. La tensión entre estos dos conjuntos de intereses y derechos generan conflictos que deben abordarse a través de un sistema normativo eficiente y un proceso de negociación colectiva que garantice el derecho al descanso, por ende, a la desconexión digital, mediante la articulación de políticas laborales que protejan esos derechos fundamentales.

Cuarta.- El derecho a la desconexión digital es una expresión particular del derecho fundamental al descanso, reconocido en al menos otros cuatro derechos fundamentales consagrados en la Constitución española: el derecho a la salud, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, y el derecho a conciliar el trabajo, la familia y la vida personal, en definitiva, el derecho a la intimidad. Asimismo, podemos afirmar que el derecho a la desconexión digital tiene un carácter

transversal, ya que se ha convertido en condición necesaria para la conciliación de la vida laboral, la vida privada y el adecuado ejercicio del derecho al descanso, derechos todos ellos necesarios para garantizar un entorno de trabajo seguro y saludable.

Quinta.- La Directiva 2003/88/CE ha tenido un gran impacto normativo en las relaciones laborales y el tiempo de trabajo. Normas como la Ley 10/2021, la Ley de trabajo a distancia, el Real Decreto-ley 28/2020, del Teletrabajo, o el Real Decreto-ley 8/2019, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, se basan en la Directiva.

Sexta.- De la jurisprudencia del TJUE se deduce que la Directiva 2003/88/CE establece que los regímenes de presencia física o de disponibilidad no presencial deben considerarse tiempo de trabajo efectivo si cumplen unos determinados requisitos. En todo caso se debe de encontrar un equilibrio entre los deberes de disponibilidad y los derechos relacionados con la desconexión digital.

Séptima.- En cuanto al régimen de guardia en régimen de disponibilidad no presencial, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 21 de febrero de 2018, Ville de Nivelles / Rudy Matzak, C-518/15, ECLI:EU:C:2018:82, estableció que un período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial debe calificarse igualmente, en su totalidad, de "tiempo de trabajo" en el sentido de la Directiva 2003/88 cuando, habida cuenta de la incidencia objetiva y considerable de las limitaciones impuestas al trabajador en lo que atañe

a la posibilidad de dedicarse a sus intereses personales y sociales, se distingue de un período durante el cual el trabajador solo debe estar a disposición de su empresario a los efectos de que este pueda localizarle.

Octava.- La jurisprudencia del TJUE ha precisado dos limitaciones. La primera es el plazo de que dispone el trabajador durante su período de guardia para reanudar sus actividades profesionales a partir del momento en que el empresario requiere sus servicios: un período de guardia durante el cual el plazo impuesto al trabajador para volver al trabajo se limita a algunos minutos debe, en principio, considerarse, en su totalidad, "tiempo de trabajo" en el sentido de esta Directiva, puesto que, en este último caso, se disuade claramente al trabajador, en la práctica, de planificar cualquier actividad de recreo, ni tan siquiera de corta duración; la segunda, es la frecuencia media de las prestaciones efectivas normalmente realizadas por el trabajador durante cada uno de sus períodos de guardia, siempre que esta pueda estimarse de manera objetiva, puesto que existe una relación entre el número de intervenciones promedio a las que puede estar trabajador en un periodo de guardia y la administrar su tiempo libre durante los períodos de inactividad.

Novena.- En relación con las retribuciones que podría derivarse en el caso de un servicio de atención continuada no presencial, el TJUE ha declarado, reiteradamente, que la Directiva 2003/88/CE solo regula determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo para garantizar la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores y, por tanto, no se aplica a su remuneración. Sin embargo, el TJUE ha especificado que la Directiva no impide la aplicación de normas nacionales, convenios colectivos o decisiones de

empleadores que traten de manera diferente los períodos durante los cuales se realiza el trabajo efectivo y aquellos durante los cuales no se realiza un trabajo efectivo, incluso si estos períodos deben considerarse como "tiempo de trabajo" a efectos de la Directiva.

Décima.- Como ya se ha expuesto, no hay duda alguna a la hora de invocar el reconocimiento para los empleados públicos del derecho a la desconexión digital. El derecho se regula en el art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, dentro del Título X relativo a las "Garantías de los derechos digitales", y entronca con los arts. 18.4 y 40.2 de la CE y, con carácter básico, con el derecho "*A la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*", explicitado en la letra j bis) del artículo 14 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y, entre otros, con los derechos *"al respeto de su intimidad (art. 96.h)", "A la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (art. 96.j)", l) A recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 96.l)" y "A las vacaciones, descansos y permisos (art. 96.m),* todos ellos de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce, sin paliativos, "el derecho a no responder a las llamadas, mensajes, correos o requerimientos (empresariales o de las administraciones públicas) recibidos fuera de la jornada de trabajo.

Decimoprimera.- Del ordenamiento jurídico objetivo que hemos invocado, se deduce que "*Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores".*

Queda claro que cualquier prestación laboral que pueda afectar al ejercicio de los derechos amparados por la "desconexión digital" deben ser objeto de la necesaria, y previa, negociación colectiva entre la Administración pública y la representación sindical de los trabajadores afectados.

Decimosegunda.- De manera uniforme, e inequívoca, el TJUE y los órganos judiciales nacionales reconocen y califican las guardias de disponibilidad como "tiempo de trabajo", siempre que concurran los siguientes requisitos:

- un el elemento espacial, de manera que el tiempo de trabajo exige que el trabajador esté obligado a permanecer en las instalaciones de la empresa, de la Administración, o en cualquier otro lugar designado por el empleador -incluido el propio domicilio- para atender al llamamiento empresarial y,

- el elemento temporal, identificado como tiempo breve de respuesta al llamamiento de la empresa para acudir al lugar de trabajo.

Por lo expuesto, la guardia de disponibilidad (localizada) se considerará tiempo de descanso si el trabajador puede dedicarse a las actividades personales y de ocio que libremente quiera realizar, de manera que solo será tiempo de trabajo el dedicado a la prestación efectiva de servicios que requiera la intervención necesaria para atender las incidencias que durante tal periodo puedan surgir y demanden su actuación.

Decimotercera.- Las prestaciones derivadas de las que hemos denominado "guardias presenciales o de disponibilidad no presencial" deben ser adecuadamente retribuidas. Las limitaciones que su implantación conllevan para derechos fundamentales de los empleados públicos, en particular el derecho al descanso, el derecho a la conciliación de su vida laboral con la personal y familiar, el derecho a la desconexión digital, y los derivados de éstos, deben ser compensadas con los incrementos retributivos, u otras medidas equivalentes, que resulten de los acuerdos entre las administraciones públicas y la representación sindical de los empleados públicos en el seno de la Mesas de negociación correspondientes.

Las retribuciones destinadas a compensar el tiempo de trabajo generado con las guardias mencionadas, deben ser complementarias y, dentro de ellas, encuadradas en el complemento de productividad.

Se trata, con esta percepción complementaria, de retribuir con ese incremento salarial "*el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés e iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo".* Circunstancias objetivas que concurren en la prestación del "tiempo de trabajo" por parte de los funcionarios que, voluntariamente y con respecto a los límites exigidos por sus derechos fundamentales, se ponen a disposición de sus administraciones públicas para desarrollar las actividades propias de sus puestos de trabajo y renunciado, en consecuencia, a las actividades personales, familiares y sociales propias de quien dispone de tiempo libre o de descanso que le permita programarlas y desarrollarlas a su antojo y conveniencia.

Cumpliendo los requisitos que hemos expuesto en el epígrafe correspondiente, nada obsta, desde la valoración jurídica que proponemos, a que fruto del acuerdo entre la Administración local y los representantes sindicales de los empleados públicos concernidos se pacte una retribución adicional que compense el "tiempo de trabajo", también adicional, que entrañan las denominadas "guardias presenciales o de disponibilidad no presencial". Debe tenerse en cuenta que las cuantías asignadas por este complemento de productividad durante un período de tiempo no originarán derechos económicos futuros para sus beneficiarios, de manera que para periodos sucesivos habrá de revisarse su procedencia y mantenimiento, o no, en función de la permanencia, o no, de las circunstancias que justificaron su abono.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALEMÁN PÁEZ, Francisco, "El derecho de desconexión digital (1). Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi Travail N.º 2016-1088", *Trabajo y Derecho*, ISSN: 2386-8090, núm.30, junio, 2017, pp. 1-29.

ARZOZ SANTISTEBAN, X., "Derecho al respeto de la vida privada y familiar", *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Aranzadi, BIB 2009\1889, ISBN 978-84-470-3217-4, Enero de 2009, p. 1-2.

BARON, Frédéric, "La notion de temps de travail en droit communautaire", *Droit social*, ISSN: 0012-6438, 2001, p.1097-1102.

BEL ANTAKI, Jennifer, "Nuevos derechos digitales de los trabajadores: las claves en cinco preguntas y respuestas", Actualidad Jurídica Aranzadi, ISSN: 1132-0257, núm. 948, 2019, BIB 2019\604, pp. 1-5.

FAIRHURST, John, "SIMAP. Interpreting the Working Time Directive", *Industrial Law Journal,* Vol. 30, núm. 2, ISSN: 0305-9332, 2001, pp. 236-243.

FERNÁNDEZ, Carlos B., "¿Cómo quedará el derecho a la desconexión digital en la nueva LOPD?", *Diario La Ley*, ISSN: 1989-6913, núm.21, octubre, 2018, pp. 1-4.

FERNÁNDEZ AVILÉS , J . A ., "NTC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de

mejora", *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, núm.2, 2017, pp. 69-101.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Carlos, "Francia: entra en vigor el derecho a la desconexión digital del trabajador con la empresa", *Diario La Ley*, ISSN: 1989-6913, núm. 2, enero, 2017, pp. 1-5

FRANKE, Ingeborg, "Bereitschaftsdienst der Beamten im Lichte europäischen Rechts", *Zeitschrift für Beamtenrecht*, ISSN: 0514-2571, 2003, pp. 329-334.

GALLEGO MONTALBÁN, Jonathan, "¿Deben considerarse las guardias domiciliarias o de localización tiempo de trabajo? Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2018 - Asunto Matzak, C-518/15", *Revista de derecho social*, ISSN: 1138-86922018, núm. 82, pp. 133-141.

GONZÁLEZ LABRADA, Manuel, "El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance", Revista de derecho social, ISSN: 1138-8692, núm. 87, 2019, pp. 91-112.

GONZÁLEZ-ROBATTO DE ENA, Sol y MARTÍN APOITA, Javier, "Convenios colectivos y derecho a la desconexión", LA LEY privacidad, ISSN-e: 2659-8698, núm. 2, julio, 2019, pp. 1-8.

GONZÁLEZ TAPIA, María Luisa, "Los derechos digitales en la Ley Orgánica 3/2018", *Diario La Ley*, ISSN: 1989-6913, núm. 9324, diciembre, 2018, pp. 1-8.

MARTÍN MUÑOZ, M.ª Rosa, "El derecho a la desconexión digital en España: un análisis de su regulación legal y convencional", Revista Española de Derecho del Trabajo, ISSN: 2444-3476, núm. 239/2021, BIB\2021\1404, pp. 1-36.

NARANJO COLORADO, L.D., "Vicisitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: Un análisis desde la base del derecho laboral", Saber, Ciencia y Libertad, Vol. 12, núm. 2, julio-diciembre, ISSN: 1794-7154, 2017, pp. 49-57.

PÉREZ CAMPOS, Ana Isabel, "La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral?", Anuario jurídico y económico escurialense, ISSN: 1133-3677, núm. 52, 2019, pp. 101-124.

PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel, "Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión: claves teóricas y prácticas", *Anuario IET. Presente y futuro del trabajo*, ISSN: 2339-5753, Vol. 5, 2018, pp. 95-110.

SEPÚLVEDA GÓMEZ, María, "Negociación colectiva y derechos digitales en el empleo público", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ISSN-e: 1696-9626, núm. 54, 2019, pp. 138-167.

REQUENA MONTES, Óscar, "Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva", *Lex social: revista de los derechos sociales*, ISSN-e: 2174-6419, Vol. 10, núm. 2, 2020, pp. 541-560.

RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, "La ordenación del tiempo de trabajo: el caso del SIMAP", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, ISSN: 2254-3295, núm. 102, 2013, pp. 145-164.

TALÉNS VISCONTI, Eduardo Enrique, "El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral", *Revista Vasca*

de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, e-ISSN: 2531-2103, núm. 17, 2019, pp. 150-161.

TERRADILLOS ORMAECHEA, Miren Edurne, "El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica", *Revista de relaciones laborales*, ISSN: 1575-7048, núm. 42, 2019, pp. 1-32.

VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa, "El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, ISSN-e 2282-2313, Vol. 8, Núm. 1, 2020.

Gabilex

Nº 36

Diciembre 2023

http://gabilex.castillalamancha.es

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-LEGISLADOR POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN: LA SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 2022 DEL TJUE

THE RESPONSIBILITY OF THE STATE-LEGISLATOR FOR INFRINGEMENT OF UNION LAW: THE RULING OF JUNE 28, 2022 OF THE CJEU

D. Prof. Dr. Jorge Antonio Jiménez Carrero
Prof. Dr. de Derecho Administrativo y Extranjería
Universidad Europea de Madrid

Resumen: El presente artículo tiene como objetivos, en primer lugar, analizar la figura de la responsabilidad patrimonial configurada de acuerdo con la Ley 39/2015 y 40/2015. En segundo término, se analiza de manera pormenorizada la sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022 (asunto C-278/20), cuya consecuencia inmediata será la reforma parcial en España de la Ley 39/2015 y

40/2015. Finalmente, se establece una propuesta de reforma normativa a nivel europeo para construir un sistema de responsabilidad patrimonial más eficaz que el actual, buscando la colaboración entre la Administración europea, estatal y autonómica.

Palabras clave: responsabilidad patrimonial, Unión Europea, principio de efectividad, responsabilidad del Estado legislador

Abstract: The objectives of this article are, first of all, to analyze the figure of patrimonial liability configured in accordance with Law 39/2015 and 40/2015. Secondly, the CJEU ruling of June 28, 2022 (case C-278/20) is analyzed in detail, the immediate consequence of which will be the partial reform in Spain of Law 39/2015 and 40/2015. Finally, a proposal for regulatory reform is established at the European level to build a system of asset liability more effective than the current one, seeking collaboration between the European, state and regional Administration.

Keywords: patrimonial responsibility, European Union, principle of effectiveness, responsibility of the legislating State

Sumario: I. Las bases de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el ordenamiento jurídico español II. El impacto de la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022 (asunto C-278/20) en la responsabilidad del Estado legislador. III. Las consecuencias de la resolución del TJUE. 3.1. La inevitable reforma de la Ley 39/2015 y 40/2015. 3.2. Una propuesta de reforma que trasciende

el ámbito interno español. IV. Conclusiones. V. Bibliografía

I. Las bases de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el ordenamiento jurídico español

Resulta pertinente conocer, en primer término, que en el contexto del ordenamiento jurídico estatal, la ya derogada Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común fue la encargada de regular esta institución. Sin embargo, en la actualidad son la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, las encargadas de regular esta figura[1].

En este sentido, a fin de analizar la institución de la responsabilidad patrimonial, resulta obligatorio fijarnos

[1] Hemos de adelantar que la regulación vigente de la responsabilidad patrimonial viene condicionada por el famoso "céntimo sanitario" (Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos), impuesto no acorde con el Derecho de la Unión y que supuso que la Administración tuviera que devolver parte de lo recaudado a los contribuyentes entre el año 2002 y 2013. Como señala IBÁÑEZ GARCÍA (2021): "*Se pretendió con la reforma que, para el futuro, los ciudadanos y empresas tuvieran escasas o nulas posibilidades de ser resarcidos por la declaración de normas nacionales contrarias al derecho de la UE…*"

en el Capítulo IV del Título Preliminar de la mencionada Ley 40/2015, que regula las bases por las que ha de regirse la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (arts. 32 a 37), que descansa sobre la posibilidad de indemnización a los particulares por parte de la Administración Pública, encontrando dicho sistema legal su respaldo en la Constitución[2].

Además de la situación típica en la que el derecho al resarcimiento o indemnización puede nacer como consecuencia de una actuación normal o anormal de los servicios públicos, el art. 32 apartado 5 se encarga de regular también en qué situaciones dicha indemnización podrá nacer como resultado de una mala praxis del legislador, que traería como consecuencia la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea. Así lo expresa SALDAÑA ORTEGA (2022): "*El principio de responsabilidad patrimonial de los Estados se extiende a todos los actos estatales – incluidos aquellos actos legislativos o administrativos que deben cumplir con la aplicación del Derecho Comunitario*…"

En este orden de cosas, además de reconocer esta situación, que haría acreedor al interesado perjudicado de una indemnización, la Ley 40/2015 supedita este resarcimiento al cumplimiento de varios requisitos:

[2] El art. 106.2 de la CE señala: "*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*".

- El particular debe haber obtenido una sentencia firme que desestime un recurso contra la acción administrativa que ocasiona el daño, y siempre que en el recurso se hubiere hecho mención de la conculcación del Derecho de la Unión por parte de la norma;
- La norma vulnerada debe otorgar derechos a los particulares;
- El incumplimiento debe ser suficiente;
- Se da la existencia de nexo causal entre el incumplimiento y el daño.

Otra arista de este tipo de responsabilidad patrimonial viene constituida por el apartado 6 del art. 32 de la Ley 40/2015, en tanto en cuanto se establece que los efectos de la sentencia que declare que una norma es contraria al Derecho de la UE se producirán cuando la misma se publique en el Diario Oficial de la UE - DOUE.

En esta línea, el art. 34 apartado 1 de la Ley 40/2015 establece un límite temporal para el resarcimiento de los daños producidos en el marco de la responsabilidad del Estado legislador: únicamente se tendrán en cuenta los daños causados en los cinco años anteriores a la fecha de publicación de la sentencia en el DOUE.

Finalmente, el art. 67, apartado 1 de la Ley 39/2015 señala que el derecho a reclamar la indemnización por responsabilidad del Estado legislador prescribe en un año, a contar desde que se publica en el DOUE la sentencia que declara que una norma es contraria al Derecho de la UE.

A título de ejemplo jurisprudencial, resulta relevante mencionar que ya antes del pronunciamiento del

Tribunal de Luxemburgo constituido por la sentencia de 28 de junio de 2022 en el asunto C-278/20, el Tribunal Supremo vino a hacer una interpretación que cuestionaba la regulación de la responsabilidad patrimonial en el ámbito del ordenamiento jurídico interno. Entre otras, podemos traer a colación la Sentencia núm. 637/2021 de 6 mayo del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), que versa sobre una hipotética responsabilidad patrimonial del Estado legislador por omisión, esto es, el Estado, al no haber legislado en consonancia con el Derecho de la Unión (al no transponer en tiempo y forma una Directiva), ha producido un perjuicio a los interesados que reviste el carácter de indemnizable. Efectivamente, señala la sentencia del TS:

"Esta falta de actividad del legislador, pues la regulación de la compensación equitativa exige norma con rango de ley, determinó la imposibilidad de dar cumplimiento al requisito establecido en el art. 32.5 de la Ley 40/2015, debiendo ejercitarse directamente la presente acción de responsabilidad patrimonial del Estado".

El requisito del que habla la sentencia no es otro que el de habiéndose declarado la infracción del Derecho de la Unión, el particular hubiere obtenido previamente una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra una actuación administrativa, habiendo indicado en dicho recurso la vulneración del Derecho comunitario.

Efectivamente, la regulación mencionada del art. 32.5 de la Ley 40/2015 habla en todo caso de actuación administrativa, que lógicamente vendría respaldada por

una norma legal (principio de legalidad de la actividad administrativa). Así, si no hay actuación administrativa porque no hay norma legal que la respalde -omisión legislativa- y se produce un daño antijuridico (contrario a los derechos otorgados por el Derecho de la Unión a los ciudadanos), dicha situación quedaría desamparada y carente de base legal para iniciar una acción de responsabilidad patrimonial. De alguna manera, en ese hipotético escenario, el Estado legislador estaría posicionándose de forma ventajosa gracias, precisamente, a su inactividad legislativa.

Esto es precisamente lo que la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 637/2021 viene a abordar en su Fundamento Jurídico 5º y siguientes, apoyándose para ello, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 1991 (asunto Francovich)[3] y en el

[3] Baste recordar que esta importante sentencia del TJUE señala, entre otros puntos:

- Cuando un Estado miembro no ha transpuesto a tiempo una Directiva, y el contenido de la misma resulta lo suficientemente claro, el mismo se puede invocar en contra de normas nacionales no acordes a la Directiva;
- Los particulares deben tener la oportunidad de acceder a una reparación cuando sus derechos son conculcados por una infracción del Derecho de la UE y dicha vulneración es debida a la acción u omisión de un Estado miembro ("principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario").
- Los tres requisitos esenciales que deben concurrir para invocar una indemnización son: 1) la norma europea atribuye derechos a los ciudadanos, 2) el contenido de los derechos quedan bien delimitados en la norma

dictamen del Consejo de Estado con nº de expediente 1066/2019 (Cultura y Deporte) de 9 de julio de 2020 (Consejo de Estado, 2020).

De modo sintético, lo que viene a consagrar en primer lugar la mencionada sentencia, que recoge la interpretación dada en otras anteriores de la misma orientación[4], es que para que se entienda por cumplido el requisito del art. 32.4 de la Ley 40/2015 (y, a nuestro juicio, por extensión el del art. 32.5) será suficiente con que el particular presuntamente perjudicado haya instado a la revisión de oficio del acto nulo, junto con el posterior recurso en vía judicial, poniendo en duda la constitucionalidad (o, a nuestro juicio, adecuación con el Derecho de la UE) de la actuación administrativa practicada[5]. En este punto, resulta clara la convicción

europea; y 3) existe un nexo causal entre el incumplimiento del Estado y el daño producido.

[4] Vid. también las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 1186/2020, de 21 de septiembre y 1706/2020, de 10 de diciembre, así como 264/265/2021, de 25 de enero.

[5] Siguiendo a Ibáñez García (2021:7-8), resulta oportuno también compartir la opinión del autor en tanto en cuanto considera que, tal y como quedan redactados los artículos de la Ley 40/2015, dicha redacción supondría la infracción del "principio de fiabilidad del sistema legal". Así, la actual regulación implicaría que los ciudadanos deberían ser fiscalizadores de la constitucionalidad de las leyes o de la adecuación de la normativa interna al Derecho de la Unión, situación que entra en contradicción con la tolerancia que un particular ha de tener, a priori, para con la legalidad vigente, que se presupone que de entrada es conforme a la Constitución y al Derecho de la Unión.

interpretativa del Tribunal Supremo, en la medida en que hace referencia al asunto C-278/20, que en ese momento estaba pendiente de resolución, e indica que "*Con independencia del resultado del recurso de incumplimiento (C-278/20)* […] *debemos estar a la mencionada interpretación, sin necesidad de plantear cuestión prejudicial alguna*…"

En segundo lugar, en lo que a la responsabilidad del Estado legislador por omisión se refiere, y que es el objeto de estudio del caso planteado, el Tribunal Supremo rechaza que deba exigirse una declaración jurisdiccional de la infracción del Derecho de la UE, en tanto en cuanto no existe, a nivel nacional, una norma que pueda ser declarada contraria al Derecho de la Unión, constituyendo esta ausencia normativa una infracción del Estado miembro, que tenía la obligación de regular una materia con base en una normativa europea y no lo hizo en el plazo marcado.

Por lo tanto, observamos como incluso antes del pronunciamiento del TJUE de 28 de junio de 2022, ya el Tribunal Supremo venía realizando una labor interpretativa que exponía las deficiencias en la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador y matizaba con creces el alcance de la regulación.

Así, como recoge IBÁÑEZ GARCÍA (2021), otras sentencias del Tribunal Supremo vinieron a cuestionar los distintos preceptos de la regulación de la responsabilidad patrimonial: "*Sentencia 1158/2020, de 14 de septiembre; 1186/2020, de 21 de septiembre; 1275/2020, de 5 de octubre; 1264/2020, de 7 de*

octubre; 1351/2020, de 17 de octubre, y 1384/2020, de 22 de octubre".

A título de ejemplo, fijémonos en la contundencia con que se expresa la sentencia núm. 1158/2020 de 14 septiembre, en este caso refiriéndose a las normas internas declaradas posteriormente inconstitucionales (art. 32.4 Ley 40/2015), en lugar de contrarias al Derecho de la Unión (art. 32.5 Ley 40/2015):

"*La Ley, en efecto, goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo. Por otra parte, los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley, sino que únicamente pueden solicitar del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad* […] *La interpretación contraria supondría imponer a los particulares que pueden verse afectados por una ley que reputen inconstitucional la carga de impugnar, primero en vía administrativa (en la que no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad) y luego ante la jurisdicción contencioso-administrativa, agotando todas las instancias y grados si fuera menester, todos los actos dictados en aplicación de dicha ley, para agotar las posibilidades de que el tribunal plantease la cuestión de inconstitucionalidad. Basta este enunciado para advertir lo absurdo de las consecuencias que resultarían de dicha interpretación, cuyo mantenimiento equivale a sostener la necesidad jurídica de una situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable*."

II. El impacto de la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022 (asunto C-278/20) en la responsabilidad del Estado legislador

Como sabemos, en 2022 el Tribunal de Justicia de la UE emitía su sentencia de 28 de junio, Comisión Europea, contra Reino de España, en el asunto C-278/20, y que tenía por objeto un recurso de incumplimiento.

En esencia, el contexto del asunto versaba sobre la solicitud de la Comisión Europea al TJUE para que declarase que España había incumplido los principios comunitarios de efectividad y equivalencia en relación con las siguientes disposiciones de la normativa interna:- arts. 32, apartados 3 a 6, y 34, apartado 1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015;

- art. 67, apartado 1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015.

En el desarrollo de la sentencia, y a modo de recordatorio, en primer término, el Tribunal recuerda los presupuestos que deben darse para que nazca el derecho de indemnización en favor de los particulares. Así, el § 31:

"En cuanto a los requisitos para que el Estado incurra en responsabilidad por los daños causados a los particulares como consecuencia de las infracciones del Derecho de la Unión que le sean imputables, el Tribunal de Justicia ha declarado de manera reiterada que los particulares perjudicados tienen derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos: que

la norma infringida del Derecho de la Unión tenga por objeto conferirles derechos, que la infracción de esta norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad…"

A continuación, aprecia el Tribunal de Justicia, valorando los argumentos de las partes, que la Comisión Europea está en lo cierto cuando afirma que para que un particular, pueda ejercer su derecho a la indemnización "*por el perjuicio que le cause una infracción del Derecho de la Unión imputable al legislador nacional*", debe existir antes una sentencia que corrobore la mencionada infracción del ordenamiento jurídico comunitario (§ 103). Pues bien, el TJUE despacha este primer inciso indicando y recordando que, ya ha dejado establecido, que condicionar el ejercicio del derecho a la indemnización a una declaración previa de incumplimiento o a una sentencia de carácter prejudicial, por parte del mismo TJUE, indicando que existe esa infracción del Derecho de la Unión por parte de un Estado miembro (poder legislativo nacional) no resulta acorde al principio de efectividad[6].

Como no podía ser de otra manera, el Tribunal comunitario entra también a valorar el requisito consistente en que al particular se le exija la obtención de una sentencia firme desestimatoria de un recurso

[6] En este punto, se remite a varias sentencias del TJUE (§104): Sentencia de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, C 46/93 y C 48/93, EU:C:1996:79, apartado 95. También a la sentencia de 26 de enero de 2010, Transportes Urbanos y Servicios Generales, C 118/08, EU:C:2010:39, apartado 38.

contra la actuación administrativa que ocasionó el daño. En este sentido, si bien es cierto que se toma conciencia del principio general común imperante en los Estados miembros que versa sobre la adecuada diligencia que debe adoptar el particular para "*limitar la magnitud del perjuicio*", se reconoce que sería contrario al principio de efectividad exigir que los potenciales perjudicados tuvieran que ejercer de forma sistemática "*todas las acciones de que dispongan aunque ello les ocasione dificultades excesivas o no pueda exigírseles razonablemente que las ejerciten*". Por lo tanto, en este punto lo verdaderamente importante y donde se ha de poner el énfasis es en analizar si es justo exigirle al particular el ejercicio de una acción judicial, aun cuando dicha acción sea excesivamente difícil o cuando la exigencia de esa acción no sea razonable. A sensu contrario, diríamos que, si ejercitar esa acción no resulta difícil o la exigencia de la misma es razonable, no habiendo sido ejercida por el particular (por negligencia o por dolo), ello nos permitiría afirmar que el particular no ha actuado con diligencia a la hora de limitar el perjuicio, y por lo tanto sembraría de dudas el derecho a una posible indemnización como consecuencia de la reparación del daño ocasionado.

Llegados a este punto, el Tribunal pone de manifiesto algo realmente relevante y que desacredita la redacción del art. 32 de la Ley 40/2015 (y que ya había hecho constar la Comisión Europea y el Tribunal Supremo español), esto es, que cuando el poder legislativo lleve a cabo una actuación u omisión que implique una conculcación del Derecho de la Unión, dicha actuación del poder legislativo (siempre que no haya una actuación

administrativa que la respalde) quedará impune y sin posibilidad de reparación hacia el particular en tanto en cuanto el perjudicado no puede interponer un recurso contra la actuación administrativa, puesto que esta no existe, habiendo solo actuación u omisión legislativa. Este, sin lugar a duda, es otro de los puntos en los que el Tribunal comunitario entiende que el apartado 5 del art. 32 de la Ley 40/2015 es contrario al principio comunitario de efectividad, ya que:

"…supedita la indemnización de los daños ocasionados a los particulares por el legislador español al requisito de que el particular perjudicado haya obtenido, en cualquier instancia, una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, sin prever una excepción para los supuestos en los que el daño derive directamente de una acción u omisión del legislador, contrarios al Derecho de la Unión, cuando no exista una actuación administrativa impugnable".

El juez comunitario también se detiene en la adecuación jurídica de la necesidad consistente en que el particular que pretenda ver el daño reparado haya alegado con carácter previo, en el contexto del recurso interpuesto contra la actuación administrativa, la infracción del Derecho de la Unión que posteriormente fue declarada (§ 138). En este punto, entra el Tribunal, partiendo de los argumentos dados por la Comisión Europea, recordando y aclarando que el Juez nacional no tiene la obligación de inaplicar una normativa estatal que contradiga una norma comunitaria carente de efecto directo; si bien es verdad que ese mismo Juez nacional puede dejar de aplicar la normativa nacional ("*sobre la*

base del Derecho interno") que sea contraria al Derecho de la Unión, incluso cuando la normativa comunitaria no tenga efecto directo. En esta línea, recuerda el TJUE en su § 142, y desmontando el argumento de la Comisión Europea, que la propia naturaleza del Derecho de la Unión y su fuerza vinculante implica que, independientemente del efecto directo de una concreta norma comunitaria, el Juez nacional tiene la obligación de interpretar la normativa nacional de conformidad con el Derecho supranacional europeo. Por este motivo, aun cuando una disposición comunitaria no tenga efecto directo, ello no es óbice para que pueda ser alegada en el contexto del recurso interpuesto contra la actuación administrativa vulneradora del Derecho de la Unión. A pesar de esta victoria parcial del Reino de España, el TJUE valora globalmente (§ 144):

"… el hecho de exigir que el particular perjudicado haya invocado, […]*, la infracción del Derecho de la Unión posteriormente declarada,* […]*, puede suponer una complicación procesal excesiva, contraria al principio de efectividad. En efecto, en esa fase puede resultar excesivamente difícil, o incluso imposible, prever qué infracción del Derecho de la Unión declarará finalmente el Tribunal de Justicia".*

Por todo ello, vemos como el principio de efectividad de la Unión sí queda impactado negativamente, pero no por este último inciso que acabamos de analizar.

El contenido del párrafo 3º, apartado 1 del art. 67 de la Ley 39/2015 también resulta objeto de análisis por parte del Tribunal comunitario. En esencia, este inciso consagra el plazo de un año para reclamar desde que se

publica la sentencia declarativa de la contravención de una ley o norma con rango legal en relación con el Derecho de la Unión. En este sentido, el TJUE establece una comparativa lógica en relación con el requisito de la normativa interna estatal consistente en que exista una sentencia que haya declarado el incumplimiento del ordenamiento jurídico de la Unión por parte de una norma con rango legal: "*la publicación de tal sentencia en el Diario Oficial tampoco puede constituir, sin vulnerar ese mismo principio* (efectividad)*, el único punto de partida posible del plazo de prescripción de la acción*…" (§159).

De tal suerte que, a la vista de lo anterior, el mencionado párrafo del art. 67, queda incompleto en la medida en que únicamente cuando exista sentencia declarando la conculcación del Derecho de la UE por parte del legislador nacional, se podrá poner en marcha ese procedimiento de responsabilidad patrimonial o reparación del daño.

Además, el TJUE continua su labor interpretativa con el art. 34 apartado 1, párrafo 2º de la Ley 40/2015, que como ya sabemos, establece que únicamente podrán ser indemnizados aquellos daños que hayan acaecido en los cinco años anteriores la fecha de publicación de la sentencia que confirma que una norma de rango legal es contraria al Derecho de la Unión (salvo que la propia sentencia establezca otro plazo). Pues bien, el Alto Tribunal comunitario parte de la base consistente en señalar, como así ha venido haciendo en jurisprudencia precedente, que, a pesar de que la forma de determinar la cuantía que le corresponde a cada daño es competencia del ordenamiento jurídico nacional, se debe

adecuar al principio de compensación íntegra[7], de tal suerte que lo recogido en el art. 34 de la Ley 40/2015 implica un obstáculo sustancial para que el particular pueda "*obtener una reparación adecuada de su perjuicio*", interpretando finalmente, que esta disposición estatal constituye una vulneración del principio comunitario de efectividad.

Habiendo quedada acreditada la conculcación del principio de efectividad en relación con los aspectos vistos anteriormente, en el tramo final de la sentencia el TJUE entra a valorar la adecuación de la normativa estatal con el principio de equivalencia. En un primer término, aclara el TJUE, remitiéndose a la opinión del Abogado General, que, efectivamente, el principio de equivalencia no implica obligatoriedad para los Estados miembros en el sentido de que se pueda dar un derecho a la indemnización si se cumplen requisitos menos restrictivos que los impuestos por el TJUE. En este sentido, el TJUE entiende que resulta "*indudable*" que los requisitos para exigir responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión siguen lealmente las directrices marcadas por Luxemburgo. Por ello, se clarifica con buen criterio (§ 181) que incluso en el caso de que los requisitos para exigir responsabilidad del Estado legislador por infracción del ordenamiento jurídico europeo resulten más restrictivos que los requisitos para obtener una indemnización por

[7] Como señala el §164, véanse las sentencias de 2 de agosto de 1993, Marshall, C 271/91, EU:C:1993:335, apartado 26, y de 15 de abril de 2021, Braathens Regional Aviation, C 30/19, EU:C:2021:269, apartado 49.

responsabilidad del Estado legislador en situaciones de conculcaciones internas, dicho escenario, no impacta negativamente sobre la debida aplicación del principio de equivalencia, pues, este principio "*no está destinado a aplicarse en ese supuesto*"[8], de tal suerte que si bien es cierto, como hemos visto, que el principio de efectividad se ve impactado, no ocurre así con el principio de equivalencia. Tal razonamiento coincide con el expresado por BURLADA ECHEVESTE (2022):

"…el principio de equivalencia solo es pertinente una vez que ha nacido el derecho a indemnización conforme a los requisitos establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y reproducidos en el artículo 32, apartado 5, de la Ley 40/2015. En cambio, ese principio no puede fundamentar la obligación de los Estados miembros de permitir que nazca un derecho de indemnización conforme a requisitos más favorables que los previstos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia".

Así las cosas, los artículos que no se adecuan al principio de efectividad serían: artículo 32, apartados 3 a 6, y 34, apartado 1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015; así como el artículo 67, apartado 1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015.

En relación con la sentencia del Tribunal de Luxemburgo, CHAVES GARCÍA (2022a) se expresaba en los siguientes términos:

"El legislador debe aprender de los errores. Primero, legislar teniendo en cuenta que el contexto de

[8] ORDÓÑEZ SOLÍS (2022: 175).

referencia es el propio de la comunidad de países de la Unión Europea, sin caer en la tentación de establecer requisitos más gravosos u originales que aquéllos".

Efectivamente, una de las primeras conclusiones a las que podemos llegar es que, en este caso concreto, el legislador español pareciera haber olvidado la pertenencia española a la organización supranacional europea en favor del establecimiento de unos requisitos excesivamente rígidos que, en el peor de los casos impiden y, en el mejor de los casos obstaculizan el acceso al debido resarcimiento.

En este punto, finalmente diremos que los efectos de la sentencia del TJUE de 28 de junio de 2022 tuvieron su repercusión inmediata en la jurisprudencia interna. De esta manera, entre otras[9], la sentencia del Tribunal Supremo núm. 1719/2022 de 21 diciembre expone sus razonamientos, como no podía ser de otra manera, en línea con las directrices marcadas por el TJUE. En este caso, se refiere al plazo de prescripción de un año para la reclamación de la responsabilidad patrimonial a contar desde la publicación de la sentencia de Luxemburgo en el DOUE (haciendo alusión al art. 67.1 de la Ley 39/2015):

[9] Vid. sentencia del Tribunal Supremo núm. 1719/2022 de 21 diciembre; sentencia del TS núm. 629/2023 de 17 mayo; o sentencia del TS núm. 459/2023 de 11 abril.

"D*icho plazo de prescripción ha sido objeto de valoración en la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 28 de junio de 2022 (TJCE 2022, 156) en el asunto C - 278 - 20 , señalando que respecto de dicho plazo que* […] n*o es aceptable, a juicio de la Comisión, empezar a contar el plazo de prescripción de la acción a partir de una fecha que depende de una sentencia del Tribunal de Justicia que no es necesaria para que un órgano jurisdiccional nacional pueda no solo declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, sino también obligar al Estado miembro de que se trate a reparar un daño ocasionado como consecuencia de una infracción del Derecho de la Unión…*"

III. Las consecuencias de la resolución del TJUE

4.1. La inevitable reforma de Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público

Ante esta situación, en la que la regulación de la Ley 39/2015 y 40/2015 resulta contraria al principio de efectividad, podemos, en primer lugar, compartir la reflexión de CHAVES GARCÍA (2022b):

"La gran pregunta ante estas crónicas anunciadas de sentencias que tumban malas regulaciones es siempre la misma: ¿quién nos devuelve el mes de abril?,¿quién paga los platos rotos de quien ha soportado la

indefensión creyendo en la bondad de la ley?… La respuesta está en el viento".

Lógicamente, analizada la sentencia comunitaria de referencia, la consecuencia jurídica no ha de ser otra que el abogamiento por una nueva redacción *de lege ferenda*, que permita la reforma de la Ley 39/2015 y 40/2015, que recordemos ya había sido cuestionada por el Tribunal Supremo antes de la sentencia comunitaria.

Con vistas a buscar un perfeccionamiento del ordenamiento jurídico interno, que perfile una nueva regulación acorde con los lineamientos del Tribunal de Luxemburgo, es menester en este punto del trabajo estudiar propuestas de reforma, partiendo de lo que la doctrina ya ha dicho.

En este sentido, FERNÁNDEZ FARRERES (2022) propone, en esencia, la siguiente modificación:

- Mantener el art. 34 de la Ley 40/2015, pero añadiendo el siguiente texto en el apartado 5:

"*No obstante, si la lesión es consecuencia directa e inmediata de una ley que se estima contraria al DUE, el interesado podrá instar la acción de responsabilidad ante el Consejo de Ministros, si se trata de ley estatal, o ante el Consejo de Gobierno de la correspondiente Comunidad Autónoma*[10]*, si se trata de ley autonómica,*

[10] Recordemos que el art. 92 de la Ley 39/2015:
"*En el ámbito de la Administración General del Estado, los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán por el Ministro respectivo o por el Consejo de Ministros en los*

en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la ley.

Frente a la desestimación de la reclamación cabrá interponer recurso contencioso-administrativo.

El no ejercicio de la acción en el plazo previsto de un año, impedirá el posterior ejercicio de la misma en el supuesto de que la ley sea declarada contraria al Derecho de la Unión Europea".

Por nuestra parte diremos que, sin lugar a duda, con este novedoso texto propuesto por FERNÁNDEZ FARRERES (2022), quedaría completamente desterrado el requisito consistente en señalar que se necesita la declaración vía sentencia judicial de la contravención de la norma estatal con rango legal en relación con el Derecho de la Unión Europea, así como, por extensión, el requisito consistente en haber obtenido previamente una sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, alegando la infracción del Derecho de la UE.

Otra consecuencia de esto es que el plazo de un año para reclamar comenzaría a contar desde la entrada en vigor de la ley contraria al Derecho de la Unión, y no desde la publicación de la sentencia que declara contraria una norma en el DOUE.

Lógicamente, esta solución nos parece oportuna, si bien es cierto que, a nuestro juicio, habría que añadir que la misma, ha de venir acompañada, necesariamente, de la supresión/modificación del primer inciso del apartado 5

---

casos del art. 32.3 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público…"

del art. 32 de la Ley 40/2015, a fin de conseguir una regulación totalmente coherente y acorde al principio de efectividad.

De esta manera, el primer inciso del apartado 5 del art. 32 de la Ley 40/2015 podría quedar redactado de la siguiente manera, ya sin los excesivos requisitos de la redacción actual:

Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea o si el perjuicio nace de una omisión del legislador contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando se den los requisitos siguientes, tal y como ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión:

a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares .

b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado .

c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

Retomando lo establecido por FERNÁNDEZ FARRERES (2022), este autor añadiría a renglón seguido dentro del art. 34:

"Cuando en virtud de sentencia firme de cualquier orden jurisdiccional se haya declarado inaplicable la ley por considerarla contraria al Derecho de la Unión

Europea, y dicha Ley hubiera podido ocasionar algún daño efectivo, el interesado podrá instar la acción de responsabilidad en el plazo de un año desde la notificación de la sentencia en los mismos términos previstos en el párrafo anterior.

Asimismo, el no ejercicio de la acción en el plazo previsto de un año, impedirá el posterior ejercicio de la misma en el supuesto de la ley sea declarada contraria al Derecho de la Unión Europea".

Podemos estar de acuerdo con esta inclusión, en tanto en cuanto se darían dos plazos de un año para poder instar a la responsabilidad patrimonial: desde la entrada en vigor de la ley contraria al Derecho de la Unión, y ante la existencia de sentencia firme que establezca tal inaplicabilidad por contravenir el ordenamiento supranacional.

No obstante, desde un punto más garantista, a nuestro juicio, consideraríamos acertado mantener tres plazos distintos, a fin de poder ejercer la acción de responsabilidad:

- Un año desde la entrada en vigor de la ley;
- Un año desde la existencia de sentencia firme que declare la inaplicabilidad;
- Un año desde que el TJUE declare que una norma legal es contraria al Derecho de la Unión[11].

[11] CARRO DE MIGUEL (2022:211), en la misma línea:
"*Los particulares podrán iniciar una reclamación de responsabilidad patrimonial por infracción del derecho de la Unión aunque no exista una previa sentencia del Tribunal de Justicia sobre la incompatibilidad del derecho interno con el derecho de la Unión (sin perjuicio de que también se pueda*

De esta manera, se estarían ampliando, en un sentido garantista, las posibilidades de acceder a una reparación para aquellos potenciales perjudicados que, a pesar de contar con una sentencia firme en el ámbito nacional, no emprendieron la correspondiente acción, pero que, en el momento oportuno, con un posicionamiento claro de Luxemburgo, ven vía libre para una adecuada reparación. En esta línea, hemos de saber que el anteproyecto de Ley de modificación parcial de la Ley 39/2015 y 40/2015 ya prevé esta opción: "*Se somete el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial al plazo de prescripción de un año, pero ya no se vincula exclusivamente a la publicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*" (Ministerio de Justicia-Ministerio de Hacienda, 2023).

Finalmente, FERNÁNDEZ FARRERES aboga, de manera lógica y con buen criterio, por la eliminación del párrafo 2º del apartado 1 del art. 34 Ley 40/2015, que contempla ese límite de cinco años para la indemnización de los daños, y que como sabemos, es contrario al principio de efectividad.

3.2. Una propuesta de reforma que trasciende el ámbito interno español

Desde este hipotético escenario planteado por FERNÁNDEZ FARRERES (2022), que responde de forma efectiva a la necesidad de modificar la normativa interna, y en relación con el órgano competente para resolver los

---

iniciar en los casos en los que sí que exista una sentencia del Tribunal de Justicia)".

procedimientos de responsabilidad patrimonial, entenderíamos más apropiada la creación de un órgano administrativo a nivel estatal (en lugar del Consejo de Ministros) y de otros órganos a nivel autonómico, encargados de resolver, en vía administrativa, aquellos procedimientos de responsabilidad patrimonial que deriven de una conculcación del Derecho de la UE por parte de una norma con rango legal. Consideramos esta medida más adecuada a efectos de centralizar la resolución de estos supuestos en órganos especializados en responsabilidad patrimonial de la Administración[12], en consonancia con el principio administrativo de eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados (art. 3 apartado 1, letra h de la Ley 40/2015).

En este orden de ideas, y en la hipotética situación planteada, nos encontraríamos ante un órgano administrativo interno cuya función sería resolver las cuestiones sobre posibles responsabilidades del Estado legislador por contravención del Derecho de la Unión, lo cual, de manera implícita, le obligaría a verificar, en cada expediente, si el acto u omisión vulneran el Derecho de la Unión.

---

[12] En este sentido, habría que considerar lo estipulado en el apartado 3 del art. 5 de la Ley 40/2015:
"*La creación de cualquier órgano administrativo exigirá, al menos, el cumplimiento de los siguientes requisitos:*
a) Determinación de su forma de integración en la Administración Pública de que se trate y su dependencia jerárquica.
b) Delimitación de sus funciones y competencias.
c) Dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento".

En este posible esquema que estamos configurando, introduciríamos la obligatoriedad, por parte de estos órganos administrativos de nueva creación, de llevar a cabo una suerte de cuestión prejudicial en vía administrativa (pudiendo ser denominada "cuestión preadministrativa" sobre responsabilidad patrimonial por infracción del Derecho de la Unión) que deberá ir dirigida, a nuestro juicio, a la Comisión Europea, en tanto en cuanto supervisora de la aplicación del Derecho de la Unión (art. 17 del Tratado de la UE).

Siendo conscientes de que la Comisión Europea en ningún modo puede ni debe sustituir la actuación del TJUE, entenderíamos que en esta vía previa de colaboración interadministrativa entre el nivel nacional-autonómico y el europeo, la Comisión Europea habría de emitir un informe, que será en todo caso no vinculante, plasmando su consideración sobre si una determinada actuación u omisión legal constituye una infracción del Derecho de la Unión, tomando en cuenta el acervo comunitario y los criterios emanados de la jurisprudencia del TJUE.

En este sentido, el órgano administrativo en el Estado español (ya sea el estatal o el autonómico) recibirá el informe, y resolverá en consecuencia en vía administrativa acerca de la solicitud de responsabilidad, debiendo motivar el seguimiento o no de los lineamientos marcados por la Comisión.

Lógicamente, como comenta FERNÁNDEZ FARRERES (2022), contra la resolución podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, y aquí el Juez nacional podrá

valorar la oportunidad de plantear una cuestión prejudicial, si fuere el caso.

Llegados a este punto, consideramos que también se habría de introducir otra especificidad procesal, esto es, que, si el órgano administrativo estatal no siguiere el sentido marcado por el informe de la Comisión Europea en el procedimiento administrativo nacional, ello habilitaría a que, la Comisión Europea, de forma directa y sin necesidad de seguir el procedimiento administrativo previo del art. 258 TFUE, pudiera demandar al Estado ante el TJUE a través del recurso de incumplimiento.

Para ello, debería modificarse también el mencionado art. 258 TFUE, añadiendo, a nuestro juicio, un tercer párrafo:

"Cuando la Comisión Europea haya emitido previamente un informe en el contexto de un procedimiento administrativo nacional sobre responsabilidad patrimonial del Estado, y el Estado no siguiere las directrices del informe, la Comisión Europea, a pesar del carácter no vinculante del informe, podrá recurrir ante el TJUE sin necesidad de haberle ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar otras observaciones".

En este orden de ideas, otra alternativa consistiría en que, una vez resuelta la solicitud de responsabilidad en vía administrativa, e interpuesto, en su caso, el correspondiente recurso contencioso-administrativo, se modificara el art. 267 TFUE (cuestión prejudicial) a fin de obligar a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa a plantear la cuestión prejudicial,

ignorando, para los supuestos de posible responsabilidad del Estado legislador, el requisito de que la decisión no sea susceptible de ulterior recurso judicial a nivel interno.

Aclaremos que con esta reforma procesal no se estaría supeditando la reparación del daño por la infracción del Derecho de la Unión a la existencia de una sentencia comunitaria de carácter prejudicial (como ha avanzado antes FERNÁNDEZ FARRERES, ya que bastaría con que se estimara que el daño es consecuencia de una ley, para abrir la vía administrativa con vistas a la reparación, sin mayores requisitos), pues esto, como bien sabemos, no sería acorde al principio de efectividad, sino que más bien la pretendida propuesta camina en el sentido de avanzar hacia la seguridad jurídica, al obligar al órgano jurisdiccional nacional a asegurarse de que la infracción realmente existe, siendo el TJUE el intérprete que debe verificarlo[13].

Baste señalar que somos conscientes de que las ideas aquí contempladas entrañarían una reforma de tal envergadura que se verían modificados incluso preceptos del Derecho originario de la Unión, lo cual

[13] En este sentido, merece la pena traer a colación lo dispuesto por COBREROS MENDAZONA (2020, p. 63):
"*Quede claro, pues, que el Derecho de la Unión apodera a los jueces estatales para determinar por sí mismos la incompatibilidad de la norma nacional aplicada con el ordenamiento supranacional y deducir la consecuencia indemnizatoria para el caso de que se hubieran producido daños con tal aplicación y una ley estatal no podrá impedirlo o dificultarlo*".

trascendería la urgente necesidad actual consistente en que el legislador español amolde la Ley 39/2015 y la Ley 40/2015 a las exigencias del principio de efectividad comunitario.

Por todo lo anterior, resultaría necesaria, ante esta situación fruto de la sentencia del TJUE, la modificación de sendas normas (Ley 39/2015 y Ley 40/2015), a fin de garantizar la correcta adecuación de la normativa nacional a los estándares europeos y eliminar cualquier obstáculo en el ejercicio de derechos dentro del marco de posibles casos de responsabilidad patrimonial.

Finalmente, conviene mencionar que, como señala CALVO VÉRGEZ (2023), y a pesar de no haber sido el objeto del presente trabajo, también sería conveniente modificar, al mismo tiempo, el apartado 4 del art. 32 Ley 40/2015, en la medida en que también se supedita la procedencia del resarcimiento a que la norma haya sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, al igual que ocurría con la declaración de no conformidad con el Derecho de la Unión.

Conclusiones

En primer lugar, podemos colegir que la regulación del legislador español tendente a obstaculizar la posible responsabilidad del Estado legislador ha sufrido un revés que debe servir de aprendizaje y también, sin lugar a dudas, como ejemplo para otros Estados miembros de la Unión Europea.

Con la sentencia del 28 de junio de 2022, el TJUE aclara, una vez más, que el Derecho de la Unión no es una

suerte de ordenamiento jurídico indisponible, que se configura como un sistema jurídico lejano o ajeno a los Estados miembros, sino, todo lo contrario, ha quedado acreditado que resulta una obligación insalvable para el legislador nacional de cualquier Estado miembro conocer el acervo comunitario a fin de eludir regulaciones leoninas buscando ahorrar un coste económico a las arcas públicas por infracción del Derecho de la Unión.

Si bien es verdad que la doctrina consultada, tras la sentencia de 28 de junio de 2022, se encamina lógicamente a la eliminación de los requisitos gravosos que entran en colisión con el principio europeo de efectividad, se aprecia un cierto margen de maniobra a la hora de establecer, en una futura reforma de la Ley 39/2015 y 40/2015, cuáles han de ser los plazos para poder ejercer la acción de responsabilidad patrimonial. Es en este punto, precisamente, donde el carácter garantista de la nueva regulación ha de encontrar su acomodo, en virtud del cual, y desde esta tribuna, se abogaría por el establecimiento de un triple plazo, con base en lo señalado por los autores citados, pero añadiendo manteniendo a su vez el plazo del año desde que el TJUE declara la inadecuación de la normativa interna al Derecho de la UE, plazo este, que habrá de convivir con los otros referenciados en el trabajo.

Esta necesaria reforma que se aproxima no debe, empero, disuadirnos como juristas a la hora de buscar reformas más profundas que perfeccionen y hagan más efectiva la regulación en lo que a la responsabilidad del

Estado legislador se refiere. Así, con la propuesta de reforma auspiciada en punto 4.2 del presente trabajo, y que impactaría parcialmente algunos preceptos del Derecho originario de la Unión (TUE y TFUE), se conseguiría un sistema de responsabilidad patrimonial más eficaz, en tanto en cuanto permitiría esa colaboración interadministrativa entre los niveles estatales y supranacional de la que hemos hablado.

Bibliografía

Administrativando Abogados *Los daños morales en la responsabilidad patrimonial de la Administración* [Página web]. Recuperado el 29 de diciembre de 2022, de https://administrativando.es/los-danos-morales-en-la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion/

BURLADA ECHEVESTE, J. L. (2022). La responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea: un análisis de la regulación española atendiendo a los principios de equivalencia y efectividad. *Revista Quincena Fiscal* num.17/2022. Editorial Aranzadi, S.A.U.

CALVO VÉRGEZ, J. (2023). El futuro de nuestra normativa interna sobre declaración de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por vulneración del Derecho Comunitario tras la reciente jurisprudencia del TJUE. *Revista Quincena Fiscal num.12/2023*. Editorial Aranzadi, S.A.U.

CARRO DE MIGUEL, C. (2022). Revisión por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del régimen de

responsabilidad patrimonial del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 60, septiembre-diciembre de 2022, pp. 204-211. Recuperado el 13 de octubre de 2023, de https://www.uria.com/documentos/publicaciones/8205/documento/ajum60art.pdf?id=13183&forceDownload=true

CHAVES GARCÍA, J. R. (2022a). Vientos europeos zarandean el derecho interno. *Actualidad Jurídica Aranzadi* num.987/2022. Editorial Aranzadi, S.A.U. pp.6-7.

CHAVES GARCÍA, J. R. (2022b). Enterrados los requisitos para exigir responsabilidad patrimonial por aplicación de normas contrarias a derecho europeo [Sitio web: delajusticia.com – El rincón jurídico de José R. Chaves]. Recuperado 17 de enero de 2023, de https://delajusticia.com/2022/06/30/enterrados-los-requisitos-para-exigir-responsabilidad-patrimonial-por-aplicacion-de-normas-contrarias-a-derecho-europeo/

COBREROS MENDAZONA, E. (2020). La obligación de los Estados miembros de indemnizar por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, Colección de Derecho Administrativo (Director Santiago Muñoz Machado). Recuperado 18 de enero de 2023, de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2020-189

Fabregas Advocats Associats (2016). Los principios básicos del Derecho de la Unión Europea [Sitio web]. Recuperado 9 de enero de 2023, de https://www.fabregasassociats.com/principales-caracteristicas-del-derecho-la-union-europea/

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2022). Una nueva incidencia en el tortuoso proceso de configuración legal de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 28 de junio de 2022 (As. C- 278/20). *Revista española de Derecho Administrativo num.221/2022*, Editorial Civitas, SA, pp. 21-50.

FUENTETAJA PASTOR, J. Á. (2018). Equivalencia y efectividad en la revisión de los actos administrativos nacionales contrarios al derecho europeo. *Documentación Administrativa*, (5). https://doi.org/10.24965/da.v0i5.10610

GUICHOT REINA, E. (2022). Responsabilidad administrativa. *Revista española de Derecho Administrativo num. 220/2022 parte Crónicas de Jurisprudencia.* Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2022, pp. 231-236.

IBÁÑEZ GARCÍA, I. (2021). El régimen de responsabilidad patrimonial de la Ley 40/2015 ante el TJUE (recurso por incumplimiento C-278/20). Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional. WP IDEIR nº 39. Recuperado el 13 de octubre de 2023, de https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2021-04-13-

WP%20IDEIR%20n%C2%BA%2039%20(2021)%20El%20r%C3%A9gimen%20de%20responsabilidad%20patrimonial%20de%20la%20Ley%2040_2015%20ante%20el%20TJUE.pdf

JUAN ÁLVAREZ, J. (2023). ¿Para cuándo la reforma de responsabilidad patrimonial que exigió Europa hace un año? Diario *El Confidencial*, 30 de junio de 2023. Recuperado el 9 de octubre de 2023, de https://blogs.elconfidencial.com/juridico/tribuna/2023-06-30/para-cuando-la-reforma-de-responsabilidad-patrimonial-que-exigio-europa-hace-un-ano_3682858/

MOLINA DEL POZO, C. F., BERGAMASCHINE MATA DIZ, J., y CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS, R. (2019). Sobre la naturaleza de la responsabilidad extracontractual por los actos practicados en el ámbito de la Unión Europea por sus instituciones. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD) 11(3):502-522, setembro-dezembro 2019 Unisinos - doi: 10.4013/rechtd.2019.113.13

ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2022). Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 67 (septiembre), 139-67 doi: https://doi.org/10.18543/ced.2523

SALDAÑA ORTEGA, V. (2022). El incumplimiento del Derecho de la Unión Europea y la activación del principio de responsabilidad patrimonial: especial mención al caso español. *Revista Jurídica*

Valenciana, núm. 39, pp.125 – 138. Recuperado el 9 de octubre de 2023, de https://www.revistajuridicavalenciana.org/wp-content/uploads/R0039_0010_07.pdf

SEMPERE NAVARRO, A. V. (2022). Vídeo-comentario a la STJUE 28 junio 2022, C-278/20, Caso Comisión Europea contra Reino de España (JUR 2022\220961). Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Ordenamiento jurídico comunitario. Procedimiento administrativo comunitario. *Aranzadi digital núm. 1/2022 parte Estudios y comentarios*. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2022.

Consejo de Estado (2020). Dictamen, núm. de expediente: 1066/2019 (Cultura y Deporte). Recuperado el 13 de octubre de 2023, de https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-1066

Gabilex

Nº 36

Diciembre 2023

http://gabilex.castillalamancha.es

EL ACOSO SEXUAL EN EL MARCO DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y DISCIPLINARIAS

SEXUAL HARASSMENT WITHIN THE FRAMEWORK OF ADMINISTRATIVE AND DISCIPLINARY SANCTIONS

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto Asesoría Jurídica Universidad Rey Juan Carlos.
Letrado de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (Exc.).

Resumen: El objeto del presente trabajo es abordar la definición legal de acoso sexual en el marco del procedimiento disciplinario o sancionador a funcionarios públicos. Más concretamente pretendemos precisar el concepto de acoso sexual en aplicación del artículo 95.2 b) del Estatuto Básico del Empleado Público que define como sancionable aquella conducta o actuación que suponga discriminación, incluido el acoso moral, sexual y por razón de sexo. Teniendo en consideración la definición constitucional de este tipo de acoso; la que se da en el ámbito de la Unión Europea; la recogida en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; la configuración penal

del delito de acoso sexual y su influencia en el tipo administrativo.

Palabras clave: Procedimiento disciplinario, procedimiento sancionador a funcionarios y empleados públicos, acoso sexual, comportamiento sexual, líbido, libidinoso.

Abstract: The purpose of this work is to address the legal definition of sexual harassment within the framework of the disciplinary or sanctioning procedure for public officials. More specifically, we aim to clarify the concept of sexual harassment in application of article 95.2 b) of the Basic Statute of the Public Employee, which defines as punishable any conduct or action that implies discrimination, including moral, sexual and gender-based harassment. Taking into account the constitutional definition of this type of harassment, the one given in the context of the European Union, included in Organic Law 3/2007, of March 22, for the effective equality of women and men, and the criminal configuration of the crime of sexual harassment and its influence on the administrative type.

Key words: Disciplinary procedure, sanctioning procedure for officials and public employees, sexual harassment, sexual behavior, libido, lascivious.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO. III. ELEMENTOS DEL ACOSO SEXUAL EN LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y DISCIPLINARIAS. 1. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE ACOSO SEXUAL. A) Concepto constitucional. B) Concepto penal. C) La definición en el ámbito de la Unión Europea. D) La definición de acoso sexual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. 2. DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE ACOSO SEXUAL EN EL MARCO DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y DISCIPLINARIAS. IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas sobre sus funcionarios públicos y el personal laboral queda sujeta al régimen disciplinario establecido en el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, y en las normas que las leyes de Función Pública dicten en desarrollo del mismo. Incluso el régimen disciplinario del personal laboral se regirá por el propio Estatuto y en lo no previsto en él, por tanto de manera supletoria, por la legislación laboral.

La potestad disciplinaria sobre los funcionarios públicos y el personal laboral corregirá disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera

derivarse de tales infracciones, sujetándose a diversos principios, recogidos en las normas y en el derecho penal a través de la jurisprudencia que ha declarado que resultan aplicables los principios generales del derecho penal, especialmente en lo relativo a las garantías (STC 18/1981).

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público recoge los principios generales de la potestad sancionadora en los artículos 25 a 31 (principios de legalidad, irretroactividad, principio de tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, prescripción y concurrencia de sanciones) y el Estatuto Básico del Empleado Público también menciona los principios aplicables al procedimiento disciplinario en el artículo 94.2.

Nos vamos a centrar, al objeto de este trabajo, en el principio de tipicidad[14], simplemente para subrayar la necesaria predeterminación de la conducta sancionadora. Dicho principio establece que sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley. Determinándose en el procedimiento disciplinario igualmente la predeterminación normativa, si bien añadiendo que en el caso del personal laboral pueden configurarse infracciones en los convenios colectivos.

[14] Establecido en el artículo 27 de la Ley 40/2015 y 94. 2 a) EBEP.

Descendiendo a las concretas faltas disciplinarias previstas en el EBEP a efectos de tipicidad, encontramos en el artículo 95.2 b) de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público como falta muy graves: "Toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual, identidad sexual, características sexuales, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual, expresión de género, características sexuales, y el acoso moral y sexual".

Llegados a este punto, podemos afirmar que la normativa disciplinaria aplicable a los funcionarios públicos y al personal laboral recoge como infracción, definido junto con diversas conductas, toda actuación que suponga acoso sexual. Pero esta definición se nos antoja excesivamente amplia o abstracta por lo que pretendemos determinarla de forma más precisa.

El objeto de este trabajo es abordar la definición legal de acoso sexual en el marco del procedimiento disciplinario o sancionador a funcionarios públicos. Más concretamente pretendemos precisar el concepto de acoso sexual en aplicación del artículo 95.2 b) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) en el que se define como sancionable aquella conducta o actuación que

suponga discriminación, incluido el acoso moral, sexual y por razón de sexo.

Para llegar a una mayor concreción del concepto de acoso sexual en el ámbito del procedimiento disciplinario deslindaremos primeramente el acoso sexual del acoso por razón de sexo para evitar equivocaciones terminológicas, para después analizar la evolución normativa del concepto tanto en el ámbito constitucional, de la Unión Europea o desde el prisma de la legalidad ordinaria y del derecho penal. Pasando a reseñar unas pautas o características del acoso sexual a tener en cuenta para su valoración, como elementos interpretativos auxiliares, considerando el amplio casuismo que se puede presentar y que la realidad y las actuaciones susceptibles de constituir acoso sexual difícilmente pueden detallarse, tanto por su amplitud como por la diversidad de maneras de manifestarse por diversos condicionantes profesionales, socioculturales etc.

A continuación trataremos diferentes aspectos sobre la regulación positiva de la figura, si bien es justo adelantar que la doctrina jurisprudencial que se analiza fundamentalmente en este trabajo ha sido expuesta de manera destacable en cuanto a claridad y motivación por la ponente doña María Prendes Valle en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de octubre de 2021 y por el ponente don Luis María Díez-Picazo Giménez en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2023.

II. ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

Aunque en el artículo 95.2 b) del EBEP menciona en el mismo epígrafe el acoso moral, sexual y por razón de sexo, debemos diferenciar entre acoso sexual y acoso por razón de sexo. Son dos conceptos distintos que debemos deslindar para avanzar en la definición que buscamos en el presente trabajo.

La reciente sentencia núm. 1569/2023 del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2023 (recurso de casación nº 8880/2021) -siguiendo el art. 7 de la Ley Orgánica 3/2007 sobre el que después volveremos- establece una definición de ambos tipos de acoso:

El **acoso sexual** "debe entenderse como un comportamiento guiado o determinado por la libido: el agente busca alcanzar el contacto sexual, de un tipo u otro, con la persona afectada. Prescindir de la libido como móvil del acoso sexual conduciría a incluir en una misma categoría comportamientos muy diversos. Este es el presupuesto del que debe partirse (...)".

El **acoso por razón de sexo** consiste en el "menosprecio, el maltrato, la amenaza, la represalia y otras conductas ofensivas que están determinadas por el sexo de la persona afectada. Aquí el móvil no es la libido, sino el desprecio o la subestima del agente hacia personas de un sexo determinado. El fenómeno tradicionalmente más usual ha sido el de un hombre hacia las mujeres en general o, por decirlo brevemente, el machismo".

III. ELEMENTOS DEL ACOSO SEXUAL EN LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y DISCIPLINARIAS

1. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE ACOSO SEXUAL.

Encontramos una primera definición del acoso sexual en el marco laboral en la Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo que *contiene una definición de acoso sexual como aquella conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo y que puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales indeseados* [conforme señala la Sentencia Tribunal Supremo nº1135/2000 Sala de lo Penal de 23 de junio de 2000 (Nº de Recurso casación: 3025/1998)]. Como característica definitoria se podría hablar de: una conducta o comportamiento de naturaleza sexual, no deseado, que afecta a la dignidad de la persona o víctima, en el ámbito laboral.

El comportamiento debe tener un componente sexual, pero puede manifestarse en diversas formas como *comportamientos físicos, verbales o no verbales indeseados*. La diferencia con el acoso moral o por razón de sexo es que hay un componente *sexual*. La cuestión que abordamos en el presente trabajo es particularizar los elementos de ese componente.

A) Concepto constitucional.

En el marco constitucional también se ha definido el acoso sexual ambiental, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/2001, de 18 de junio de 2001 (Recurso de amparo 871/97) con cita en la STC 224/1999, de 13 de diciembre (FJ 3), del siguiente modo: *«para que exista un **acoso sexual ambiental** constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto». Son, pues, en primer término, la objetividad y la gravedad del comportamiento los presupuestos sobre los que asienta la doctrina constitucional la posible existencia de acoso sexual y, por tanto, los elementos que deberán ser valorados a la hora de suministrar los elementos iniciales de prueba que permitan al Juez presumir la posible existencia de los hechos discutidos*.

De la definición constitucional destacamos nuevamente tres ideas:

- que la conducta reprochable se manifiesta en un comportamiento amplio (físico o verbal, mediante actos, gestos o palabras...);
- que es indeseado para la víctima del acoso y

- que es suficientemente grave como para crear un clima _laboral en este caso_ odioso o ingrato, afectando a su dignidad.

B) Concepto penal.

El acoso sexual también ha pasado al ordenamiento jurídico en el ámbito penal. El delito de acoso sexual se introduce en nuestro ordenamiento penal con el Código de 1995 y se modifica su redacción por la reforma operada por Ley Orgánica 11/99, de 30 de abril y más recientemente por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre (DA 4.10) que da lugar al texto vigente desde 7 de octubre de 2022. Actualmente queda recogido en el artículo 184 del Código Penal como la solicitud de favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente, de prestación de servicios o análoga, **continuada o habitual**, y con tal comportamiento **provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante**. Hay un tipo agravado de acoso sexual si se hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de **superioridad laboral**, docente **o jerárquica**, o sobre persona sujeta a su guarda o custodia, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación.

El ámbito penal establece unos requisitos que constituyen la última ratio por el principio de subsidiariedad penal. Es decir, si se cumplen todos los elementos con gravedad suficiente se estaría incurriendo

en un delito y no en una conducta sancionable disciplinariamente. Por ello, resumiremos los elementos con especial atención a si tiene que concurrir una solicitud de favor sexual, o si puede concurrir ese carácter con actitudes ambiguas, a efectos penales en este caso; para después analizar este requisito en el ámbito sancionador administrativo.

Los **requisitos** podrían resumirse del siguiente modo (siguiendo la Sentencia nº 336/2022 de la Audiencia Provincial de Albacete Sección: 2 de 1/06/2022 Nº de Recurso: 360/2021):
a) la acción típica está constituida por la **solicitud de favores sexuales**;
b) tales favores deben solicitarse tanto para el propio agente delictivo, como para un tercero;
c) el ámbito en el cual se soliciten dichos favores lo ha de ser en **el seno de una relación laboral**, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual;
d) con tal comportamiento se ha de provocar en la víctima una **situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante**;
e) entre la acción que despliega el agente y el resultado exigido por la norma penal debe existir un adecuado enlace de causalidad;
f) el autor tiene que obrar con **dolo.**

Respecto al primer requisito la _solicitud de favores de naturaleza sexual _ se exige, como elemento nuclear del mismo, una petición de favores sexuales. El Tribunal Supremo ha declarado que tal requisito queda cumplido «cuando media petición de trato o acción de contenido sexual que se presente seria e inequívoca, cualquiera

que sea el medio de expresión utilizado», de tal modo que dicha conducta resulta indeseada, irrazonable y ofensiva para quien la sufre. En efecto, basta con la mera solicitud, la cual podrá realizarse de forma explícita o implícita, pero en todo caso deberá revelarse de manera inequívoca (Sentencia nº 336/2022 de la Audiencia Provincial de Albacete Sección: 2 de 1/06/2022 Nº de Recurso: 360/2021). Continúa señalando la jurisprudencia penal que (e)l *comportamiento típico consiste en una directa e inequívoca solicitud a la víctima de comportamientos cuya administración le corresponde en su autonomía sexual. Es de subrayar que esa solicitud no tiene que ser necesariamente verbalizada, bastando que se exteriorice de manera que así pueda ser entendida por la persona destinataria. Y basta, para que la actitud requirente sea típica, que se produzca no obstante el rechazo del destinatario o destinataria. De tal suerte que el delito se consuma desde su formulación, de cualquiera manera que sea, si le sigue el efecto indicado, pero sin que sea necesario que alcance sus objetivos* [STS Sala de lo Penal 349/2012 de 26/04/2012 (nº de Recurso: 1335/2011) FJ cuarto 3.b)].

La conducta penalmente reprochable exige una solicitud de favores de naturaleza sexual seria e inequívoca, cualquiera que sea el medio de expresión utilizado, que no tiene que ser necesariamente verbalizada, bastando que se exteriorice de manera que así pueda ser entendida por la persona destinataria. Podemos colegir, que en el ámbito penal sí debe concurrir una solicitud de favor sexual, no siendo, en principio, penalmente reprochable el hecho de que concurran actitudes ambiguas si no hay una solicitud de favores de

naturaleza sexual seria e inequívoca. Dicho de otro modo, ante una solicitud de favor sexual nos podríamos encontrar ante un delito de acoso sexual. Resulta controvertido, al menos hasta que el Tribunal Supremo lo ha aclarado, si para la concurrencia del acoso sexual en el ámbito disciplinario era requisito imprescindible la realización de una solicitud de favores sexuales, ya que el concepto penal podría arrastrar al administrativo en sus elementos objetivos, a falta de mayor determinación.

Como se ha dicho el ámbito penal es la última ratio y se rige por el principio de subsidiariedad penal, por lo que los requisitos del delito no deben tener efectos expansivos sobre el sancionador o disciplinario. La definición penal de acoso sexual no es extensiva a la administrativa, máxime considerando que el propio artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, objeto de interpretación como se verá más adelante, afirma que la definición se hace «sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal» y «a los efectos de esta Ley».

Por tanto, podemos concluir que el acoso sexual, como conducta de naturaleza sexual no implica necesariamente una solicitud de favor sexual, excepto en el ámbito penal. Este razonamiento sugiere que conducta de naturaleza sexual y solicitud de favor sexual son conceptos distintos. Siguiendo el silogismo: toda solicitud de favor sexual es una conducta de naturaleza sexual, pero no toda conducta de naturaleza sexual implica, necesariamente, una solicitud de favor sexual.

Si bien los elementos del delito de acoso sexual pueden ser tenidos en cuenta en el ámbito sancionador o disciplinario, no pueden aplicarse directamente para analizare si concurre la infracción administrativa o disciplinaria, así lo señala la Sentencia Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2023 (recurso de casación nº 8880/2021) al afirmar que "No es ocioso añadir que, si bien la jurisprudencia penal sobre el delito de acoso sexual (art. 184 del Código Penal) puede servir de orientación en esta sede, la definición del acoso sexual es más amplia a efectos disciplinarios que a efectos penales. Ello se debe no solo a que el Derecho Penal opera solo contra las transgresiones más graves de los bienes jurídicos, sino también a que en la esfera disciplinaria se tutela también el correcto funcionamiento de los servicios públicos y, por tanto, pueden y deben sancionarse conductas que no serían penalmente reprochables. Esta mayor amplitud de lo disciplinario no supone, como se ha visto, merma de la exigencia de tipicidad".

C) La definición en el ámbito de la Unión Europea.

Sobre la definición del acoso sexual dio un paso más en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que en su considerando sexto afirma que el *acoso y el acoso sexual son contrarios al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y constituyen discriminación por razón de sexo a efectos de la presente Directiva. Dichas formas de discriminación se producen*

no solo en el lugar de trabajo, sino también en el contexto del acceso al empleo, a la formación profesional y a la promoción. Por consiguiente, se deben prohibir estas formas de discriminación y deben estar sujetas a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias.

En el artículo 2.1 d) de dicha Directiva 2006/54/CE se define el *«acoso sexual»* como: *la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*.

La Directiva 2006/54/CE insta a establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias al acoso sexual, definido como cualquier comportamiento, no deseado, pero de índole sexual, que atente contra la dignidad, creando un determinado entorno *intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*. Estas son las notas que pasan a nuestro ordenamiento jurídico como definitorias del acoso sexual, sin que encontremos el componente de la oferta de favores sexuales entre ellas, que se configura como propio del derecho penal.

Estos principios se transponen en nuestro ordenamiento jurídico nacional, entre otras, en las normas que aquí estamos analizando.

D) La definición de acoso sexual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Continuando con la definición normativa de acoso sexual, y en el plano legal interno, acudiremos a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), que señala en su exposición de motivos:

El Título Primero define, siguiendo las indicaciones de las Directivas de referencia, los conceptos y categorías jurídicas básicas relativas a la igualdad, como las de discriminación directa e indirecta, acoso sexual y acoso por razón de sexo, y acciones positivas. Asimismo, determina las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias e incorpora garantías de carácter procesal para reforzar la protección judicial del derecho de igualdad.

Puede entenderse que en parte se está transponiendo la directiva en sus principios fundamentales, pues utiliza las notas definitorias del acoso mediante Ley Orgánica reguladora de un derecho fundamental.
Descendiendo ya al **artículo 7.1 de la LOIEMH** se define el acoso sexual: "Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona,

en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”[15].

Y es que aquí se aprecia con nitidez que la definición de acoso sexual del artículo 7.1 de la LOIEMH no pivota sobre el concepto penal de solicitud de favor sexual (art. 184.1 CP), sino sobre el propósito o efecto de atentar contra la dignidad de una persona sin obviar la naturaleza necesariamente sexual del acoso (art. 7.1 LOIEMH). El acoso requiere, eso sí, un *comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual* que puede manifestarse a través de actuaciones expresas o actitudes ambiguas, pero que no exige una solicitud de favor sexual sino, de forma más genérica, un comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que cause indignidad. Los elementos o requisitos del acoso sexual están ya sobre la mesa, sin que el requisito penal forme parte de la definición establecida en la Ley Orgánica a la que acudimos, sustentada en una Directiva europea y como parte del bloque de la constitucionalidad.

Lo que sí parece estar fuera de toda duda es que tras la Directiva 2006/54/CE y la LOIEMH, coincidiendo con la realidad social del tiempo en el que se ha de aplicar la norma, el foco deja de estar en la proposición sexual y

[15] Nótese la identidad con el artículo 2.1 d) de dicha Directiva 2006/54/CE: (...) *cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.*

se centra en el ataque a la dignidad de una persona y, en su caso, de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo, ante un comportamiento no deseado, si se quiere con una naturaleza sexual, pero no necesariamente propositiva.

La interpretación literal, sistemática, histórica y social de la LOIEMH, nos lleva a un concepto de acoso sexual que va más allá de la proposición sexual; sin que puedan obviarse otros elementos como la gravedad de los hechos en el ámbito sancionador o la indignidad que debe crear la acción para ser sancionable.

Ciertamente, la concurrencia del acoso sexual, como ese comportamiento o conducta de naturaleza sexual con el propósito o efecto de atentar contra la dignidad de una persona, que podrá materializarse en actitudes más o menos ambiguas (art. 95.2 b) del EBEP en relación con el art. 7.1 LOIEMH) debe examinarse de forma casuística, como bien señala la jurisprudencia.

2. DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE ACOSO SEXUAL EN EL MARCO DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y DISCIPLINARIAS.

Si bien expondremos a continuación los razonamientos de la Sentencia Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2023 que fija la doctrina jurisprudencial sobre la materia, debemos mencionar, por su didáctica e interés, la sentencia nº 1129/2021, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de octubre de 2021 (Recurso de Apelación

110/2021)[16] que, por medio de la ponente la Ilma. Sra. Magistrada doña María Prendes Valle, realiza una interesante exégesis de la interpretación del acoso sexual tras la entrada en vigor de la LOIEMH:

> "En la Sentencia 224/1999, de 13 de diciembre, del Tribunal Constitucional, el carácter sexual del acoso sexual -que lo diferencia del acoso por razón de sexo – se equiparaba con la libidinosidad, o finalidad de realizar actos carnales. Al contemplar el acoso por razón de sexo, la LOIEMH relativiza esa exigencia porque todos los comportamientos ofensivos relacionados con el sexo de la víctima, aunque no sean de carácter sexual, siguen siendo acoso, si bien lo serán por razón de sexo, y ambos acosos son discriminatorios por razón de sexo -artículo 7.3 de la LOIEMH-, y con idéntica protección jurídica legal.
> Una comparativa con las definiciones contenidas en la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 -artículos 2.1.c) y d) - nos permite comprobar que, en estas definiciones comunitarias, se exige, además de que el comportamiento tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona y, en su caso, de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo, que el comportamiento sea no deseado, lo cual no deja de ser paradójico porque parece dar a entender que un acto objetivamente ofensivo no es acoso si además no es no deseado -es decir si la víctima no manifiesta una negativa al acto objetivamente ofensivo-.

[16] La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2023 confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de octubre de 2021.

> La adecuada corrección de esa ilógica consecuencia ha venido de la mano de la jurisprudencia, que se ha situado en la línea de relativizar la exigencia de un no rotundo para considerar la existencia de un acoso sexual, y, en este sentido, la Sentencia 224/1999, de 13 de diciembre, del Tribunal Constitucional. Y, sin duda para evitar lecturas erróneas, la LOIEMH ha prescindido de esa precisión.
> Por lo tanto, no es necesario acreditar, cuando el acercamiento sexual es objetivamente ofensivo, una negativa de la víctima para la constitución del ilícito, sin perjuicio, naturalmente, de que, si la víctima consiente expresamente o ha realizado actos inequívocos de consentimiento, desaparezca la ofensividad, aunque entonces es el agresor quien deberá de acreditar la causa de justificación.
> No supone lo anterior que los actos no ofensivos en sentido objetivo no puedan constituir acoso sexual o por razón de sexo. Pero entonces sería necesario, para la constitución del ilícito, que mediase una negativa expresa o inequívoca de la víctima, que convertiría la reiteración en un hostigamiento".

Recordemos que el acoso sexual y por razón de sexo no son lo mismo y que en la medida que el principio de tipicidad nos obliga a precisar la infracción cometida, no se deberían tipificar hechos como infractores de conductas genéricas, es decir, a la hora de tipificar la infracción se debería detallar si es por acoso por razón de sexo o sexual. En este caso, ya podemos adelantar, que se requiere que la conducta tenga un componente sexual o libidinoso, aunque no se explicite una oferta sexual sí debe concurrir un comportamiento o intención implícita de mantener algún tipo de relación sexual, que debe resultar "inequívoco", en consideración al contexto

en el que se desarrolla. Recoge la Sentencia Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2023 que: *el apartado primero del art. 7 de la Ley Orgánica 3/2007 no exige que el "comportamiento, físico o verbal, de naturaleza sexual" sea explícito. Puede ser implícito, siempre que resulte inequívoco*.

Ciertamente la percepción social del acoso sexual o de la desigualdad por razón de sexo ha evolucionado en los últimos tiempos por lo que sin duda el concepto debe analizarse en cada situación concreta teniendo en consideración las circunstancias y la realidad social del tiempo en el que se aplica la norma, pero no podemos caer en la inseguridad jurídica ni en una aplicación arbitraria del Derecho. Lo procedente es que donde encontramos un concepto jurídico indeterminado, lleguemos a la subsunción de los hechos en el mismo, para analizar si se da o no, mediante la prueba, los hechos acreditados y el razonamiento jurídico motivado. Por ello estamos concretando los criterios jurídicos o elementos reglados que nos da el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia para determinar si las conductas analizadas en cada supuesto de hecho constituyen o no acoso sexual.

El Tribunal Supremo[17] reconoce la dificultad de apreciar la concurrencia del acoso sexual debido al cambiante contexto social y a las diversas circunstancias fácticas

[17] Sentencia Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2023 (recurso de casación nº 8880/2021). Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

que se pueden manifestar- pero esta es una realidad que deben afrontar los operadores jurídicos:

«Ahora bien, una vez sentado ese punto de partida, forzoso es reconocer que los contornos del acoso sexual no siempre son nítidos. Ello se debe a que las pautas y los usos del ser humano en el terreno sexual no son - ni han sido nunca- simples. Existe una notable variedad de formas de conducirse. Y si tal variedad existe en lo que -en cada tiempo y lugar- se considera correcto y lícito, también se da en lo que se considera inaceptable. En otras palabras, la experiencia multisecular enseña que el "comportamiento de naturaleza sexual", por remitirse a la expresión legalmente adoptada en el ordenamiento español, no puede reducirse a lo atinente al acceso carnal, ni menos aún a su consumación. Sostener lo contrario conduciría a una visión inaceptablemente simplista y errónea de las relaciones humanas. De aquí que el apartado primero del art. 7 de la Ley Orgánica 3/2007 no pueda ser interpretado únicamente como contacto físico o como requerimiento del mismo mediante palabras. Tan es así que ese precepto legal significativamente no dice que el "comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual" haya de ser explícito. Hay formas de conducirse que, aun siendo implícitas, resultan inequívocas dentro de un determinado ambiente cultural.
El verdadero interrogante es entonces qué características deben concurrir en un comportamiento implícito para que quepa razonablemente subsumirlo en la definición establecida en el mencionado apartado primero del art. 7 de la Ley Orgánica 3/2007 y, por

consiguiente, para que sea respetuoso de la exigencia de tipicidad inherente al art. 25 de la Constitución ».

No obstante, sí ha quedado fijada la jurisprudencia para apreciar la concurrencia de acoso sexual en el marco del procedimiento sancionador o disciplinario, en cuyo caso deben tenerse en cuenta las siguientes circunstancias [Sentencia Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2023 (recurso de casación nº 8880/2021)]:

En primer lugar, como ya hemos afirmado, que el **comportamiento esté guiado o determinado por la libido o deseo sexual**. Este comportamiento, físico o verbal, debe tener un carácter o naturaleza sexual o libidinosa, pudiendo ser implícito, pero siempre debe resultar o calificarse de inequívoco a efectos de tipicidad.

El Tribunal Supremo añade tres órdenes de datos para valorar la concurrencia del acoso sexual:

A) La **existencia o inexistencia de aceptación** libre por parte de la persona afectada. Además, incluso si hubiera consentimiento, un comportamiento objetiva y gravemente atentatorio contra la dignidad de la persona afectada podría constituir acoso sexual.

B) El **contexto** (profesional, docente, etc.) en que el comportamiento se produce, valorando hasta qué punto la persona afectada ha podido eludir los requerimientos y las molestias.

C) La **dimensión temporal**, pues a menudo no tiene el mismo significado -ni la misma gravedad- un suceso

aislado que toda una serie sostenida y continuada de actos.

Estos criterios se constituyen en indicios racionales de que un comportamiento es constitutivo de acoso sexual, sin que hayan de darse todos ellos cumulativamente. Es decir, deberán ser valorados conjuntamente en el supuesto de hecho concreto, sin que se deba exigir la concurrencia de todos ellos, con excepción del hecho de que el comportamiento esté guiado por el deseo sexual o tenga un componente libidinoso.

Añade el Alto Tribunal, con toda lógica, que el análisis de las circunstancias debe hacerse caso por caso[18]. La Sentencia Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2023, aplicando la doctrina al supuesto de hecho, como elementos a considerar, afirmó que el "comportamiento del recurrente estuvo guiado por la libido, fue continuado durante dos años y no tuvo ninguna clase de acogida por parte de la persona afectada, que además era su subordinada, no cabe sino concluir que la calificación como infracción muy grave de acoso sexual es ajustada a Derecho".

IV. CONCLUSIÓN

Recapitulando y como conclusión, podemos realizar las siguientes apreciaciones sobre la definición legal de

[18] Ni que decir tiene que, como ocurre tantas veces en el mundo jurídico, estos elementos habrán de valorarse a la vista de las circunstancias de cada caso.

acoso sexual en el marco del procedimiento disciplinario o sancionador a funcionarios públicos:

El concepto de acoso sexual se define en el artículo 95.2 b) del Estatuto Básico del Empleado Público como aquella conducta o actuación que suponga discriminación, incluido el acoso moral, sexual y por razón de sexo.

El acoso sexual tiene un componente "libidinoso" o "lujurioso", siendo "un comportamiento guiado o determinado por la libido: el agente busca alcanzar el contacto sexual, de un tipo u otro, con la persona afectada. Prescindir de la libido como móvil del acoso sexual conduciría a incluir en una misma categoría comportamientos muy diversos".

El acoso por razón de sexo, sin embargo, no conlleva esa motivación sexual o libidinosa sino que consiste en el "menosprecio, el maltrato, la amenaza, la represalia y otras conductas ofensivas que están determinadas por el sexo de la persona afectada. Aquí el móvil no es la libido, sino el desprecio o la subestima del agente hacia personas de un sexo determinado".

Mientras que la conducta penalmente reprochable para que concurra el delito de acoso sexual exige una solicitud de favores de naturaleza sexual seria e inequívoca; en el ámbito sancionador o disciplinario no se exige que tal comportamiento sea explícito. Ciertamente el carácter sexual o libidinoso debe estar presente, pero no necesariamente manifestarse de forma clara o explícita. Señala la doctrina jurisprudencial fijada en la Sentencia Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2023 que: *el*

apartado primero del art. 7 de la Ley Orgánica 3/2007 no exige que el "comportamiento, físico o verbal, de naturaleza sexual" sea explícito. Puede ser implícito, siempre que resulte inequívoco.

Como elementos susceptibles de análisis para apreciar si concurre o no el acoso sexual podemos acudir a los siguientes, sin que hayan de darse todos ellos cumulativamente:

A) La **existencia o inexistencia de aceptación** libre por parte de la persona afectada. Considerando que incluso si hubiera consentimiento; un comportamiento objetiva y gravemente atentatorio contra la dignidad de la persona afectada podría constituir acoso sexual.

B) El **contexto** (profesional, docente, etc.) en que el comportamiento se produce, valorando hasta qué punto la persona afectada ha podido eludir los requerimientos y las molestias.

C) La **dimensión temporal**, pues a menudo no tiene el mismo significado -ni la misma gravedad- un suceso aislado que toda una serie sostenida y continuada de actos.

Consideramos y esperamos que las definiciones, criterios y aspectos relacionados de forma sistemática en este trabajo ayuden a los operadores jurídicos a definir de una forma más precisa la conducta infractora del acoso sexual en el marco del procedimiento disciplinario o sancionador a funcionarios públicos.

Gabilex
Nº 36

Diciembre 2023
http://gabilex.castillalamancha.es

EL BLANQUEO DE CAPITALES A TRAVÉS DEL ARTE

Dª. Covadonga Bermejo Cosmen

Máster de Acceso a la Abogacía y la Procura. Especialización en Derecho del Mercado del Arte por la Universidad Carlos III de Madrid. Graduada en Derecho y ADE Bilingüe por CUNEF

Resumen: El blanqueo de capitales es uno de los delitos que se cometen con más frecuencia en la actualidad, y no sólo presenta un riesgo para el desarrollo de la vida en sociedad sino también para los Estados de Derecho. El hecho de que vivamos en un mundo globalizado y tecnológico convierte este delito en una actividad transfronteriza, cuya comisión es a veces indetectable y donde la ocultación tanto de los capitales como de los delincuentes es relativamente sencilla. Como consecuencia, la mayoría de los Estados llevan varias décadas aunando sus esfuerzos para erradicar este delito de forma coordinada, haciéndolo a través de Organizaciones Internacionales y también desde el plano nacional.

En este contexto, el mercado del arte continúa siendo especialmente vulnerable a estas prácticas delictivas por factores internos como su potencial económico y por otros externos como su escasa regulación, y buena

prueba de ello son los escándalos que han sido destapados en los últimos años donde están involucrados personas públicas ampliamente conocidas.

Abstract: Money laundering is one of the most frequently committed crimes today, and not only poses a risk to the development of life in society but also to the rule at the constitutional level. The fact that we live in a world of globalization and technology makes this crime a cross-border activity, the commitment of which is sometimes undetectable and where the concealment of both capital and criminals is relatively easy. As a consequence, for several decades now, the majority of States have been combining their efforts to eradicate this crime in a coordinated manner, both through International Organizations and also at the national level.

In this context, the art market remains particularly vulnerable to these criminal practices due to internal factors such as its economic potential and external ones such as its lack of regulation, as evidenced by the scandals that have been uncovered in recent years involving well-known public figures.

Palabras Clave: Blanqueo de capitales, lavado de dinero, fases del blanqueo de capitales, técnicas clásicas para la comisión del blanqueo, arte, blanqueo de capitales a través del arte, organismos internacionales, organismos nacionales, GAFI.

Keywords: Money laundering, phases of money laundering, classical money laundering methods, art,

money laundering through art, international organizations, national organizations, FATF. Constitution;

Sumario:

1. APROXIMACIÓN AL BLANQUEO DE CAPITALES
1.1. DEFINICIÓN CONCEPTUAL
1.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICO-LEGISLATIVA
1.2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y ORIGEN: AL CAPONE
1.2.2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA
1.2.2.1. INTERNACIONAL
1.2.2.2. EUROPEA
1.2.2.3. ESPAÑOLA
1.3. EL TIPO BÁSICO DEL DELITO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: EL ARTÍCULO 301.1.
1.4. LAS FASES DEL BLANQUEO DE CAPITALES (MODELO GAFI)
1.4.1. LA COLOCACIÓN O LA INVERSIÓN
1.4.2. EL ENCUBRIMIENTO O LA CONFUSIÓN
1.4.3. LA INTEGRACIÓN
1.5. TRES TÉCNICAS CLÁSICAS PARA LA COMISIÓN DEL BLANQUEO
1.5.1. CASINOS
1.5.2. EL SMURFING
1.5.3. PROFESIONALES: ABOGADOS
2. EL MODUS OPERANDI A TRAVÉS DEL ARTE
2.1. ¿QUÉ ES EL ARTE?
2.2. EL ARTE COMO VEHÍCULO IDÓNEO PARA LA COMISIÓN DELICTIVA
2.2.1. POTENCIAL ECONÓMICO
2.2.2. ESCASA REGULACIÓN

2.2.3. FALTA DE TRANSPARENCIA
2.2.4. OTROS FACTORES
2.3. LA EJECUCIÓN DEL DELITO
3. CASOS REALES DE BLANQUEO DE CAPITALES A TRAVÉS DEL ARTE
3.1. CASO EDEMAR CID FERREIRA
3.2. CASO MATTHEW GREEN
4. LOS ESFUERZOS INTERNACIONALES EN LA LUCHA CONTRA EL BLANQUEO: ALGUNOS ORGANISMOS Y SUS OBJETIVOS
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFÍA

Índice de abreviaturas

ABE	Asociación Bancaria Europea
ALD	Anti Lavado de dinero
AMLA	*Anti-Money Laundering Authority*
Art. (s)	Artículo (s)
BCBS	Comité de Supervisión Bancaria de Basilea
BERD	Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CFT	Contra la Financiamiento del Terrorismo
C.P.	Código Penal
EAG	*Eurasian Group* (Grupo Euroasiático)
e.g.	*Exemple gratia*; por ejemplo
ESW	Red Segura de Egmont
Etc.	Etcétera
Eurojust	Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal
Europol	Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial

FT	Financiación del Terrorismo
GABAC	Grupo de Acción contra el blanqueamiento de dinero en África Central
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional
GAFILAT	Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica
Íbidem.	En el mismo lugar.
i.e.	*Id est*; es decir
IV	Cuarta
KYC	*Know Your Customer*
LD	Lavado de dinero
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPBC	Ley de Prevención de Blanqueo de Capitales
Moneyval	Comité de expertos para la evaluación de medidas contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo
NFT	*Non-Fungible Token*
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OOII	Organizaciones Internacionales
PIB	Producto Interior Bruto
RAE	Real Academia Española
SEPBLAC	Servicio Ejecutivo de Prevención de Blanqueo de Capitales
ss.	Siguientes
UE	Unión Europea
UIF	Unidad de Información Financiera
UNODC	Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y Delito
V	Quinta

INTRODUCCIÓN

El blanqueo de capitales es una de las actividades delictivas que más preocupan a los Estados y a otros agentes económicos debido a los efectos atomizadores que producen y que no solo perturban la vida social y generan violencia, sino que además impactan en el orden económico-financiero y la administración de justicia. Según los informes presentados por la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias en su Memoria Estadística[1], este delito crece anualmente, lo que supone un riesgo para la estabilidad de los Estados de Derecho; máxime cuando esta actividad ilícita no se produce de forma aislada sino conjuntamente con otros delitos como el de tráfico de drogas y de fraude fiscal, e incluso en el seno de una organización criminal.

El hecho de vivir en un mundo globalizado, en el que las fronteras son prácticamente inexistentes, impulsa la proliferación de estas conductas, pues resulta más difícil conseguir la trazabilidad del delincuente y de los fondos obtenidos, facilitando así la ocultación del dinero obtenido ilícitamente. Al mismo tiempo, existen otros factores que favorecen al delincuente, entre los que se encuentran la falta de comunicación eficiente entre Estados, la ausencia de medidas eficaces en países con

[1] Esta Comisión forma parte del organismo nacional del SEPBLAC o Servicio Ejecutivo de Prevención del Blanqueo de Capitales y su función principal es la elaboración de informes y estadísticas que son publicados por el Gobierno y utilizados por el SEPBLAC para emitir recomendaciones e informar de riesgos.

alto riesgo y, por último, la transformación digital, que ha permitido la sofisticación de las técnicas de blanqueo. Ante esta amenazante realidad, los Estados se han visto obligados a establecer un marco legislativo internacional sólido, así como mecanismos de cooperación y crear organismos que permitan el intercambio de información para lograr una lucha coordinada contra el blanqueo.

Estas actuaciones internacionales han sentado precedente para la UE, que ha creado un organismo –AMLA[2]– para la coordinación de las distintas agencias nacionales contra el blanqueo, y ha desarrollado paquetes regulatorios para hacer frente a estas conductas por considerarlas graves amenazas para los valores comunes en los que se sustenta el proyecto europeo.

A nivel nacional, los medios de comunicación cada vez con más frecuencia se hacen eco de distintas operaciones de blanqueo, lo que, junto con las exigencias europeas, ha llevado al legislador español a intensificar su regulación y a la creación de una unidad de prevención: el SEPBLAC (Servicio Ejecutivo de Prevención del Blanqueo de Capitales)[3].

Por otra parte, es por todos conocido que el arte no sólo es un interés inherente a la condición humana, sino

[2] Este organismo europeo "Anti-Money-Laundering Authority" o por sus siglas en inglés AMLA tiene potestad para supervisar entidades financieras a nivel internacional y para imponer sanciones de hasta 10 millones de euros.

[3] Los objetivos de esta institución y su funcionamiento serán explicados con detalle en el apartado 4.

también una oportunidad de inversión. De acuerdo con los datos ofrecidos por Art Basel y UBS en el informe Art Market 2022[4], las ventas en el mercado global del arte ascendieron a 65,1 billones de dólares en 2021. Si bien es cierto que muchas obras son adquiridas "por amor al arte", otras lo son por su potencial económico.
En momentos de recesión el arte se percibe como un valor seguro, lo que lleva a ahorradores con una gran aversión al riesgo a optar por estos productos; en cambio, otros inversores más arriesgados especulan con obras de grandes maestros o de artistas emergentes con la confianza de obtener una gran rentabilidad.

De la misma manera que las conductas delictivas han ido perfeccionándose y volviéndose más complejas con las nuevas tecnologías, el arte también ha evolucionado impulsado, en parte, por la transformación digital –por ejemplo, con la creación de activos digitales: los NFTs[5].

---

[4] Este informe es elaborado anual y conjuntamente por Art Basel y UBS. En él se analizan las tendencias globales del mercado del arte y las antigüedades a partir de datos recogidos y examinados por Arts Economics (artseconomics.com). Los datos proceden de casas de subastas, galerías, coleccionistas, bases de datos, etc., y permiten obtener unas conclusiones acerca del estado del mercado en el momento actual y prever la situación futura.

MCANDREW, C. "The Art Market 2022", Art Basel & UBS, 2022, págs. 14-65.

[5] El Diccionario Collins define este término como "un certificado digital único, registrado en una cadena de bloques, que se utiliza para registrar la propiedad de un activo, como

Sin embargo, no ha ocurrido lo mismo en el mercado global del arte, que sigue caracterizándose por su opacidad y la escasa regulación a la que está sometido, consolidándose como el refugio que tradicionalmente ha sido para la ocultación de dinero proveniente de actividades ilícitas.

Los motivos por los que he decidido adentrarme en el estudio del delito de blanqueo de capitales a través del arte son: en primer lugar, por ser uno de los mayores temas de actualidad y de preocupación a nivel internacional y, en segundo lugar, por la inclinación personal que naturalmente siento hacia el arte y la belleza.

Los objetivos de este trabajo son los siguientes:

- Exponer qué es el blanqueo de capitales, la evolución regulatoria de esta práctica delictiva y su tratamiento jurídico actual en la legislación española.
- Evaluar el mercado global del arte y comprender por qué y cómo el arte se ha utilizado tradicionalmente como técnica blanqueadora, analizando para ello algunos casos reales relevantes.
- Indagar en la lucha internacional y nacional contra el blanqueo de capitales a través de los diversos organismos creados para su detección y la mitigación de sus efectos.

---

una obra de arte o un objeto de colección". Disponible en: https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/nft

APROXIMACIÓN AL BLANQUEO DE CAPITALES

a. DEFINICIÓN CONCEPTUAL

El blanqueo de capitales es probablemente una de las conductas más reconocidas por los ciudadanos por ser de gran actualidad. El término <<blanqueo>> no solo es empleado con asiduidad por los medios de comunicación, sino que también es protagonista de series televisivas[6] donde se reflejan conductas delictivas y complejos entramados criminales como, por ejemplo, en la exitosa Breaking Bad[7].

[6] "Blanqueo de dinero en las series televisivas de actualidad. Propuesta de un modelo pedagógico para el aprendizaje del Derecho Penal Económico: Breaking Bad como paradigma", *VIII Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo,* Miguel Abel Souto*,* Valencia, 2021.

[7] Breaking Bad es una serie creada por Vince Gilligan en el año 2008, compuesta por 62 capítulos distribuidos en cinco temporadas. Su emisión fue realizada por AMC y fue galardonada con un Globo de Oro a la mejor serie de drama. Su protagonista es Walter White, un profesor de química que acaba de conocer la terrible noticia de que su esperanza de vida se acaba. Con el objetivo de ganar el dinero suficiente para que su familia se mantenga cuando él ya no esté y para ahorrar el dinero necesario para afrontar los gastos de universidad de sus hijos, Walter comienza a producir la droga sintética conocida como "cristal" más pura del mercado, valiéndose para ello de sus conocimientos químicos. En un primer momento blanquea el dinero procedente del tráfico de

Este exceso de información genera en ocasiones debates poco precisos, dando lugar a un popurrí de conceptos (e.g. blanqueo, lavado, evasión, elusión) que son similares, pero no idénticos, pues entre ellos hay matices distintivos importantes. Además, estos suelen ir acompañados de otros conceptos usados coloquialmente, como, "dinero negro" o "dinero sucio", lo que puede agravar la confusión.

La necesidad de distinguir si la procedencia de los capitales es lícita o ilícita, así como de delimitar los mencionados conceptos ya fue recogida en la Convención de Viena[8] y en las siguientes, y son precisamente esos matices los que dan lugar a diferentes definiciones doctrinales del delito de blanqueo. Para Isidoro Cordero[9] es importante la distinción inicial entre <<dinero negro>> y <<dinero sucio>> en función de la procedencia de los capitales. En el primer supuesto, los capitales provienen de actividades lícitas y su origen es la evasión fiscal. En este caso hablamos de blanqueo de dinero puesto que al ser <<dinero negro>> tendría que ser sometido a un blanqueamiento. Por otra parte, se hablará de lavado de dinero cuando requiera de ser <<lavado>> por proceder de actividades <<sucias>>, es decir,

---

estupefacientes a través de un negocio de lavado de coches, más tarde comienza a almacenarlo en metálico.

[8] Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, 10 de noviembre de 1990.

[9] BLANCO, I. *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 1997.

delictivas, tales como el tráfico de drogas, el contrabando, etc. Este autor ofrece una definición del blanqueo de capitales: <<el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita[10]>>; definición prácticamente coincidente con la aportada por Vidales Rodríguez[11], para quien el blanqueo está formado por aquellas <<operaciones tendentes a dar una apariencia de legalidad a las ganancias ilegales que se obtienen como consecuencia de la comisión de delitos. De esta forma, mediante las operaciones de blanqueo o lavado de capitales se introduce el dinero o los bienes procedentes del delito en la circulación legal y en el sistema económico>>.

Otros autores, como la profesora Mallada Fernández[12], hacen especial énfasis en la relación del blanqueo y la ocultación del dinero a la Hacienda Pública, definiendo el blanqueo de capitales como <<aquel proceso mediante el cual se ocultan las ganancias a la Hacienda Pública procedentes tanto de actividades lícitas como de actividades ilícitas para, más tarde, reintroducirlas en la economía legal mediante el proceso de blanqueo, tributando por ello a la Hacienda Pública, pero, con diferentes hechos imponibles de los que se hubiese tributado en caso de haber confesado al Fisco las

[10] BLANCO, *El delito de* (…) op. cit. pág. 7.

[11] VIDALES, C. *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

[12] MALLADA, C. *Fiscalidad y blanqueo de capitales (Tesis doctoral),* Universidad de Oviedo, Sevilla, 2011.

ganancias>>. Y es precisamente ésta última autora la que concluye –al menos en lo que en este trabajo nos ocupa– este debate doctrinal en torno al concepto de blanqueo, exponiendo unas características comunes a las distintas definiciones aportadas por la doctrina: (i) los capitales proceden de una actividad delictiva previa y (ii) posteriormente son reintroducidos en la economía legal con apariencia de legalidad.
En conclusión, consideraremos que el blanqueo de capitales es aquel proceso mediante el cual unas ganancias procedentes de actividades ilícitas son reintroducidas en el mercado legal.

En qué consiste el blanqueo no es el único debate que se mantiene entre la doctrina. Por ejemplo, algunos autores consideran que el término "blanqueo de capitales" debería ser más expansivo, incluyendo otros muchos activos. Para ello, proponen el reemplazo de "capitales" por "bienes". A pesar de que esta discusión no será objeto de este trabajo, actualmente no se prevé la modificación del texto legal; tampoco lo contemplan nuestros vecinos europeos, cuyos ordenamientos hablan siempre de <<capitales>>: *blanchiment de* ***l'argent*** en Francia*, en* Alemania de ***geld****wäsche*, en Italia de *riciclaggio di* ***denaro*** y en Portugal de *branqueamento de* ***capitais***.

b. EVOLUCIÓN HISTÓRICO-LEGISLATIVA

EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y ORIGEN: AL CAPONE

La expresión "blanqueo de capitales" o *money laundering* en inglés fue acuñada por primera vez en los años 20 para referirse a las prácticas delictivas de Al Capone. Este conocido mafioso <<lavaba>> el dinero procedente de la prostitución y del contrabando de bebidas alcohólicas durante la Ley seca[13] en pequeños

[13] La Ley seca (1920-1933) se refiere al periodo en el que se prohibió la destilación y comercialización de bebidas alcohólicas en los Estados Unidos. Esta etapa posterior a la Primera Guerra Mundial fue convulsa por la llegada de oleadas migratorias que procedían de Europa y la respuesta a éstas por parte de la América rural. Los europeos católicos (e.g. italianos, irlandeses y polacos) se asentaron en la costa Este (i.e. Boston y Nueva York) mientras que los afroamericanos prefirieron ciudades como Chicago o Detroit. La América rural rápidamente se opuso a la llegada de inmigrantes por la creencia de que el extranjero era sinónimo de delincuente, se fortalecieron valores tradicionales como el "WASP" (*White Anglo Saxon Protestants*) y surgieron movimientos como el Ku Klux Klan en un ambiente xenófobo y racista.
Estos inmigrantes se reunían en sus propios clubs sociales, los *saloons*, donde bebían cerveza, hablaban por teléfono y jugaban. Sin embargo, el hecho de que gastaran sus jornales en alcohol y llegaran ebrios a casa era algo que enfurecía a las mujeres, así que fueron ellas las que lideraron un movimiento social para pedir la prohibición del alcohol. Este ideario fue acogido por grupos que aspiraban a "limpiar" la sociedad, como el "YMCA" (Young Men's Christian Society) y finalmente se plasmó en la 18ª enmienda de la Constitución, que prohibió la destilación y comercialización de todo tipo de bebidas alcohólicas. Fue entonces cuando comenzó su importación en la clandestinidad (el contrabando), caracterizada por su bajo coste (i.e. ya que los países colindantes con los Estados Unidos eran productores de bebidas alcohólicas como ron, mezcal y tequila) y sus altos beneficios. Esto derivó en el auge de los

negocios, entre los que destacaba una red de lavanderías. El hecho de que en estos pequeños negocios los beneficios se percibieran en metálico facilitaba el delictivo *modus operandi*, pues introducía en estos negocios los capitales ilícitos, de tal forma que al mezclarse el dinero de los negocios con el dinero obtenido de las actividades ilícitas era prácticamente imposible distinguir el origen de las ganancias[14]. A pesar de que la expresión triunfó coloquialmente, no fue recuperada hasta el escándalo de Watergate[15] y utilizada

---

bares ilegales o *speaksies* y las bandas criminales, que se enfrentaban constantemente para controlar el mercado. Finalmente, el Gobierno se vio obligado a intervenir. Por ejemplo, en 1933 se introdujo la 21ª enmienda, que anulaba la 18ª enmienda y legalizaba la venta de ciertas bebidas alcohólicas como el vino y la cerveza.

UCELAY-DA CAL, E. *La Ley Seca, la era de la prohibición en Estados Unidos* [consulta: 4 de octubre de 2022]. Disponible en: https://historia.nationalgeographic.com.es/a/ley-seca-era-prohibicion-estados-unidos_12311

[14] GÁLVEZ, R. *Los modus operandi en las operaciones de blanqueo de capitales,* 2ª edición, Wolters Kluwer, Barcelona, 2014.

[15] Este escándalo se produjo en 1973 en los Estados Unidos y hace referencia al espionaje profesional que el entorno del entonces Presidente –Richard Nixon– orquestó contra sus rivales políticos –el Partido Demócrata– en el complejo de Watergate y que provocó la primera y única dimisión de un Presidente de los Estados Unidos.
SADURNÍ, J.M. *El escándalo Watergate, espionaje presidencial en Estados Unidos* [consulta: 4 de octubre de 2022]. Disponible

por un tribunal por primera vez en los Estados Unidos en 1982.
El caso de Al Capone no fue un hecho aislado, ya que durante esos años proliferó el blanqueo de capitales proveniente de delitos de drogas y se destaparon numerosos escándalos[16] como el "Pizza connection" [17] en 1985.

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

INTERNACIONAL

Los primeros escándalos en Estados Unidos en torno al blanqueo de capitales provenían del tráfico de drogas, lo que instó al Gobierno a manifestar la importancia de hacer frente al blanqueo de capitales para, indirectamente, combatir los delitos de tráfico de

---

en: https://historia.nationalgeographic.com.es/a/escandalo-watergate-espionaje-presidencial-estados-unidos_15421

[16] MALLADA, *Fiscalidad y* (…) op. cit. pág. 8.

[17] El caso "Pizza connection" hace referencia a uno de los juicios más largos de la Historia de los Estados Unidos. En él, fueron enjuiciados varios mafiosos sicilianos –entre los que se encontraba el entonces dirigente, Gaetano Badalamenti– por introducir en el país heroína procedente de Sicilia y distribuirla, durante más de una década, a través de distintas pizzerías. Agencia EFE. *Badalamenti y otros 18 mafiosos, culpables en la 'pizza connection'* [consulta: 8 de octubre de 2022] ". Disponible en: https://elpais.com/diario/1987/03/04/internacional/541810819_850215.html#:~:text=Badalamenti%20y%20otros%2018%20mafiosos%2C%20culpables%20en%20la%20'pizza%20connection',-EFE&text=El%20ex%20jefe%20de%20la,se%20denomin%C3%B3%20la%20pizza%20connection.

drogas[18]. Es entonces cuando el Consejo de Europa alertó del riesgo que supondría la introducción de capitales provenientes de actividades delictivas en el mercado[19].

A esta recomendación le siguió la Declaración de Basilea de 12 de diciembre de 1988[20], que fue adoptada por autoridades bancarias del Grupo de los Diez[21]con el objetivo de establecer unas guías de comportamiento para las instituciones bancarias, definiendo en su Preámbulo el blanqueo de forma muy limitada. Unos días más tarde y en respuesta a la recomendación del Consejo de Europa, la Comunidad Internacional celebró la Convención de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas –comúnmente conocida como la

[18] VELASCO, R. *Las cloacas de la economía,* 2ª edición, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2012.

[19] GÁLVEZ, *Los modus operandi* (…) op. cit. pág. 9.

[20] La Declaración de Basilea de 12 de diciembre de 1988, también conocida como "Acuerdo de Basilea I" recoge una serie de principios deontológicos no vinculantes para la regulación del sistema financiero mundial.

[21] El Grupo de los Diez (G-10) hace referencia a una serie de países que decidieron formar parte de los Acuerdos Generales para la Obtención de Préstamos (AGP), creados en 1962 como método de financiación complementario a los préstamos que otorgaba el FMI cuando éstos eran insuficientes para satisfacer las necesidades del país. Los AGP fueron creados por los siguientes países: Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Países Bajos, Reino Unido; junto con la colaboración de los bancos centrales de Alemania y Suecia. En 1964 Suiza se incorporó a esta organización.

Convención de Viena–. En ella se ofrece la primera definición de blanqueo de capitales con trascendencia internacional, que se materializó en el compromiso de los Estados en regular como delito las conductas que se encontraban dentro de la definición del blanqueo –las cuales estaban exclusivamente relacionadas con los estupefacientes– [22].

Un año más tarde se celebra la cumbre del G7 de París[23], donde se crea el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) como un órgano intergubernamental no legislativo perteneciente a la OCDE para el establecimiento de estándares, así como para la implementación de medidas legales y la elaboración de recomendaciones. <<Las 40 Recomendaciones>> en 1990 fueron las primeras publicadas por el GAFI, se limitaban a la persecución de los delitos de tráfico de drogas y marcaron un antes y un después en la lucha contra el blanqueo, ya que a pesar de no tener fuerza vinculante para los Estados sí fueron tomadas como referencia por los legisladores nacionales.

[22] FERNÁNDEZ, D. "En torno al concepto de blanqueo de capitales: evolución normativa y análisis del fenómeno desde el Derecho penal", ADPCP (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales), 2016, págs. 211-276.

[23] La 15ª reunión del G7 reunió a los líderes de los 7 países más industrializados del momento –Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Reino Unido–, fue celebrada en 1989 y se configuró como un foro no anual donde los miembros podrían dirimir temas políticos más importantes.

Más tarde en el año 1990 el Consejo de Europa aprobó el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito –conocido como Convenio de Estrasburgo–, que por primera vez se refiere al blanqueo de capitales procedentes de cualquier delito[24]; y que fue sustituido en el 2005 por el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos –el Convenio de Varsovia–.

En la década de los 2000 se celebraron las dos últimas Convenciones de Naciones Unidas relevantes en materia de blanqueo.
Por una parte, la Convención de Palermo[25] (2000), donde únicamente se contemplaba el blanqueo de capitales en su modalidad dolosa y, finalmente, la Convención de Mérida[26] (2003).

Por último, es imprescindible mencionar que la lucha contra la financiación del terrorismo y el blanqueo de capitales se intensificó tras los atentados terroristas del 11-S[27].

[24] BLANCO, I. "La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea", Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, 2001, págs. 7-38.
[25] Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 13 de diciembre de 2000.
[26] Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, 16 de septiembre de 2005.
[27] GÁLVEZ, *Los modus operandi* (…) op. cit. pág. 9.

EUROPEA

El blanqueo de capitales es considerado por la Unión Europea como un fenómeno estrechamente vinculado con la delincuencia organizada y una grave amenaza contra las libertades fundamentales que dieron origen al proyecto europeo[28]. La libertad de circulación tanto de personas como de capitales facilita la comisión del delito de blanqueo y dificultan el rastreo de los capitales, que una vez ingresan en el sistema financiero de la Unión circulan entre los distintos Estados con la misma facilidad con la que lo hace el delincuente. La situación se agrava por el hecho de que cada Estado miembro tiene su propio sistema jurídico, ya que los delincuentes se aprovechan de los eventuales vacíos legales o fisuras de los diferentes sistemas.

El motivo por el que la Unión Europea lucha contra la delincuencia organizada a través del blanqueo de capitales es porque ha optado por la estrategia norteamericana de "follow the money", que persigue a estas organizaciones atacando su patrimonio[29].

Esto fue lo que llevó la Unión Europea a la elaboración de una serie de Directivas con la que no solo se pretende unificar el tratamiento del delito sino también facilitar el intercambio de información entre los Estados Miembros[30]. La primera Directiva, 91/308/CEE del

[28] Las Cuatro Libertades Fundamentales de la Unión Europea son: la libre circulación de mercancías, la libre circulación de personas, la libre circulación de servicios y la libre circulación de capitales; todas ellas reguladas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

[29] BLANCO, I. "La lucha contra (…)" op. cit. pág. 11.

[30] MALLADA, *Fiscalidad y* (…) op. cit. pág. 8.

Consejo, relativa a la prevención del uso del sistema financiero en operaciones de capitales fue aprobada el 10 de junio de 1991 y contiene una definición restrictiva del blanqueo de capitales, limita los posibles sujetos activos del delito a instituciones financieras y establece la necesidad de adoptar medidas de carácter preventivo que acompañen a la lucha penal.

Los sujetos activos fueron rápidamente ampliados por la Directiva 2001/97/CE[31], que incluyó fundamentalmente a profesionales –abogados, notarios y asesores fiscales– y casinos. Además, creó un Comité de Contacto cuya función es la elaboración de informes y servir de apoyo a los Estados en el cumplimiento de esta Directiva.

El 26 de octubre de 2005 se aprobó la Directiva 2005/60/CE de Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo. Esta tercera Directiva deroga la primera y es novedosa en tanto en cuanto se incluye dentro del texto la lucha contra la financiación del terrorismo ya que este delito comparte con el de blanqueo algunos medios de ejecución; amplía el número de sujetos activos y recalca que el blanqueo es una lucha internacional. Gracias a esta Directiva se crearon las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF), que eran entes nacionales que tenían por objeto analizar la información que recibieran sobre sospechas de

[31] Directiva 2001/97/CE, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales.

blanqueo y elaborar informes periódicos. En España se creó el SEPBLAC[32].

El contenido de la Directiva del 2005 fue actualizado por la Directiva 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo conforme a las recomendaciones del GAFI del año 2012[33].

El 30 de mayo de 2018 se aprobó la que es la V y última Directiva –hasta ahora– en esta materia: la Directiva 2018/843[34] contra el blanqueo de capitales, que modifica la IV Directiva, añade nuevos sujetos y establece, entre otras novedades, un sistema registral único que contiene datos identificativos de los titulares últimos o reales de las sociedades mercantiles –para conocer qué persona física controla aquéllas–, que se intercambian con los del resto de registros europeos.

ESPAÑOLA

La configuración actual del delito de blanqueo de capitales en la legislación penal nacional como un delito autónomo e independiente es relativamente novedosa.

[32] MALLADA, *Fiscalidad y* (…) op. cit. pág. 8.
[33] FERNÁNDEZ, "En torno al concepto (…)" op. cit. pág. 10.
[34] Directiva 2018/843/UE, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2015/849/UE relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

El primer Código Penal Español del año 1822 no recogía el delito de blanqueo de capitales, por lo que el castigo de estas conductas se hacía a través de otros delitos que sí estaban tipificados y cuyos rasgos eran similares: los delitos de encubrimiento y de receptación. Más adelante, estas dos figuras resultaron insuficientes para castigar estas conductas delictivas porque, según explica Mallada Fernández[35], <<se necesitaba un delito previo contra los capitales blanqueados por la magnitud que había alcanzado este delito debido a su internacionalización y a las grandes masas de dinero que movía>>.

Fue por primera vez en 1988 cuando el legislador español, como consecuencia de las pautas ofrecidas en el marco del Convenio de Viena, incluyó en la reforma del Código Penal por medio de la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo un delito de *receptación específica* [i.e. en su artículo 546 bis f)] configurado como un delito autónomo, distinto de la receptación pura[36].

No fue hasta 1992 cuando se tipificó el delito de blanqueo de capitales en el proyecto de reforma del Código Penal, con la particularidad de que se contemplaban dos modalidades distintas. Por una parte, el art. 309 castigaba el blanqueo de capitales cuyo delito previo fuera cualquier delito grave; mientras que los arts. 356 y 357 se referían a un blanqueo de capitales procedente del narcotráfico.

[35] MALLADA, *Fiscalidad y* (…) op. cit. pág. 8.
[36] FERNÁNDEZ, "En torno al concepto (…)" op. cit. pág. 10.

Finalmente, en la reforma del Código Penal a través de la Ley 8/1992 de 23 de diciembre, el legislador dedica un capítulo a la receptación y al blanqueo de capitales. Término que acuña por primera vez y cuya redacción era prácticamente idéntica a la recogida en el Convenio de Viena. Además, por olvido del legislador, no se deroga el art. 546 bis f) por lo que se produce una duplicidad legislativa que es subsanada en el Código Penal del 1995. En él se introduce el Capítulo XIV "De la receptación y otras conductas afines a la receptación" y como hecho novedoso, se amplían los hechos previos al blanqueo a cualquier delito grave. Sin embargo, el legislador español se aleja de las legislaciones europeas e internacionales al omitir el término de blanqueo de capitales.

En 2003 se vuelve a reformar el Código Penal para adaptarlo a las nuevas legislaciones en materia de prevención de blanqueo de capitales, y finalmente con la reforma del 2010 se ofrece una definición jurídica del blanqueo de capitales, que queda tipificado en el mismo Capítulo que el delito de receptación. En el año 2010, se produce la última reforma del Código Penal con impacto en esta materia. No sólo se da una nueva redacción al art. 301 C.P., sino que también se incluyen dentro del concepto de "capitales" cualquier tipo de bien o ganancia cuando se conozca su origen delictivo, abarcando también la posesión de los mismos como probabilidad de blanqueo.

c.EL TIPO BÁSICO DEL DELITO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: EL ARTÍCULO 301.1.

El delito de blanqueo de capitales está tipificado en los artículos 301 a 304 del Código Penal, en concreto dentro del Capítulo XIV "De la receptación y el blanqueo de capitales", que pertenece al Título XIII "De los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico". Estos artículos recogen formas dolosas –entre las que se encuentran no sólo el tipo básico del apartado 1 del art. 301 sino también dos modalidades agravadas– y una forma imprudente –art. 301.3–; lo que nos lleva a concluir que el reciclado de capitales que provienen de actividades delictivas es, a su vez y en cualquier caso, delito.

Analizando las conductas típicas del art. 301.1[37] comprobamos que el tipo básico se configura como un delito común y de actividad, cuya finalidad es impedir que los capitales provenientes de una actividad

[37] "1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años".

delictiva se integren en el tráfico económico legal[38]; eso sí, para que dichas conductas resulten típicas el sujeto activo debe de conocer en primer lugar que los bienes proceden de una actividad delictiva y, en segundo lugar, tratar de ocultar o encubrir el origen ilícito de aquéllos.

En relación con la autoría, el blanqueo de capitales es un delito común, por lo que no se requiere ninguna condición especial para ser sujeto activo y le son de aplicación las reglas generales de los artículos 27 y ss. C.P. Por otra parte, el tipo básico del delito de blanqueo es un delito de actividad, cuya consumación se produce con la realización de cualquiera de las conductas típicas.

Por último, en relación con las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, pueden concurrir todas ellas con excepción de la agravante de alevosía (art. 22.1 C.P.), que por decisión del legislador está restringida a aquellos delitos que se cometan contra las personas.

d. LAS FASES DEL BLANQUEO DE CAPITALES (MODELO GAFI)

El proceso de blanqueo de capitales ha sido explicado por diferentes autores, cada uno de los cuales ha elaborado una teoría y distinguido entre múltiples fases del proceso. Entre estos destacan el modelo

[38] LAMARCA, C. *Delitos: la parte especial del Derecho Penal,* 7ª edición, Dykinson, Madrid, 2022.

Ackermann, Zünd y GAFI, siendo este último el más aceptado internacionalmente.
El ciclo de blanqueo fue propuesto por el GAFI en 1990 en su informe "Tipologías del blanqueo de capitales", donde se exponía lo que sería un modelo tipo a través de las siguientes fases: la colocación, la confusión y la integración[39].

LA COLOCACIÓN O LA INVERSIÓN

En la primera fase de colocación o *placement,* los delincuentes tratan de introducir el dinero obtenido ilícitamente dentro del sistema financiero. Para ello, es habitual el traslado de los capitales a una localidad distinta a la de su obtención, así como la ayuda de personas externas a la organización criminal[40].
Existen diversas formas de colocación (e.g. mediante el ingreso de pequeñas cantidades de dinero en sucursales bancarias) y cuanto más elaboradas menor es la probabilidad de levantar sospechas entre las autoridades[41].

La dificultad de justificar el origen de los fondos obtenidos convierte a esta fase en la más vulnerable.

EL ENCUBRIMIENTO O LA CONFUSIÓN

[39] GÁLVEZ, *Los modus operandi* (…) op. cit. pág. 9.

[40] VELASCO, *Las cloacas* (…) op. cit. pág. 10.

[41] ÁLVAREZ, D.; EGUIDAZU F. *Manual de prevención del blanqueo de capitales,* Marcial Pons, Madrid, 2007.

En la segunda fase de encubrimiento o *layering,* el dinero ya está integrado en el sistema legal, por lo que el delincuente tratará de impedir que las autoridades detecten su origen mediante el encadenamiento de múltiples operaciones, de tal manera que tanto su trazabilidad como su vinculación con el delincuente sean tareas especialmente arduas[42].

En esta fase es habitual que las operaciones se produzcan entre varios países[43] para dificultar todavía más su seguimiento y con la ayuda de profesionales financieros.

LA INTEGRACIÓN

En esta última fase, de integración o *integration,* los capitales regresan al delincuente, que tratará de realizar negocios o transacciones para integrarlos en la economía con apariencia de legitimidad. Para ello, es habitual la inversión en empresas pantalla o en activos como los inmobiliarios, puesto que "su valor real no siempre es fácil de estimar, de forma que no resulta sencillo para las autoridades fiscales determinar si el precio declarado por la compraventa coincide o no efectivamente con el pagado por el comprador" [44].

Desde un punto de vista teórico estas fases se encuentran bien diferenciadas. No obstante, puede que en la práctica alguna etapa no se llegue a producir o, por

[42] MALLADA, *Fiscalidad y* (…) op. cit. pág. 8.
[43] GÁLVEZ, *Los modus operandi* (…) op. cit. pág. 9.

[44] ÁLVAREZ; EGUIDAZU, *Manual de* (…) op. cit. pág. 15.

el contrario, que varias se solapen; en definitiva, depende del caso concreto. Además, en muchas ocasiones el dinero se reinvierte en actividades criminales de la misma naturaleza, comenzando un ciclo de blanqueo sucesivo[45].

e. TRES TÉCNICAS CLÁSICAS PARA LA COMISIÓN DEL BLANQUEO

CASINOS

Los delincuentes encuentran en los casinos de juego un método eficaz para el blanqueo por la propia tipología del negocio. Estos locales reciben a diario oleadas de dinero en efectivo, el cual cambia rápidamente de mano y cuyo rastreo es mínimo: cada movimiento estaría justificado en la respectiva ganancia o pérdida; además de ofrecer servicios financieros similares a los de un banco (e.g. depósitos, emisión de cheques, cambio de moneda, etc.)[46].

La técnica habitual comienza con la adquisición de fichas de juego con dinero en efectivo. Una parte de esas fichan son usadas mientras que las restantes son las supuestas ganancias, que son intercambiadas por un cheque –habitualmente a nombre de un tercero para dificultar el seguimiento– en el propio casino. Si este procedimiento es llevado a cabo por la misma persona es altamente probable que despierte las sospechas de las autoridades;

[45] MALLADA, *Fiscalidad y* (…) op. cit. pág. 8.

[46] DEL CID, J.M. *Blanqueo internacional de capitales,* Deusto, Barcelona, 2007.

por ello, algunos profesionales del delito como la Mafia no han ejecutado el blanqueo siendo clientes del casino sino los dueños, valiéndose para ello de testaferros y sociedades interpuestas y tratando de confundir los beneficios ilícitos con los obtenidos en el propio negocio del juego[47].

EL *SMURFING*

El *smurfing* o pitufeo hace referencia a una de las técnicas de colocación en la que los delincuentes o "pitufos" tratan de colocar el dinero en la economía legal; haciéndolo a través de diversas transacciones realizadas en entidades financieras y/o bancarias. La particularidad de esta técnica es que el dinero es fraccionado en pequeñas cantidades, de tal manera que ninguno de los importes supera el umbral mínimo que genera el deber de las entidades financieras de informar a la Administración.

En algunos casos, el "pitufo" abre diversas cuentas bancarias por cuantías mínimas de dinero; en otros, el dinero es ingresado en pequeñas cantidades y en un cajero automático, dificultando la identificación de la persona que lo lleva a cabo. En ambas situaciones, al ingreso le siguen múltiples operaciones realizadas por una persona distinta, y habitualmente en forma de pago

[47] GARCÍA, A. *Blanqueo y antiblanqueo de capitales. Cómo se lava el dinero. Cómo se combate el lavado*. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2010.

a personas no identificadas mediante títulos al portador[48].

PROFESIONALES: ABOGADOS

Este profesional es susceptible de convertirse en blanqueador de capitales de diversas maneras entre las que destacan el asesoramiento y el diseño de un plan para la ejecución del blanqueo, así como la percepción de grandes cantidades en metálico que son depositadas en cuentas bancarias a nombre del abogado y posteriormente entregadas al cliente[49]. Si bien es cierto que anteriormente el abogado tenía un deber de confidencialidad, a partir de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, este no es siempre el caso. Esta norma incluye en su art. 2.1 apartado ñ) como sujetos obligados a su aplicación a los abogados, derivándose de esta consideración una serie de obligaciones de entre las que destaca la de adoptar las medidas de diligencia debida[50] "cuando concurran indicios de blanqueo de capitales o de financiación del

[48] GÁLVEZ, *Los modus operandi* (…) op. cit. pág. 9.

[49] GÁLVEZ, *Los modus operandi* (…) op. cit. pág. 9.

[50] Las medidas de diligencia debida consisten en: 1) la identificación formal, 2) la identificación o información del titular real según se trate de personas físicas o jurídicas respectivamente, 3) la obtención de información sobre el propósito e índole de la relación de negocios y 4) el seguimiento continuo de la relación de negocios. A su vez, la Ley prevé para algunos supuestos medidas de diligencia simplificadas y medidas de diligencia reforzadas.

terrorismo, con independencia de cualquier excepción, exención o umbral, o cuando existan dudas sobre la veracidad o adecuación de los datos obtenidos con anterioridad".

También deberán de realizar un <<examen especial>> (art. 17 LPBC) si tuvieran sospechas de que cualquier operación o hecho, independientemente de la cuantía, pudiera tratarse de un supuesto relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, teniendo que presentar por escrito unas conclusiones. Si del examen especial el abogado conociera, sospechara o tuviera motivos razonables para sostener la sospecha, se tratará de una operación por indicios y estaría obligado a comunicarlo al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (art. 18 LPBC). No obstante, el art. 22 LPBC establece que el abogado en cuestión no está sujeto a esta obligación cuando vayan a "determinar su posición jurídica" o al "desempeñar su función de defenderlo" […] y "guardarán el deber de secreto profesional".

A pesar de que la redacción del art. 22 es confusa, podemos concluir que en aquellos casos en los que el abogado analice la situación jurídica de su cliente o le defienda no existe la obligación de comunicación por indicios. Por el contrario, si se solicita la participación activa del abogado en algún supuesto relacionado con el blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, prevalece la obligación de informar en detrimento del secreto profesional, lo que, a mi juicio, constituye un riesgo enorme para la privacidad e intimidad del cliente y para los derechos fundamentales a la defensa y a la tutela judicial efectiva.

EL *MODUS OPERANDI* A TRAVÉS DEL ARTE

f. ¿QUÉ ES EL ARTE?

Antes de analizar por qué el mercado del arte resulta idóneo como medio para la comisión del delito de blanqueo de capitales es necesario delimitar qué es el arte. La falta de consenso en torno al concepto de blanqueo de capitales también se extiende a este ámbito, con la dificultad añadida de que el arte no sólo se refiere a una realidad material y tangible sino también a las emociones, lo que la convierte en una disciplina tan flexible como subjetiva y que, en todo caso, invita a la divagación.

A efectos del análisis que nos ocupa, consideraremos la definición de arte que propone la RAE[51], que delimita qué es arte y lo hace así: "manifestación de la actividad humana mediante la cual se interpreta lo real o se plasma lo imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros".

g. EL ARTE COMO VEHÍCULO IDÓNEO PARA LA COMISIÓN DELICTIVA

[51] Disponible en: https://dle.rae.es/arte

De acuerdo con la Estrategia de la Unión Europea para una Unión de la Seguridad (2020), "el tráfico de bienes culturales se ha convertido en una de las actividades delictivas más lucrativas y en una fuente de financiación para los terroristas y la delincuencia organizada". Es por ello imprescindible analizar con mayor profundidad qué características del mercado del arte hacen que sea tan atractivo para la comisión delictiva[52].

POTENCIAL ECONÓMICO

De acuerdo con el informe Art Market 2022 presentado por Art Basel y UBS[53], el mercado global del arte generó unas ventas agregadas en 2021 que ascendieron a 65,1 billones de dólares, lo que supuso un incremento del 29% con respecto al año anterior. Los mayores mercados mundiales por los importes de sus

[52] Traducido del inglés: "trafficking in cultural goods has become one of the most lucrative criminal activities and
a source of funding for terrorists as well as organized crime".

MUNNELLY, A. "Compliant or Complicit?", European Union Institute for Security Studies, 2021, págs. 1-8.

[53] Véase nota al pie número 4. En este informe redactado por la fundadora de Arts Economics, Clare McAndrew se publica anualmente tras el análisis de una encuesta internacional realizada a más de 2.700 coleccionistas de alto poder adquisitivo. El examen recae sobre los gastos, viajes y comercio dentro del mercado del arte en 11 mercados mundiales distintos; incidiendo en la composición de las colecciones de arte (e.g. género, tipo de artista) así como examinando el comercio internacional del arte y sus riesgos y tendencias.

transacciones son Estados Unidos, China y Reino Unido; sin obviar el robustecimiento del mercado del arte digital, que experimentó un incremento de ventas de NFT de 4,6 millones en 2019 a 11,1 billones en 2021. Si bien es cierto que los más jóvenes prefieren invertir en arte digital[54], hoy en día los individuos con grandes patrimonios prefieren ver físicamente la obra y para ello optan en su mayoría por comprar a través de un marchante, ya sea en persona o a través de su página web[55].

Las casas de subastas mantuvieron su nivel de ventas, aumentaron su cartera de clientes y realizaron transacciones tanto públicas como privadas de forma lineal; Christie's[56] realizó las dos transacciones más caras del año: "Mujer sentada junto a una ventana" de Picasso (1932) y la obra "In this Case" (1983) de Jean-Michel Basquiat por 103,4 y 93,1 millones de dólares respectivamente; Sotheby's[57] consiguió un récord

[54] La Generación Z invirtió en arte digital más de 1 millón de dólares en el año 2021.

[55] Los individuos con alto valor neto o *High Net Worth Individual*s adquirieron en 2021 el 42% de sus obras a través de un comerciante de arte.

[56] Christie's es una casa de subastas fundada en 1766. Actualmente tiene sedes en 46 países y ofrece productos muy diversos (i.e arte, objetos de lujo, productos inmobiliarios, educación) cuyos precios oscilan entre 200 dólares y más de 100 millones de dólares.
En el año 2017 alcanzó un récord mundial por la venta en una subasta de "Salvator Mundi", una obra de Leonardo da Vinci que fue adquirido por 450.312.500 millones de dólares.

[57] Sotheby's es una de las dos casas de subastas más grandes del mundo. Fue fundada en Londres en 1744 y desde 1955

vendiendo un Cryptopunk[58] por 11,8 millones de dólares.

Con respecto al mercado español, las ventas en 2020 ascendieron a 308 millones de euros, de los que 236 millones fueron en galerías. Estas cifras son las más bajas desde el 2014 y se deben al descenso global del mercado del arte como consecuencia del COVID-19, pues el mercado español del arte creció entre 2009 y 2019 más del 45%. En términos comparativos, el mercado español es más grande que otros mercados europeos y aun así representa algo menos del 1% del mercado global. La tendencia más destacada en 2021 ha sido el aumento del 300% en las exportaciones españolas, siendo los principales países receptores

---

que abrió su oficina de Nueva York tiene un perfil internacional, con presencia en 40 países. El número de subastas cada año asciende a 600 y en ellas se ofertan todo tipo de objetos (e.g. arte contemporáneo, vinos, relojes, etc.) que pueden ser adquiridos física o digitalmente.
El año 2021 alcanzó un récord de ventas de 7,3 billones de dólares, de los cuales 6 billones se obtuvieron en subastas y el resto en ventas privadas. Ese mismo año logró un récord de venta de un *Old Master*: 92,2 millones de dólares por un Boticelli.

[58] Un Cryptopunk es uno de los 10.000 NFT desarrollados por la empresa Larva Labs en 2017 y almacenados en la blockhain Ehtereum. Son avatares en 2D con una estética punk y una resolución de 24 x 24 píxeles. Cada uno de ellos se encuadra en un fondo con tres posibles colores según su disponibilidad; así, el fondo es rojo cuando está disponible para su compra, morado cuando existe una oferta de un tercero y azul cuando no está disponible para su venta.

Andorra (77,7%), los Estados Unidos (8,5%) y Suiza (3,3%)[59].

Los datos previos nos llevan a concluir que el mercado del arte tiene suficiente potencial económico como para que resulte atractivo tanto para ocultar en él las ganancias ilícitas como para obtener de sus inversiones artísticas cierta rentabilidad. Estos factores se fortalecen por la propia volatilidad de los precios, que pueden fluctuar fácilmente por las tendencias del mercado, la entrada en una recesión, etc.[60]

ESCASA REGULACIÓN

La lucha contra el blanqueo de capitales a través del mercado del arte supone un enorme reto para los Estados y Organismos internacionales, no solo por la magnitud del mercado del arte sino también por la creciente internacionalización del delito de blanqueo de capitales[61]. Para ello disponen de mecanismos legislativos de *hard law* y *soft law*[62]; no obstante, su

[59]MCANDREW, C. "*El mercado español del arte en 2021",* Instituto de Arte Contemporáneo (IAC), pág. 22.

[60] MUNNELLY,"Compliant (…)" op. cit. pág. 19.

[61] ABEL, M."Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2012, págs. 1-45.

[62] Las normas internacionales pueden ser clasificadas en función de su carácter vinculante como *hard law* o *soft law*. Los textos que son *hard law* pueden presentarse de diversas formas: Tratados, Convenios, Pactos y Acuerdos. Su principal característica es que son vinculantes para aquellos Estados

efectividad se ve limitada por las diferentes configuraciones de los sistemas legales de cada Estado. Por ejemplo, la mayoría de los países europeos están sujetos a Derecho Civil, que es un sistema que castiga penalmente el robo y la destrucción de las obras de arte, pero no su mera posesión y opta por la protección del comprador de buena fe en detrimento del dueño de la obra robada. *A contrario sensu*, los países sujetos a Derecho Común optan por reparar el menoscabo sufrido por el dueño de la obra, prevaleciendo así la protección de la propiedad en detrimento de la posesión[63].
En el año 2008, el Instituto Basel[64] presentó un borrador que contenía reglas para la auto-regulación y que

---

que los hayan reconocido, lo que conlleva para éstos un deber de vigilancia, observación y cumplimiento. Por otra parte, los textos de *soft law* carecen de carácter vinculante, por lo que los Estados no tienen ninguna obligación legal en virtud de éstos. Independientemente del carácter de *hard* o *soft* de las normas internacionales, éstas pueden tener un gran alcance o proyección, así como desplegar sus efectos en un ámbito regional, nacional o supranacional.
SÁNCHEZ, L.F. "El sistema Hard-Law y Soft-Law en relación con la defensa de los derechos fundamentales, la igualdad y la no discriminación", Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, 2019, págs. 468-488.

[63] MUNNELLY, "Compliant (…)" op. cit. pág. 19.

[64]El Instituto Basel es un organismo independiente y sin ánimo de lucro cuya misión es la lucha contra la corrupción y otros crímenes financieros, así como la mejora de los estándares de gobernanza. A pesar de tener sus oficinas centrales en Suiza, colaboran con empresas y otras instituciones en distintas áreas del sur y este de África, Latinoamérica, Europa y regiones en el centro y este de Asia. El Instituto Basel elabora

finalmente no prosperó por la falta de apoyo internacional. Más tarde, el GAFI manifestó que el mercado del arte en determinados países era de alto riesgo para la comisión de crímenes económicos[65].

La preocupación internacional por combatir estos crímenes ha dado lugar al endurecimiento de los requisitos para operar en el mercado del arte, que se regulan en la V Directiva de la UE y en diversos informes "Anti-Money-Laundering" en los Estados Unidos. El requisito por excelencia es que ciertas entidades[66]

---

anualmente un informe donde recoge las tendencias emergentes en materia de blanqueo de capitales, así como potenciales riesgos, con cuya evaluación elabora un índice en función del riesgo de blanqueo que presente cada país.

[65] BURROUGHS, T. "US and EU efforts to Combat International Money Laundering in the Art Market are no Masterpiece", Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2019, págs.1061-1096.

[66] La V Directiva aumenta el listado de entidades que venían obligadas a la realización del informe de *due diligence* en virtud de la Directiva anterior. Por una parte, la Directiva 2015/849 establecía a las siguientes obligadas: (i) entidades de crédito, (ii) entidades financieras; (iii) empresas y profesiones no financieras tales como: auditores, contables externos, asesores fiscales, notarios y abogados en determinadas circunstancias, agentes inmobiliarios, comerciantes de determinados bienes (e.g. de metales y piedras preciosas) y proveedores de servicios de juegos de azar.

La V Directiva aumenta ese listado, incorporando a: (i) los agentes inmobiliarios en determinadas circunstancias; (ii) los proveedores de servicios de cambio de monedas virtuales por monedas fiduciarias; (iii) los proveedores de servicios de

aumenten la vigilancia y lleven a cabo un informe de *due diligence* acerca de sus clientes y el origen de sus fondos, pudiendo hacerlo a través del método *Know Your Customer* (KYC)[67]. Eso sí, esto es únicamente exigible para las transacciones pagadas en efectivo por un importe igual o superior a 10.000€ cuando exista entre los operadores una relación comercial; umbral que aumenta a 15.000€ si se trata de una transacción ocasional.

A pesar de la inquietud por minimizar el uso del arte como medio para el blanqueo de capitales, los Estados y Organizaciones Internacionales no están lo suficientemente comprometidos con la construcción de un canal de comunicación y de intercambio de información en el plano internacional. Esta falta de

---

custodia de monederos electrónicos; (iv) las personas que comercien con obras de arte o actúen como intermediarios en el comercio de obras de arte, también cuando lo lleven a cabo galerías de arte y casas de subastas y (v) las personas que almacenen obras de arte, comercien con obras de arte o actúen como intermediarios en el comercio de obras de arte cuando lo lleven a cabo en puertos francos.

[67] También a veces denominado "CDD" (*Customer Due Diligence*) es un método clave en los programas antiblanqueo que permite asignar un riesgo al cliente y cumplir con los requisitos legales en materia de compliance. Las exigencias derivadas del KYC consisten en la identificación del cliente, el conocimiento de la naturaleza de las actividades que desarrolla –para asegurarse que la procedencia de sus fondos es legítima– y la evaluación del riesgo de blanqueo de capitales asociado a ese cliente y su monitorización, etc. Estas exigencias están previstas en la legislación española bajo la denominación de "medidas de diligencia debida".

compromiso se traduce en la escasez de recursos que se ponen a disposición de esta lucha. Buena prueba de ello es que no existe una base de datos global que recoja las operaciones que se producen o las obras que han sido robadas. No obstante, la Unión Europea cuenta con una base de datos que gestiona la INTERPOL[68], donde se registran las obras[69] que han sido objeto de un delito previa solicitud[70].

En definitiva, no afirmamos que en el mercado del arte no exista ninguna regulación, pero sí de que la que hay es escasa y heterogénea entre jurisdicciones; lo que permite a los delincuentes identificar las fisuras o grietas de cada sistema y practicar el *fórum shopping*[71] para delinquir en la jurisdicción con la legislación penal más laxa.

---

[68] La INTERPOL u Organización Internacional de Policía Criminal es una organización internacional de carácter intergubernamental formada por 194 países miembros. Su función principal es facilitar el intercambio de información entre los distintos cuerpos de policía por medio del sistema I/24-7; así como ofrecerles apoyo con el objetivo de hacer del mundo un lugar más seguro.

[69] Según INTERPOL, actualmente hay más de 52.000 obras de arte perdidas que están registradas en su base de datos.

[70] MUNELLY, "Compliant (…)" op. cit. pág. 19.

[71] El Diccionario panhispánico del español jurídico define este término como "conducta oportunista de una parte al decidir la presentación de la demanda en el foro más favorable a sus intereses". Disponible en: https://dpej.rae.es/lema/forum-shopping

FALTA DE TRANSPARENCIA

El mercado del arte es conocido por su secretismo y discreción[72], en gran parte porque las obras suelen ser ofertadas de forma anónima y compradas por medio de intermediarios como los empleados de las casas de subastas. Es más, la operación puede llegar a ser más discreta si tanto comprador como vendedor son catalogados como "colección privada" [73] y entonces son representados por agentes[74].

Otro de los mecanismos que blindan el secretismo en este mercado son los puertos francos o *freeports*, unos almacenes de alta seguridad para productos de lujo como las antigüedades, las obras de arte, el oro o el vino. Se encuentran localizados por todo el mundo (e.g. Suiza, Luxemburgo, Singapur) y la ventaja que presentan frente a otros métodos de almacenamiento es que los propietarios no pagan impuestos por la importación ni en aduanas[75]. Si bien es cierto que su existencia estaría justificada en tanto en cuanto estos depósitos cuentan con un *hardware* específico para la conservación de obras de arte (e.g. condiciones de humedad y temperatura) e impulsan la economía; también

[72] BURROUGHS, "US and EU efforts (…)" op. cit. pág. 21.
[73] The Department of the Treasury (2022). *Study of the Facilitation of Money Laundering and Terror Finance through the Trade in Works of Art.*
[74] BURROUGHS, "US and EU efforts (…)" op. cit. pág. 21.
[75] DW. *Tesoros bajo llave: el sistema Freeport* [consulta: 30 de octubre de 2022]. Disponible en: https://www.dw.com/es/tesoros-bajo-llave-el-sistema-freeport/a-61216044

refuerzan la idea de la opacidad del mercado, como ya ha puesto de manifiesto el GAFI. Esto se produce porque en estos almacenes las transacciones ocurren de forma privada y ni se formaliza el cambio de titularidad ni se informa a las autoridades; en definitiva, no están sometidos a ningún control[76].

Para los clientes la discreción es sin duda una ventaja ya que la mayoría de las compraventas se producen por lo que la industria llama "the Three Ds": *death, debt and divorce*[77]. Es decir, es muy frecuente que el propietario de una obra de arte decida venderla para obtener liquidez si se encuentra en cualquiera de esas tres situaciones personales[78]. Esta falta de transparencia se traduce en la inexistencia de documentación fehaciente acerca de casos de blanqueo, así como la opacidad de algunos de los datos existentes. Según estimaciones de Naciones Unidas, el blanqueo de capitales cada año oscila entre los 800 billones y los 2 trillones de dólares, es decir, entre un 2-5% del PIB mundial[79].

OTROS FACTORES

[76] The Department of the Treasury, *Study of the Facilitation of* (…) op. cit. pág. 23.
[77] BURROUGHS, "US and EU efforts (…)" op. cit. pág. 21.
[78] ART RIGHTS. *The rule of 3Ds in the art market* [consulta: 23 de octubre de 2022]. Disponible en: https://www.artrights.me/en/the-rule-of-3ds-in-the-art-market/

[79] BURROUGHS, "US and EU efforts (…)" op. cit. pág. 21.

Existen otros factores secundarios del mercado del arte que lo hacen atractivo como medio para la comisión del blanqueo de capitales.

El primero de ellos es la naturaleza de las obras de arte. Al ser bienes muebles su transporte no presenta, en general, mucha dificultad, siendo los mayores riesgos los posibles daños físicos que se produzcan en la obra y su interceptación por las autoridades. Por este motivo y salvo que sus dimensiones físicas lo impidan, pueden ser transportadas entre Estados sin levantar sospechas.
El segundo de ellos se refiere a la eventual interceptación por parte de las autoridades. Si bien es cierto que el peligro existe, el hecho de que la mayoría de las transacciones se realicen por medio de representantes o se paguen en efectivo minimizan mucho el riesgo; que por otra parte ya es mínimo puesto que las autoridades y agentes de aduanas no cuentan con los suficientes conocimientos teóricos y/o técnicos como para identificar una obra de arte original, ni siquiera para distinguir entre un *souvenir* y una antigüedad de gran valor[80].

La conclusión tras el análisis de estos factores es que son muchas las circunstancias que hacen que este mercado sea vulnerable y un gran atractivo para la delincuencia. Que el mercado del arte deje de percibirse como opaco y de ser un medio para el blanqueo de capitales depende tanto de una estrategia internacional homogénea y uniforme como de una mayor inversión en recursos inexistentes a día de hoy.

[80] MUNNELLY, "Compliant (…)" op. cit. pág. 19.

h. LA EJECUCIÓN DEL DELITO

Existen diversas estrategias que emplean los delincuentes para blanquear dinero a través del mercado del arte.

La primera de estas técnicas consiste en realizar una descripción falsa o imprecisa de los activos que se están vendiendo o transportando, logrando su ocultación o transmisión sin levantar las sospechas de las correspondientes autoridades.

La segunda técnica sería la manipulación de los precios a través de los métodos de sobre facturación (*over-invoicing*), subfacturación (*under-invoicing*) y la facturación múltiple (*multiple invoicing*).

Los dos primeros permitirían aumentar o disminuir artificialmente los precios del activo para conseguir que entre las partes se produzca una transacción por un importe determinado, aprovechándose de la volatilidad inherente a los precios del mercado.
Por otra parte, en la multi-facturación el precio no está manipulado y consiste en la creación de varios cargos que corresponden el mismo bien o servicio, de tal manera que al duplicar el número de transacciones se crea una brecha entre el dinero pagado y el que ha quedado registrado[81].

Otra técnica para blanquear los capitales consistiría en servirse de cómplices dentro del mercado del arte.

[81] BURROUGHS, "US and EU efforts (…)" op. cit. pág. 21.

Estos profesionales como marchantes, restauradores y casas de subastas pueden ser imprescindibles para el éxito de la operación de blanqueo. Por ejemplo, cualquiera de estos profesionales podría facilitarle al sujeto activo un documento de control aduanero falso con el objetivo de ocultar al verdadero titular del bien.

Las casas de subastas o galeristas podrían obviar los indicios de que sus clientes hubieran podido obtener los capitales necesarios para invertir en arte a través de una actividad delictiva previa. También serían cómplices las instituciones que financiaran inversiones en obras de arte sin verificar la identidad de su cliente, o que constituyeran una prenda sobre una obra que haya sido adquirida con fondos ilícitos. Los museos y los tasadores podrían facilitar que los delincuentes reclamaran unos beneficios o exenciones fiscales con base en unas tasaciones manipuladas a tal fin[82].

Otra técnica de blanqueo más compleja consistiría en la creación de un entramado empresarial en el que confluyeran una o varias sociedades pantalla o terceros (e.g. marchantes o tasadores) para comprar y/o vender activos y finalmente transferirse los fondos, todo ello sin desvelar la identidad de la persona física propietaria del grupo.

CASOS REALES DE BLANQUEO DE CAPITALES A TRAVÉS DEL ARTE

[82] The Department of the Treasury, *Study of the Facilitation of* (…) op. cit. pág. 23.

A lo largo de la historia se han producido múltiples casos de blanqueo de capitales a través del arte[83]. Sin embargo, en muchos de ellos las investigaciones no han sido concluyentes, y en los que se ha identificado al responsable, no resulta fácil acceder a la información salvo que hayan sido denunciados y publicados en prensa. Dentro de esta última categoría se encuentran dos de los casos con más relevancia internacional: el que se refiere al galerista Matthew Green y el que incumbe al banquero Edemar Cid Ferreira.

i. CASO EDEMAR CID FERREIRA

El caso de Edemar Cid Ferreira es uno de los asuntos más comentados por la prensa, no solo por el cargo que ostentaba como presidente del Banco Santos sino también por cómo acabó la institución tras su gestión: en 2005 fue declarada en bancarrota y sus deudas ascendían a más de 1.000 millones de dólares[84].

Según las investigaciones que se llevaron a cabo, Cid Ferreira transfería fondos ilegales entre distintos países a través de obras de arte que adquiría con capital del

[83] Ejemplos: "Los Papeles de Pandora", "La Operación Malaya", "Panama Papers", etc.

[84] POLICÍA FEDERAL DE BRASIL. "Presentación textual sobre la actuación de la Policía Federal de Brasil", *Lucha contra el tráfico ilícito de los bienes culturales: los instrumentos*. *Seminario Regional sobre medidas jurídicas, legislativas y administrativas para la prevención del tráfico ilícito y la restitución de bienes culturales en América Latina*, Buenos Aires, 2009.

banco. Entre ellas se encontraba "Hannibal" (1982), una obra de Jean-Michel Basquiat[85] valorada en 8 millones de dólares y cuyo transporte destapó el entramado delictivo del banquero. Esta obra fue comprada en 2004 por 1 millón de dólares por una empresa panameña[86] controlada por Ferreira que trató de venderla sin éxito por 5 millones de dólares[87]. En el año 2007 fue importada ilícitamente a los Estados Unidos a través del aeropuerto de Londres[88], habiendo pasado previamente por cuatro agencias de transporte

[85] Artista haitiano-portorriqueño nacido en los Estados Unidos en 1960, del movimiento artístico neo-expresionista cuyas mayores inspiraciones fueron el arte primitivo y el libro de Anatomía de Grey. Comenzó su carrera diseñando postales, pintando camisetas y haciendo *graffitis:* posteriormente se relacionó con las *celebrities* más reconocidos de la escena neoyorkina –entre los que destacan Andy Warhol y Madonna– y plasmó sus garabatos en casi 3.000 obras, muchas de las cuales vendió a cocainómanos y otra gente adinerada de Wall Street. Sus obras están repletas de color y en ellas el autor plasmaba la vida tal y como la veía, y algunas estaban firmadas por su alter ego –SAMO–, cuyas siglas corresponden a "Same old shit".

CALVO, M. *Jean-Michel Basquiat*, [consulta: 4 de noviembre de 2022]. Disponible en: https://historia-arte.com/artistas/jean-michel-basquiat

[86] Broadening-Info Enterprises.
[87] BURROUGHS, "US and EU efforts (…)" op. cit. pág. 21.
[88] COHEN, P. *Art proves attractive refugee for money launderers* [consulta: 4 de noviembre de 2022]. Disponible en: https://www.nytimes.com/2013/05/13/arts/design/art-proves-attractive-refuge-for-money-launderers.html

y dos países[89], y cuyo origen era un almacén en los Países Bajos.

Para entrar en Nueva York se adjuntó una factura de transporte que indicaba que el cuadro –sin nombre– tenía un valor de 100 dólares, y puesto que las mercancías con un valor inferior a los 200 dólares no necesitan presentar documentación aduanera ni liquidar impuestos, la entrada del cuadro fue autorizada incluso antes de su llegada[90], con la mínima pesquisa[91].

En 2006 Cid Ferreira fue finalmente condenado a 21 años de cárcel por blanqueo de capitales y otros delitos contra el sistema financiero, habiendo sido valorado su patrimonio artístico en 30 millones de dólares. Cuando las investigaciones empezaron, Cid Ferreira retiró de contrabando su patrimonio de Brasil, por lo que algunas de las obras identificadas estuvieron desaparecidas[92] hasta que fueron encontradas con la ayuda de la INTERPOL y su registro de obras de arte robadas[93].

---

[89] BURROUGHS, "US and EU efforts (…)" op. cit. pág. 21.
[90] COHEN, "Art proves (…)" op. cit. pág. 26.
[91] BURROUGHS, "US and EU efforts (…)" op. cit. pág. 21.
[92] Estas obras fueron: 1) "Hannibal" de Jean-Michel Basquiat, localizada en Nueva York; 2) "Les Papillons" de Fernard Leger, localizada en Sotheby's Nueva York; 3) "Jaune avec Trous" de Miguel Barceló, localizada en Sotheby's Londres y 4) "Composition Abstraite" de Serge Poliakoff, localizada en Moscú.
[93] POLICÍA FEDERAL DE BRASIL, "Presentación textual sobre (…)" op. cit. pág. 25.

j. CASO MATTHEW GREEN

Uno de los casos más relevantes de blanqueo de capitales a través del arte es el que se refiere a la manipulación de precios llevada a cabo por Matthew Green en 2017. En ese momento Matthew se preparaba para asumir el negocio familiar que hasta entonces dirigía su padre, Richard Green, propietario de dos de las más famosas galerías londinenses en el distrito de Mayfair[94].

En el año 2017 Green se vio envuelto en un escándalo con Beaufort Securities, una empresa de inversión residente en Isla Mauricio[95] que se dedicaba al fraude, la manipulación de acciones, el blanqueo de dinero[96] a través del *smurfing*[97] y a la compraventa de activos inmobiliarios que rápida e intencionadamente vendía a pérdida[98], invirtiendo los fondos ilícitos en aquéllos activos sin levantar las sospechas de los reguladores. En el momento en que Beaufort quiso sofisticar su *modus operandi* y comenzar a lavar dinero[99] a través del arte, contactaron con Green. Este aceptó 9 millones de dólares a cambio de falsificar los documentos de la

[94] MASHBERG, T. "El arte del lavado de dinero", Finanzas y desarrollo: publicación trimestral del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, 2019, págs. 30-34.

[95] MASHBERG, "El arte del (…)" op. cit. pág. 27.
[96] MASHBERG, "El arte del (…)" op. cit. pág. 27.
[97] El *smurfing* o pitufeo hace referencia a una de las técnicas más utilizadas para el blanqueo (veáse apartado 1.5.2).
[98] BARANELLO, A. "Money Laundering and the Art Market: closing the regulatory gap", Seton Hall Legislative Journal, 2021, págs. 695-737.
[99] : <<Lavar>> es sinónimo de <<blanquear>>.

venta de un cuadro de Picasso[100] que no solo no se vendió, sino que el propio Green almacenaría durante un tiempo para luego vendérselo a Beaufort a un precio más bajo, cobrando por ello una comisión de entre el 5-10% del dinero blanqueado en esa operación[101].

Finalmente, Green fue descubierto en el seno de una investigación de la fiscalía de los Estados Unidos a Beaufort Securities cuando vendió obras que habían sido utilizadas como garantía de un préstamo sin antes devolverlo[102]. Como consecuencia de ello fue acusado por seis intentos de blanqueo de capitales en los Estados Unidos y por otro caso en Reino Unido[103] y su galería en Mayfair fue declarada insolvente[104]; además de haberse ordenado su detención en distintas jurisdicciones y reclamado la devolución del Picasso[105].

---

[100] Se trata de la obra "Personnages" (1985). Esta obra fue subastada por Christie's en 2010 pero la puja quedó vacía. Los propietarios del cuadro que aparecían registrados hasta entonces eran una galería de París, dos coleccionistas privados de Suiza y Suecia, una galería de Berlín y un adquirente anónimo en el año 2000. BARANELLO, "Money Laundering and (…)" op. cit. pág. 27.

[101] BARANELLO, "Money Laundering and (…)" op. cit. pág. 27.

[102] BARANELLO, "Money Laundering and (…)" op. cit. pág. 27.

[103] La acusación que recibió en Reino Unido ocurrió tras haber recibido un préstamo de 2 millones de euros por Fundingsecure –una empresa que ofrecía préstamos entre particulares que deseaban adquirir objetos de lujo– para financiar la adquisición de unas obras de arte que vendió sin haber devuelto previamente el préstamo.

[104] MASHBERG, "El arte del (…)" op. cit. pág. 27.

[105] MASHBERG, "El arte del (…)" op. cit. pág. 27.

LOS ESFUERZOS INTERNACIONALES EN LA LUCHA CONTRA EL BLANQUEO: ALGUNOS ORGANISMOS Y SUS OBJETIVOS

La estrecha vinculación que existe entre el delito de blanqueo de capitales y otros delitos como la evasión fiscal y el tráfico de armas y drogas[106] suponen un aliciente para que los Estados y Organizaciones Internacionales coordinen la lucha para la erradicación del lavado de capitales, porque permitiría limitar el impacto de las organizaciones terroristas y la delincuencia organizada, pues está demostrado que el blanqueo de capitales es uno de los métodos que usan para financiarse[107]. En este sentido, existen numerosos organismos de carácter supranacional cuya razón de ser es precisamente la lucha internacional contra el blanqueo, entre los que destacan el GAFI y la Unión Europea.

Tal es la importancia de la lucha contra el blanqueo de capitales que la ONU lo ha incluido en uno de los objetivos de Desarrollo Sostenible para la Agenda de 2030; más concretamente en el objetivo 16.4: "reducir significativamente las corrientes financieras y de armas ilícitas, fortalecer la recuperación y devolución de los activos robados y luchar contra todas las formas de delincuencia organizada", además de haber creado un

[106] BARANELLO, "Money Laundering and (…)" op. cit. pág. 27.
[107] BARANELLO, "Money Laundering and (…)" op. cit. pág. 27.

Programa Global[108] para la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo[109].

Por otra parte, los Estados no sólo colaboran con estas Organizaciones Internacionales, sino que también crean sus propios órganos y elaboran sus políticas, cuya efectividad es evaluada anualmente mediante el Índice Antilavado de Basilea (AML). Se trata de un índice elaborado por el Instituto de Gobernanza de Basilea con carácter anual e independiente y cuyo objeto es el análisis del riesgo de lavado de dinero y financiación del terrorismo (LD/FT) en los distintos Estados del mundo[110]. Para su elaboración se recogen datos de fuentes públicas[111] y se da a cada Estado una puntuación entre

[108] Su misión es ayudar a los Estados a través de las autoridades nacionales –legales, políticas, financieras y judiciales– a desarrollar marcos legales y reglamentarios eficaces y completos, así como infraestructuras institucionales y profesionales capacitados para la lucha contra el blanqueo de capitales.

[109] UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Global Programme against Money Laundering* [consulta: 29 de noviembre de 2022]. Disponible en: https://www.unodc.org/unodc/en/money-laundering/global-programme-against-money-laundering/.html

[110] RICS MANAGEMENT. *¿Están los países haciendo la tarea en materia de prevención del lavado de dinero y la financiación del terrorismo?* [consulta: 24 de noviembre de 2022]. Disponible en: https://ricsmanagement.com/press/indice-antilavado-de-basilea-2021-estan-los-paises-haciendo-la-tarea-en-materia-de-prevencion-del-lavado-de-dinero-y-la-financiacion-del-terrorismo/

[111] Entre las que destacan las publicaciones de GAFI y el Banco Mundial (*World Bank*).

0-10[112] considerando 18 indicadores que conforman las siguientes dimensiones[113]: (i) la calidad del marco ALD/CFT; (ii) el riesgo de corrupción y soborno; (iii) la transparencia financiera y normas; (iv) la transparencia pública y responsabilidad (i.e. *accountability*) y (v) el riesgo legal y político[114]. La media del ranking del año 2022 –que incluía 128 jurisdicciones– fue de 5.5 puntos, siendo la República Democrática del Congo la que presentó mayor riesgo –con una puntuación de 8.30– y Finlandia la de menor riesgo –con una puntuación de 2.88–. Con respecto a España, el índice nos sitúa en la posición 112[115] –con una puntuación de 3.88–, habiendo empeorado la puntuación en 0.29 puntos con respecto a la clasificación del año 2021[116].

[112] La puntuación 0 supone el menor riesgo y 10 el máximo riesgo.
[113] RICS MANAGEMENT. *¿Están los países* (…) op. cit. pág. 28
[114] Basel Institute on Governance. *What's behind the Basel AML Index?* [consulta: 4 de noviembre de 2022]. Disponible en: https://index.baselgovernance.org/methodology

[115] Basel Institute on Governance (2022). *Basel AML Index 2022: 11th Public Edition.*
[116] Basel Institute on Governance (2021). *Basel AML Index 2021: 10th Public Edition.*

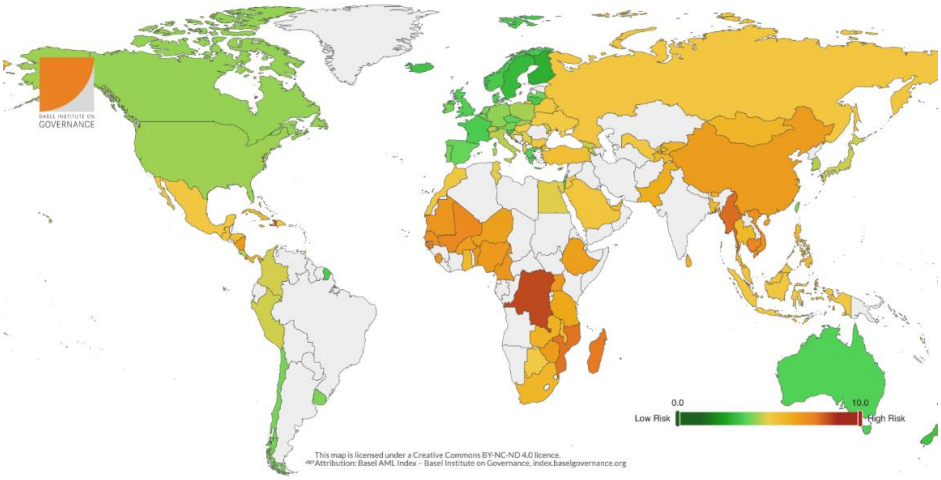


Imagen nº 1: *Global Money Laundering risks in 2022*
Fuente: Basel Institute on Governance (2022)

A pesar de existir un gran compromiso internacional en la lucha contra el blanqueo de capitales y de saber que el mercado del arte constituye uno de los principales métodos de financiación de organizaciones terroristas[117], ninguna de las Organizaciones Internacionales que existen está especializada en el mercado del arte, a pesar de que las cifras son reveladoras: según las estimaciones de UNODC, de los 67,4 billones de dólares que moviliza el arte, tres provienen del blanqueo de capitales[118].

[117] BARANELLO, "Money Laundering and (…)" op. cit. pág. 27.
[118] FATF-GAFI (2022). *Annual Report 2020-2021*.

Esto es cuanto menos llamativo y me hace pensar que los esfuerzos en la lucha contra el blanqueo de capitales –al menos en lo que respecta al mercado del arte– pueden llegar a ser vacuos, porque si hay algún sector en el que se necesite una formación técnica especializada es sin duda este. De hecho, la falta de capacitación técnica de algunas autoridades como los controladores de aduanas constituye un incentivo para aquellos que deseen transportar una obra de arte sin ser vistos, de manera que llegan a considerar el arte como un atractivo método de blanqueo.

La Organización Internacional de referencia en la lucha contra el blanqueo de capitales es el GAFI o FATF, creado por el Grupo de los Siete en la Cumbre de París (1989) como organismo intergubernamental e independiente con el objetivo de proteger el sistema financiero mundial[119]. Para ello, establece estándares y políticas legales y regulatorias para combatir el blanqueo de capitales (ALD) y la financiación del terrorismo (CFT) que permiten que la lucha contra estos delitos y otros como la corrupción sea global y coordinada[120]. Las Recomendaciones del GAFI en materia de blanqueo de capitales constituyen un referente internacional a pesar de su carácter no vinculante y son actualizadas de forma periódica para hacer frente a riesgos emergentes. Además, el GAFI comprueba que sus Recomendaciones sean cumplidas de forma efectiva en los distintos

[119] Unidad de Análisis Financiero del Gobierno de Chile (n.d.). *Asuntos Internacionales: GAFI.*

[120] FATF-GAFI. *Who we are* [consulta: 2 de noviembre de 2022]. Disponible en: https://www.fatf-gafi.org/about/

Estados, y de no ser así, hace responsable al Estado incumplidor[121].

A su vez, el GAFI elabora unas guías de conducta para el sector privado y publica informes sobre temas específicos como el blanqueo de capitales a través de los casinos y de metales preciosos. Es de nuevo sorprendente que en ningún caso analice el mercado del arte, a pesar de conocer su importancia y de referirse a él en los informes anuales[122].

Actualmente está formado por treinta y siete países –entre los que se encuentra España– y dos organizaciones –la Comisión Europea y el Consejo de Cooperación del Golfo– y cuenta con: Observadores (i.e. Indonesia), Miembros Asociados (e.g. Moneyval[123], EAG[124], GAFILAT , GABAC , y organizaciones Observadoras (e.g. BCBS , BERD).

---

[121] FATF-GAFI. *Who we* (…) op. cit. pág. 30.

[122] Véase el Annual Report 2020-2021.

[123] Comité de expertos para la evaluación de medidas contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Véase explicación más detallada adelante.

[124] Eurasian Group. Grupo creado en 2004 en Moscú con el objetivo de combatir el blanqueo de capitales y el terrorismo en la zona Euroasiática. Sus miembros son: Bielorrusia, China, India, Kazajistán, Kirguistán, la Federación Rusa, Tayikistán, Turkmenistán y Uzbekistán.

EURASIAN GROUP. *Members* [consulta: 2 de noviembre de 2022]. Disponible en: https://eurasiangroup.org/en/members

Por otra parte, destacan los esfuerzos de la Unión Europea en combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, que se han materializado; entre otras cosas, en la elaboración de cinco Directivas, así como en la creación del Moneyval y el establecimiento por la ABE[125] de protocolos para la supervisión de las entidades financieras.
El Moneyval o Comité de expertos para la evaluación de medidas contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo fue creado en 1997 en el seno del Consejo de Europa y actualmente es un mecanismo de control independiente; cuyo objetivo es mejorar las capacidades de las autoridades nacionales para que la lucha contra el blanqueo y la financiación del terrorismo sea lo más eficaz posible. Para ello, les ofrece recomendaciones basadas en seguimientos periódicos, evaluaciones mutuas y revisión por pares[126].

---

[125] Autoridad Bancaria Europea o EBA en inglés, "es una autoridad independiente de la UE que trabaja para garantizar un nivel efectivo y coherente de regulación y supervisión prudencial en todo el sector bancario europeo. Sus objetivos generales son mantener la estabilidad financiera en la Unión Europea (UE) y velar por la integridad, la eficiencia y el correcto funcionamiento del sector bancario".
EUROPEAN BANKING AUTHORITY. *EBA at a glance* [consulta: 3 de noviembre de 2022]. Disponible en: https://www.eba.europa.eu/about-us/eba-at-a-glance

[126] COUNCIL OF EUROPE. *Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures and the Financing of Terrorism* [consulta: 15 de noviembre de 2022]. Disponible en: https://www.coe.int/en/web/moneyval

Sus evaluaciones abarcan a miembros del Consejo de Europa que no lo sean del GAFI y también a aquellos que habiéndose adherido al GAFI, quieran seguir siendo monitorizados por el Moneyval, así como también aquellos que siendo miembros tanto del Consejo de Europa como del GAFI quieran ser evaluados en aquellos estándares de la UE que de otra manera no serían vigilados. También puede ser evaluados por el Moneyval los Estados que no se encuentren en ninguna de las mencionadas circunstancias previa autorización por el Comité de Ministros[127].

Igualmente, las estrategias de otros organismos entre los que destacan Europol y Eurojust coadyuvan a la lucha de la Unión Europea contra el blanqueo de capitales.
Europol constituye el epicentro de la seguridad europea, pues asiste de forma permanente a los 27 Estados Miembros en todas las operaciones policiales nacionales en la lucha contra la delincuencia, y realiza análisis exhaustivos de las tendencias emergentes y las amenazas más graves, entre las que se encuentra el

[127] Todo ello de conformidad con el artículo 2 de los Estatutos del Moneyval, donde se regula el alcance de sus actividades. COUNCIL OF EUROPE. *Resolution CM/Res (2013) on the statute of the Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures and the Financing of Terrorism (MONEYVAL)* [consulta: *6 de noviembre* de 2022]. Disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680759b36

lavado de activos[128]. El mandato de la Europol en la lucha contra el lavado de dinero es amplio, abarcando no sólo el rastreo de los activos, sino también la identificación de los delincuentes si el delito se ha cometido en más de una jurisdicción[129].

Por otra parte, Eurojust es la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal y se encarga de la coordinación judicial entre las autoridades nacionales (i.e. policía y fiscales), tanto de Estados miembros como de terceros países, en aquellos delitos graves que afectan a más de un país de la UE. También ayuda a resolver conflictos de jurisdicción, elabora análisis e informes y facilita la elaboración de órdenes de detención y embargo[130]. Con respecto al delito de blanqueo de capitales, Eurojust ha participado en más de 2.500 operaciones entre los años 2016 y 2021, que

[128] EUROPOL. *Acerca de Europol* [consulta: 11 de noviembre de 2022]. Disponible en: https://www.Europol.europa.eu/about-Europol:es

[129] EUROPOL. *Money Laundering* [consulta: 11 de noviembre de 2022]. Disponible en: https://www.Europol.europa.eu/crime-areas-and-statistics/crime-areas/economic-crime/money-laundering

[130] EUROPEAN UNION AGENCY FOR CRIMINAL JUSTICE COOPERATION. *Who we are* [consulta: 16 de noviembre de 2022]. Disponible en: https://www.eurojust.europa.eu/about-us/who-we-are

representan entre un 12-14% de todos los casos que llegan a Eurojust[131].

Recientemente, Europol y Eurojust han colaborado con autoridades españolas (i.e. la Policía Nacional y la Agencia Tributaria) para desmantelar una red de blanqueo de capitales conocida como el "narco-banco" más grande de Europa. Esta organización ofrecía servicios financieros a organizaciones criminales en más de 20 países relacionadas con el tráfico de drogas; habiendo presuntamente blanqueado más de 300 millones de euros al año[132].

Por último, es necesario referirse al organismo nacional de referencia en la lucha contra el blanqueo: el SEPBLAC. Fue creado en 1993, es la única UIF (Unidad de Inteligencia Financiera)[133] de España y también es

---

[131] EUROPEAN UNION AGENCY FOR CRIMINAL JUSTICE COOPERATION. *Eurojust Report on Money Laundering*.

[132] EUROPOL. *Europol supports Spanish authorities in taking down Europe's biggest narco-bank* [consulta: 8 de noviembre de 2022]. Disponible en: https://www.Europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/Europol-supports-spanish-authorities-in-taking-down-europes-biggest-narco-bank

[133] Las UIF son los organismos nacionales creados a partir de la Recomendación 29 del GAFI. Se encargan de recibir información de posibles casos de blanqueo de dinero. La información proporcionada por los sujetos obligados debe contener ciertas transacciones sospechosas, así como otros datos que exija la legislación nacional. Con esa información las UIF elaborar unos análisis operativos –para identificar a los

Autoridad Supervisora en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Actualmente se configura como un organismo autónomo e independiente, y sus principales funciones como UIF son la realización de informes de inteligencia financiera a partir de las comunicaciones por indicios de los sujetos obligados y, por otra parte, la elaboración de análisis estratégico para identificar patrones de conducta, tendencias y métodos de blanqueo de capitales.
En el plano internacional el SEPBLAC colabora continuamente con las UIF de otros Estados, con quienes intercambia información a través de FIU-Net si la otra UIF pertenece a un Estado Miembro o de la Red Segura de Egmont (ESW)[134] si se trata de un tercer Estado;

---

sujetos, rastrear las actividades, etc.– y estratégicos –para identificar patrones y tendencias que pueda comunicar al resto de autoridades competentes y con las que pueda elaborar políticas en materia de blanqueo–.
CFATF-GAFIC. *Recomendación 29: Unidades de Inteligencia Financiera* [consulta: 2 de noviembre de 2022]. Disponible en: https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones/435-fatf-recomendacion-29-unidades-de-inteligencia-financiera

[134] La Red Segura de Egmont es una plataforma de intercambio de información desarrollada por el Grupo Egmont, un organismo mundial creado en 1995 en Bélgica con el objetivo de debatir acerca del delito de blanqueo de capitales. Actualmente está integrado por más de 150 Unidades de Inteligencia Financiera.
SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y APF. *Grupo Egmont* [consulta: 15 de noviembre de 2022]. Disponible en: https://www.sbs.gob.pe/prevencion-de-lavado-activos/Sistema-de-Lucha-Contra-el-LA-FT/Organismos-

cooperación que es especialmente importante en aquellos delitos transfronterizos[135].

CONCLUSIONES

El blanqueo de capitales es una actividad delictiva que produce efectos distorsionadores en la economía y seguridad de los Estados, y cuyo impacto aumenta por su conexión con otros delitos (e.g. tráfico de drogas, fraude fiscal, financiación del terrorismo) cuya prevención y erradicación es igualmente importante para los Estados de Derecho.

Además, el fenómeno de la globalización y el desarrollo de las nuevas tecnologías han permitido que el delincuente mueva los capitales entre jurisdicciones con relativa facilidad –convirtiendo al blanqueo en un delito transfronterizo– y dificultando su rastreo por las autoridades. Estas circunstancias han supuesto un reciente incremento en los casos de blanqueo de capitales, cuya lucha se ha convertido en una preocupación internacional. Si bien es cierto que esta preocupación ya existía –pues la lucha contra este delito ya fue incluida dentro de uno de los objetivos de la

Internacionales-que-rigen-el-Sistema-Nacional-contra-el-LA-FT/Grupo-Egmont

[135] SERVICIO EJECUTIVO DE LA COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES A INFRACCIONES MONETARIAS. *Sobre el SEPBAC* [consulta: 8 de noviembre de 2022] Disponible en: https://www.sepblac.es/es/sobre-el-sepblac/

Agenda 2030 de la ONU–, ahora se ha convertido en una prioridad.

La primera aproximación que hizo la comunidad internacional a este delito fue bastante limitada en tanto en cuanto consideraban que estaba casi exclusivamente relacionado con el delito de tráfico de drogas. Más tarde se expandió el concepto y, a pesar de que existen algunas discrepancias entre autores, actualmente se entiende que esta conducta es un proceso a través del cual las ganancias procedentes de cualquier actividad ilícita son reintroducidas en el mercado legal.

En cuanto al mercado del arte, éste ha sido considerado tradicionalmente como un sector opaco y accesible para el blanqueo de dinero y a día de hoy sigue presentando las condiciones idóneas para que así siga siendo: es un mercado con poco riesgo y mucho potencial beneficio. Nos estamos refiriendo a que las características del mercado –el anonimato, la falta de transparencia, la escasa formación técnica de las autoridades competentes, etc.– junto con un marco regulatorio insuficiente facilitan la perpetuación del blanqueo de capitales a través del arte.
La respuesta internacional a esta preocupación ha consistido en la adopción de Convenios y la creación de distintos Organizaciones Internacionales, entre los que destaca el GAFI, cuyas recomendaciones son un referente para los Estados y el resto de los organismos a pesar de no ser vinculantes. Aprovechando la relación del blanqueo de capitales con la financiación del terrorismo, los OOII las han asumido como una lucha conjunta, aunque sin duda ambas tienen la entidad suficiente como para considerarlas de forma separada.

En este sentido, la UE también ha considerado que la delincuencia organizada está tan relacionada con el blanqueo de capitales que pretende minimizarla luchando contra éste; o lo que es igual, destruir estas organizaciones dinamitando sus caudales económicos.

El legislador español, por su parte, se quedó atrás con respecto a la comunidad internacional en la regulación de este delito como autónomo e independiente, pues en un primer momento no lo incluyó en la Reforma del Código Penal del año 1988 –por lo que hasta el año 1992 estas conductas se castigaban vía los delitos de receptación y encubrimiento– a pesar de que existían instrumentos internacionales para combatirlo (i.e. la Convención de Viena de 1988). Posteriormente, al promulgar la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, el legislador; desde mi punto de vista, se extralimita en aquellos casos en los que prevalece la obligación de comunicación de estas conductas en detrimento del secreto profesional (art. 542.3 LOPJ), pues no olvidemos que el secreto profesional no blinda al abogado, sino que es una manifestación del derecho de defensa del justiciable.

Por otra parte, el mercado del arte carece de una regulación sólida y aunque no es inexistente, sí es escasa. Además, algunos de los países que aparentemente están comprometidos con la lucha contra el blanqueo fomentan la opacidad del mercado, agravando su vulnerabilidad ante estas prácticas

delictivas. Por ejemplo, Suiza o Luxemburgo son dos de los países donde encontramos los *freeports* y a su vez son miembros del GAFI.

El análisis de la actualidad con respecto al arte y al blanqueo de capitales nos lleva a concluir que los esfuerzos internacionales para hacer frente a esta problemática no están siendo lo suficientemente efectivos, puesto que estas conductas han aumentado en los últimos años[136]. Basta con analizar los casos publicados en prensa para comprobar que incluso personas ampliamente conocidas como el presidente de un banco (i.e. Edemar Cid Ferreira) han sido capaces de ocultar su identidad y usar el arte para blanquear fondos ilícitos. Por no mencionar aquellas personas que no han sido juzgadas, pero que se sospecha que han podido cometer un delito de blanqueo de capitales, como ocurrió con Donald Trump y el magnate ruso Dmitry Rybolovlev, entre otros, tras la venta del "Salvator Mundi" de Leonardo da Vinci por más de 450 millones de euros[137].

Son dos las circunstancias que impiden que las medidas adoptadas por los Estados y Organizaciones Internacionales sean eficaces con la irregularidad en la definición del delito y en los recursos que tiene cada país. En primer lugar, el hecho de que cada jurisdicción delimite este delito de una manera distinta puede suponer problemas de coordinación entre los distintos Estados, opinión de la profesora Mallada Fernández con

[136] Véase el Anexo V sobre los casos de blanqueo de capitales registrados en los últimos años por Eurojust.
[137] BARANELLO, "Money Laundering and (…)" op. cit. pág. 27.

la que coincido. En segundo lugar, la diferencia entre la cantidad y calidad de recursos disponibles en cada país impide que las medidas internacionales adoptadas sean efectivas, puesto que los delincuentes siempre tendrán la opción de elegir dónde delinquir, haciéndolo, indudablemente, en aquellos países con menores controles jurídicos y/o institucionales.

Es evidente que la lucha contra el blanqueo de capitales a través del arte es difícil por su carácter transfronterizo y las vulnerabilidades propias del sector artístico, pero la estrategia institucional tiene un amplio margen de mejora.

En este sentido, sería importante distinguir la lucha contra el blanqueo de la lucha contra el terrorismo porque, a pesar de que en muchas ocasiones los terroristas son blanqueadores, en la mayoría de los casos los blanqueadores no son terroristas. Si existieran Organizaciones Internacionales diferenciadas, cada una de ellas podría concentrar sus esfuerzos y recursos en una única lucha, y a su vez, contribuir a la lucha contraria a través del intercambio de información con la otra Organización.

En segundo lugar, hemos de considerar que el mercado del arte requiere de unos conocimientos técnicos muy específicos que nada tienen que ver con los de otros sectores. Es por ello imprescindible que exista una doble especialización: por una parte, que las autoridades competentes –por ejemplo, los controladores de aduanas– tuvieran una formación técnica suficiente para detectar riesgos e identificar obras que eventualmente

podrían estar siendo objeto de un delito de blanqueo. Por otra parte, sería muy positivo que existiera una Organización Internacional específica para el blanqueo de capitales a través del arte, que conociera este mercado y sus participantes, prestara asistencia a las autoridades nacionales y elaborara políticas y recomendaciones.

En definitiva, el blanqueo de capitales es una realidad cuyo origen se remonta a muchas décadas atrás y cuya lucha ha sido hasta ahora ineficaz, ya sea por la incapacidad de los Estados para homogeneizarla, por la falta de recursos y especialización o por la falta de interés.

Su erradicación no es sencilla, especialmente por su carácter internacional y su relación con diversas formas de delincuencia organizada, por lo que es complicado eliminarla haciéndolo de forma heterogénea y poco especializada.

No obstante, la estrategia que sí podría ser viable para los Estados consistiría en disminuir el atractivo del mercado del arte como método para la comisión de este tipo de delincuencia, contribuyendo así a la disminución global de los casos de blanqueo de capitales.

La estrategia comenzaría por aumentar la regulación y no podría circunscribirse únicamente al ámbito jurídico, es decir, la regulación debería de ir acompañada de políticas y protocolos acordes que se implementaran y coordinaran en el mayor número de Estados posibles.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL, M."Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2012, págs. 1-45.

ÁLVAREZ, D.; EGUIDAZU F. *Manual de prevención del blanqueo de capitales,* Marcial Pons, Madrid, 2007.

"Blanqueo de dinero en las series televisivas de actualidad. Propuesta de un modelo pedagógico para el aprendizaje del Derecho Penal Económico: Breaking Bad como paradigma", *VIII Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo,* Miguel Abel Souto*,* Valencia, 2021.

BARANELLO, A. "Money Laundering and the Art Market: closing the regulatory gap", Seton Hall Legislative Journal, 2021, págs. 695-737.

Basel Institute on Governance (2021). Basel AML Index 2021: 10th Public Edition.

Basel Institute on Governance (2022). *Basel AML Index 2022: 11th Public Edition.*

BLANCO, I. *El delito de blanqueo de capitales,* Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 1997.

BLANCO, I. "La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea", Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*,* 2001, págs. 7-38.

British Art Market Federation (2022). *Guidance on Anti Money Laundering for UK Market Participants.*

BOWLEY, G. *As Money Launderers Buy Dalís, U.S. Looks at Lifting the Veil on Art Sales* [consulta: 28 de octubre de 2022]. Disponible en: https://www.nytimes.com/2021/06/19/arts/design/money-laundering-art-market.html

BURROUGHS, T. "US and EU efforts to Combat International Money Laundering in the Art Market are no Masterpiece", Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2019, págs.1061-1096.

DEL CID, J.M. *Blanqueo internacional de capitales*, Deusto, Barcelona, 2007.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR CRIMINAL JUSTICE COOPERATION (2022). *Eurojust Report on Money Laundering.*

FATF-GAFI. *What is Money Laundering?* [consulta: 12 de octubre de 2022]. Disponible en: https://www.fatf-gafi-org/faq/moneylaundering/

FERNÁNDEZ, D. "En torno al concepto de blanqueo de capitales: evolución normativa y análisis del fenómeno desde el Derecho penal", ADPCP (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*)*, 2016, págs. 211-276.

GÁLVEZ, R. *Los modus operandi en las operaciones de blanqueo de capitales,* 2ª edición, Wolters Kluwer, Barcelona, 2014.

GARCÍA, A. *Blanqueo y antiblanqueo de capitales. Cómo se lava el dinero. Cómo se combate el lavado*. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2010.

LAMARCA, C. *Delitos: la parte especial del Derecho Penal,* 7ª edición, Dykinson, Madrid, 2022.

MALLADA, C. *Fiscalidad y blanqueo de capitales (Tesis doctoral),* Universidad de Oviedo, Sevilla, 2011.

MALLADA, C. "La legislación internacional y nacional ante el fenómeno de la financiación del terrorismo: ¿Estamos en el camino correcto?", ADPCP (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales), 2020, págs. 421-465.

MASHBERG, T. "El arte del lavado de dinero", Finanzas y desarrollo: publicación trimestral del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, 2019, págs. 30-34.

MCANDREW, C. "The Art Market 2022", Art Basel & UBS, 2022, págs. 14-65.

MUNNELLY, A. "Compliant or Complicit?", European Union Institute for Security Studies, 2021, págs. 1-8.

POVEY, D. *The dangers of money laundering within the art market* [consulta: 28 de octubre de 2022]. Disponible en: https://www.int-comp.org/insight/2022/the-dangers-of-money-laundering-within-the-art-market/

SÁNCHEZ, L.F. "El sistema Hard-Law y Soft-Law en relación con la defensa de los derechos fundamentales,

la igualdad y la no discriminación", Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, 2019, págs. 468-488.

The Department of the Treasury (2022). *Study of the Facilitation of Money Laundering and Terror Finance through the Trade in Works of Art.*

VELASCO, R. *Las cloacas de la economía,* 2ª edición, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2012.

VIDALES, C. *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

Anexos

Anexo I	**Cifras del mercado del arte en el mundo**
Anexo II	**Cifras del mercado del arte en España**
Anexo III	**Obra de arte objeto de blanqueo en el caso Matthew Green**
Anexo IV	**Obras de arte localizadas en el caso Edemar Cid Ferreira**
Anexo V	**Registro de casos de blanqueo de capitales por Eurojust**

Anexo I: Cifras del mercado del arte en el mundo

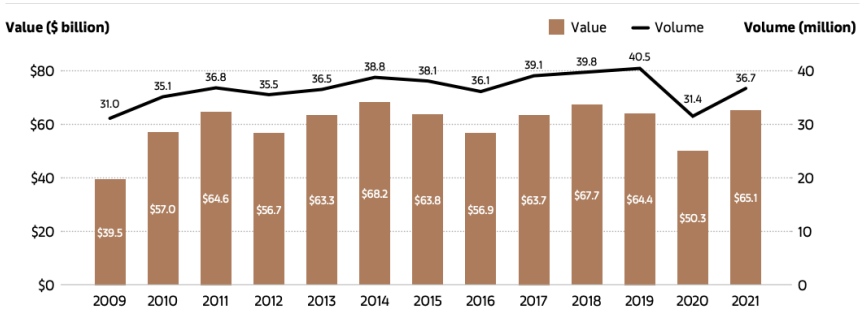


Imagen nº 1: *Ventas en el mercado global del arte desde 2009-2021*
Fuente: Arts Economics (2022)

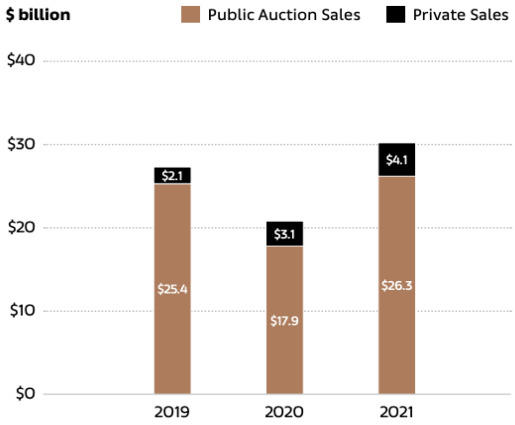


Imagen nº 2: *Ventas globales en subastas 2019-2021*
Fuente: Arts Economics (2022)

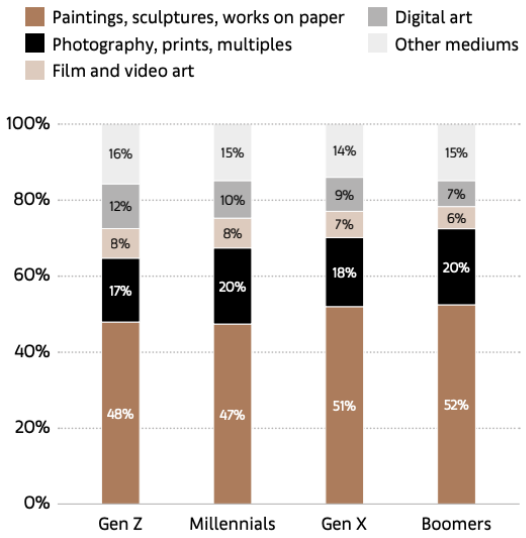


Imagen nº3: *Preferencias en las adquisiciones de los coleccionistas con alto valor neto según la generación a la que pertenecen*
Fuente: Arts Economics (2022)

Anexo II: Cifras del mercado del arte en España

Imagen nº 4: *Ventas agregadas de arte y antigüedades en España 2011-2020 (millones de €)*
Fuente: Arts Economics (2021)

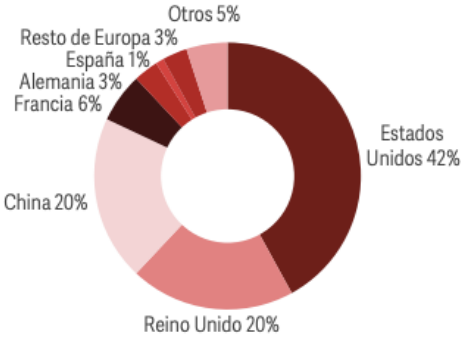


Imagen nº5: *Cuota de mercado global del arte en términos de valor en 2020*

Fuente: Arts Economics (2021)

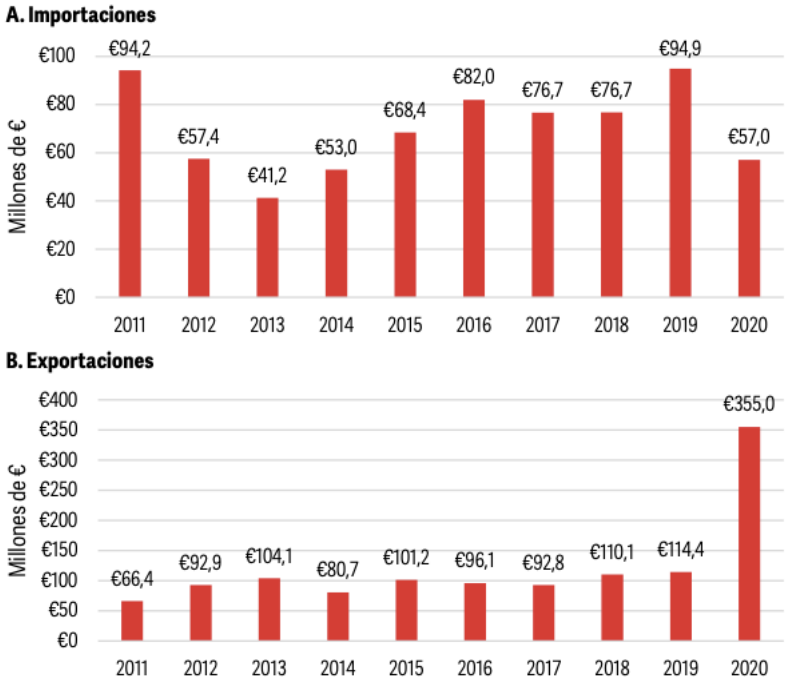


Imagen nº 6: *Comercio transfronterizo de arte y antigüedades hacia/desde España*
Fuente: Arts Economics (2021)

Anexo III: Obra de arte objeto de blanqueo en el caso Matthew Green

Imagen nº 7: *Personnages,* 1965. Pablo Picasso.
Fuente: Artnet

Anexo IV: Obras de arte localizadas en el caso de Edemar Cid Ferreira

Imagen nº 8: Hannibal, 1965. J.M Basquiat
Fuente: Artnet

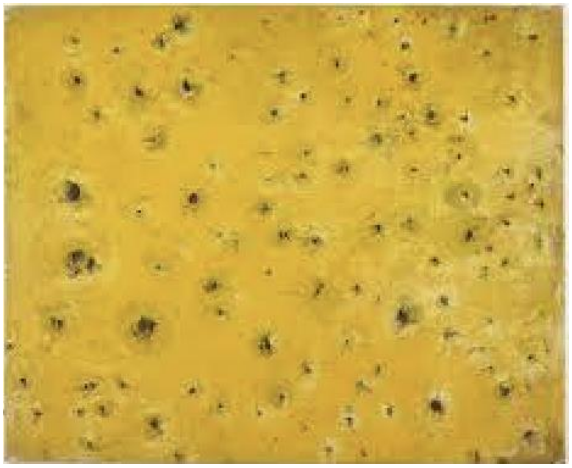


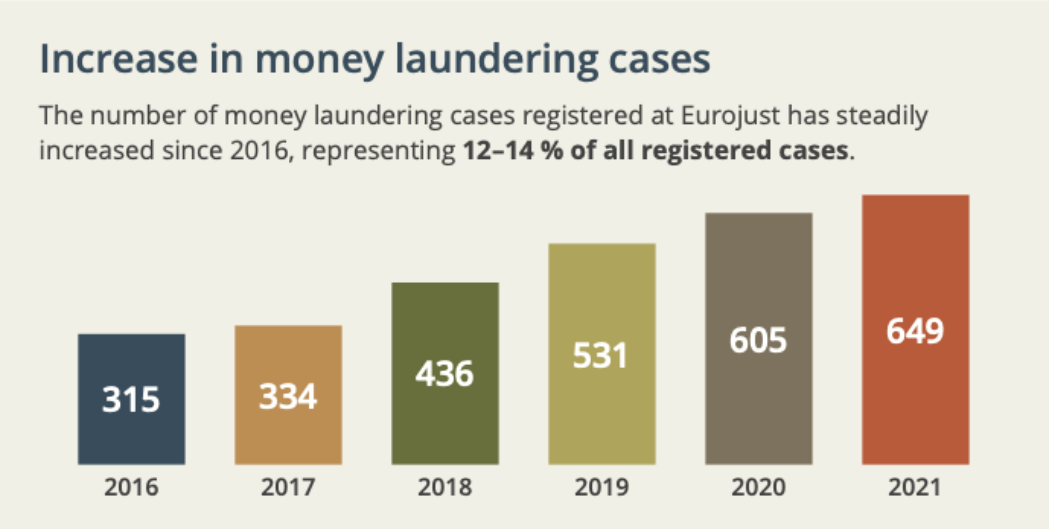
Imagen nº 9:
Jaune avec trous, 2002. Miguel Barceló
Fuente:Artnet

Imagen nº10: Les Papillons, 1948.
Fernard Leger
Fuente: Mutual Art

Imagen nº 11: Composition Abstraite, Serge Poliakoff
Fuente: Getty Images

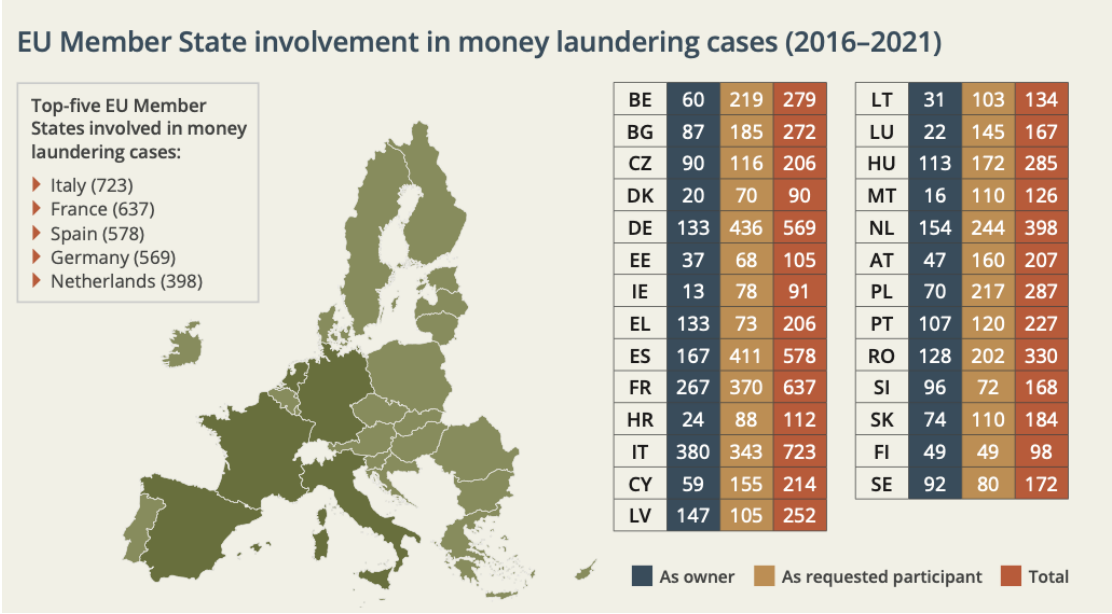
Anexo V: Registro de casos de blanqueo de capitales por Eurojust

Imagen nº12: *Nº of money laundering cases registered*



from 2016-2021

Fuente: Eurojust



BE	60	219	279
BG	87	185	272
CZ	90	116	206
DK	20	70	90
DE	133	436	569
EE	37	68	105
IE	13	78	91
EL	133	73	206
ES	167	411	578
FR	267	370	637
HR	24	88	112
IT	380	343	723
CY	59	155	214
LV	147	105	252

LT	31	103	134
LU	22	145	167
HU	113	172	285
MT	16	110	126
NL	154	244	398
AT	47	160	207
PL	70	217	287
PT	107	120	227
RO	128	202	330
SI	96	72	168
SK	74	110	184
FI	49	49	98
SE	92	80	172

Imagen nº13: *EU Member State involvement in money laundering cases from 2016-2021*
Fuente: Eurojust

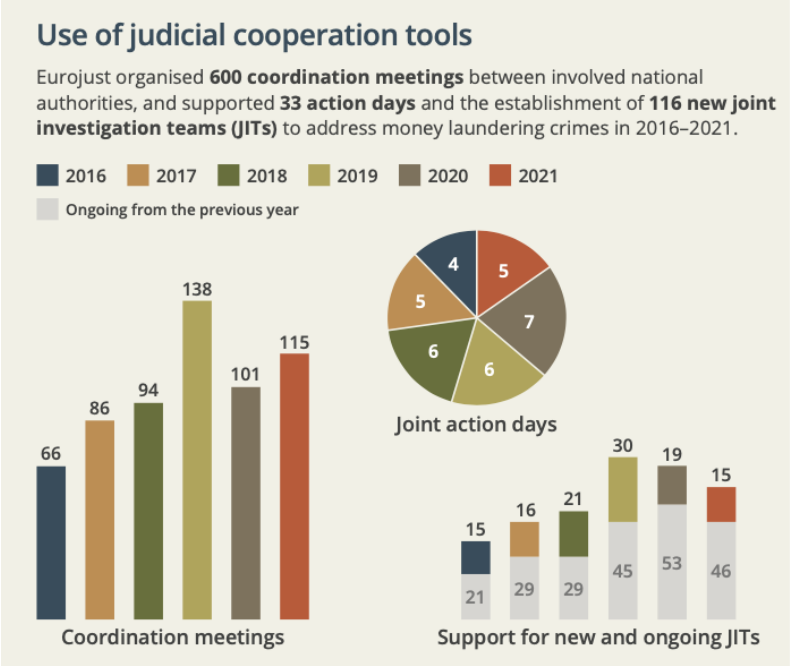


Imagen nº14: *Coordination by Eurojust to combat money laundering cases from 2016-2021*
Fuente: Eurojust

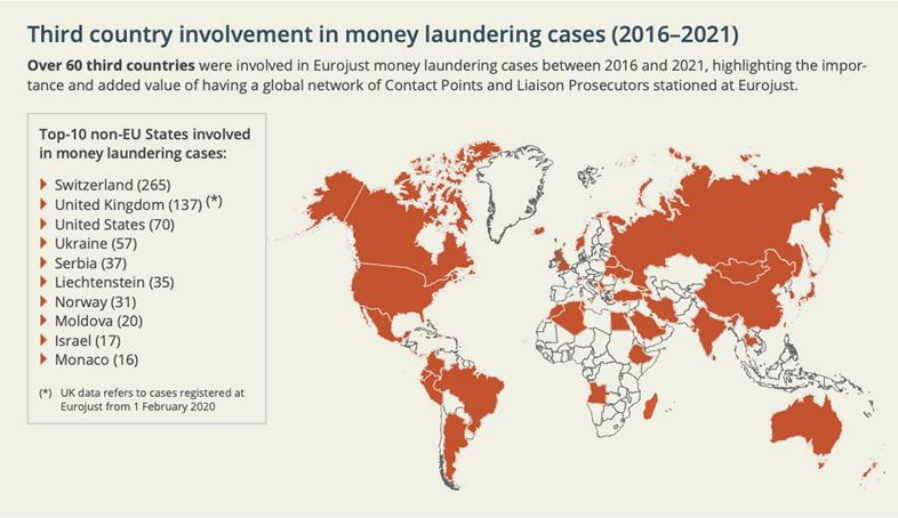


Imagen nº15: *Third country involvement in money laundering cases from 2016-2021*
Fuente: Eurojust

Gabilex

Nº 36

Diciembre 2023

http://gabilex.castillalamancha.es

EL DELITO DE VIOLACIÓN MARCO TEÓRICO-JURÍDICO ACTUAL

Dª Andrea Cantos Martínez
Doctoranda Dª Penal. Integrante de Cátedra de Igualdad de Género y Diversidad Clara Campoamor, UCLM

Resumen: El presente trabajo pretende abrir una línea de investigación para fijar un marco conceptual acerca de la violencia sexual. La pretensión, a lo largo del escrito, es ampliar el análisis desde un punto de vista multidisciplinar, sin perder la referencia del derecho penal sustantivo, donde están tipificadas dichas conductas.

La búsqueda por ese marco teórico jurídico se sustentará bajo el estudio de los tipos penales contra la libertad recogidos en los artículos 178, 179 y 181 de nuestro CP vigente.
A su vez, se irán entrelazando comparativas históricas sobre legislación anterior, así como corrientes filosóficas y doctrinales. Se finalizará con un análisis sobre el derecho penal sustantivo de los ilícitos penales bajo el telón de fondo de la futura firmeza del proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de Libertad Sexual.

Palabras clave: Consentimiento, violencia, violación, agresión, abuso, sexual, delito, bien jurídico, libertad sexual, proyecto de ley orgánica, garantía integral de libertad sexual, intimidación.

Abstract: The present work aims to open a line of research to establish a conceptual framework about sexual violence. The intention, throughout the writing, is to expand the analysis from a multidisciplinary point of view, without losing the reference to substantive criminal law, where such behaviors are typified.
The search for this legal theoretical framework will be supported by the study of the types of crimes against freedom included in articles 178, 179 and 181 of our current CP.
At the same time, historical comparisons of previous legislation, as well as philosophical and doctrinal currents, will be intertwined. It will end with an analysis of the substantive criminal law of criminal offenses under the backdrop of the future firmness of the draft Organic Law for the Comprehensive Guarantee of Sexual Freedom.

Keywords: Consent, violence, rape, agresión, abuse, sexual freedom, legal asset. Draft bills, organic law of sexual freedom, intimidation.

Sumario:

I.- INTRODUCCIÓN: PARADIGMA ACTUAL EN EL TÍTULO VIII DEL CP
II.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL
1.- Nomenclatura de los tipos penales
2.- El tipo penal de la agresión sexual
2.1.- De la conducta típica

2.1.1.- Violencia
2.1.2.- Intimidación
2.2.- Consentimiento
2.2.1.- ¿Por qué consentimiento?
2.2.2.- Teoría contractualista ilustrada: emergencia del consentimiento
3.- El tipo del abuso sexual
III.- PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LIBERTAD SEXUAL
1.- Concepto de violencia sexual
2.- Tipo penal de agresión sexual y desaparición del tipo penal del abuso
3.- Inmutabilidad de la naturaleza jurídica semipública
IV.- CONLUSIONES
V.- BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN: PARADIGMA[1] ACTUAL EN EL TÍTULO VIII DEL CP

El título VIII de nuestra Ley Orgánica 10/1995, 23 de noviembre, del Código Penal (CP en adelante) anterior a la reforma y contrarreforma operadas por la LO 10/2022 y la LO 4/2023 respectivamente estaba intitulado *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en el que se incardina el capítulo I denominado *De las agresiones sexuales*, el capítulo II rubricado *De los abusos sexuales,*

[1] Según la segunda acepción de la RAE: Teoría o conjunto de teorías cuyo núcleo central se acepta sin cuestionar y que suministra la base y modelo para resolver problemas y avanzar en el conocimiento.

en los cuales nos centraremos, y para terminar el trabajo se hará especial mención al Capítulo VI que se rubrica *Disposiciones comunes a los capítulos anteriores.*

En la actualidad han saltado a la opinión pública diferentes casos que han puesto sobre la mesa la problemática de los tipos delictivos incardinados en el citado Título VIII. Se han dado diversas situaciones donde el principio de seguridad jurídica está en efervescencia, donde este paradójico principio constitucionalizado del art. 9.3 de nuestra Carta Magna, acaricia su propia volatilidad. Como indica la profesora Martínez Alarcón, cualquier sujeto debe tener la posibilidad de prever la actuación tanto de otro ciudadano o ciudadana como de los poderes públicos para así ajustar su comportamiento en aras de garantizar la paz social[2].

Casos tan conocidos como *la manada*, *la manada* de Manresa o los jugadores del equipo de fútbol de la Arandina han puesto más que de relieve la disparidad de las penas en diferentes instancias judiciales, contemplándose desde 15 años de prisión como pena principal[3], hasta un voto particular que brindaba la absolución de todos los integrantes[4]. Por otro lado, nos encontramos con penas privativas de libertad de 12 y 10 años, incluyendo en este caso la absolución a otro sujeto

[2] Martínez, M. L (2018) "El Estado Constitucional de Derecho" en Lecciones de Derecho Constitucional de España y de la Unión Europea (Vol. I). Valencia: Tirant Lo Blanch. p. 227.
[3] SSTS 344/2019, de 4 de julio.
[4] SAP Navarra 38/2018, 20 de marzo (Voto particular del Ilmo. Sr. Ricardo Javier González).

que había participado en los hechos[5] y que tras el recurso de apelación al TSJ de Cataluña, se desestimó el mismo con un destacable voto particular[6]. En el tercero de los casos anteriormente citados, las penas privativas de libertad se aplican con el máximo de cumplimiento posible, es decir, con un total de 20 años[7] cuando en vía de recurso las penas finalmente impuestas se cuantificaron en 4 y 3 años[8]. Pero con esta situación presentada, ¿es posible entender que se está proyectando el principio de la seguridad jurídica a la hora de enjuiciar los delitos sexuales? ¿Cuál es la raíz de penas tan dispares?

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO[9] EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Tal y como se rubrica el título VIII del CP, la libertad sexual es el pórtico para contemplar estas infracciones penales. Bajo la óptica de la doctrina, se entiende **libertad sexual** como la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad[10]. También tiene otras definiciones

[5] SAP Barcelona 813/2019, 31 de octubre.
[6] STSJ Cataluña 3/2020, 26 de enero (Voto particular del Ilmo. Sr. Carlos Mir Puig).
[7] SAP Burgos 379/2019, de 11 de diciembre.
[8] STSJ Castilla y León 14/2020, de 18 de marzo.
[9] N. de la A: Dado que el presente estudio se centra en los delitos incardinados en el capítulo I y II del título VIII, siempre anteriores a la reforma y contrarreforma antedichas, se abordará el bien jurídico protegido de la libertad sexual vinculados a la indemnidad sexual y se dejará de lado otros bienes jurídicos referidos al resto de delitos del título VIII.
[10] Muñoz Conde, F. (2019). Derecho Penal. Parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 204.

como la "posibilidad de decidir libremente la manera de disfrutar de la sexualidad y de elegir sin constricción alguna, la persona o personas con las que se comparten las experiencias de naturaleza sexual"[11]. Conceptualizando este bien jurídico, se indica de igual modo como la libre determinación de la sexualidad, que llevaría aparejada de un lado: un aspecto positivo-dinámico de libertad sexual (comportamientos de carácter sexual y voluntarios) y un aspecto negativo-estático (derecho a no soportar otros actos, comportamientos de índole sexual no consentidos)[12].

En cambio, para los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años el bien jurídico protegido sería la **indemnidad sexual**, conformándose esta sobre la base de los sujetos pasivos a quien se dirige la acción penal. Se entiende que los menores de dieciséis carecen de libertad y/o autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual[13]. De ahí que también sea apodado jurídicamente como la **intangibilidad sexual**[14]**.** Ahora bien, el catedrático Muñoz Conde también indica lo siguiente: "se pretende con el caso del menor, proteger su libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su

[11] Quintero Olivares, G. (2016). Compendio de la parte especial del Derecho Penal. Pamplona: Thomson Reuters. p.129.
[12] Corcoy Bidasolo, M. (2015). Manual de Derecho Penal. Parte Especial. (Vol. I). Valencia: Tirant lo Blanch. p. 244.
[13] Muñoz Conde, F. (2019). Derecho Penal. Parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 204.
[14] Corcoy Bidasolo, M. (2015). Manual de Derecho Penal. Parte Especial. (Vol. I). Valencia: Tirant lo Blanch. p. 244.

personalidad […] evitar que sea utilizada como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales"[15]. También cabe reseñar que en el Preámbulo de la LO 5/2010, por la que se introdujo del Capítulo II bis, para amparar los tipos penales sexuales contra menores de (en su momento) los *13 años*, se destacó que esta especial protección se sustentaba en el bien jurídico de la indemnidad sexual como: "un derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado" así como "la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor". Si bien, se recogerá únicamente como bien jurídico protegido la indemnidad sexual para este Capítulo II bis, de acuerdo con la crítica formulada por el catedrático García Rivas que clarifica este bien jurídico protegido como único, no dual, definiéndolo como el derecho a un desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor libre de interferencias nocivas[16]. Pero ¿no cabría esperar ese libre desarrollo de la personalidad y de la sexualidad de cualquier persona? ¿Es válida esa bifurcación de bienes jurídicos protegidos frente a un mismo *factum*? Recogiendo lo enunciado por Muñoz Conde, la lucha contra la violencia sexual, independientemente de la condición que tenga la víctima ¿no se debería aspirar a evitar que el sujeto pasivo sea utilizado como objeto sexual de terceras personas para satisfacer sus deseos sexuales?

---

[15] Muñoz Conde, F. (2019). Derecho Penal. Parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 204.

[16] García Rivas, N. (2011) "Delitos de agresión y abuso sexual" en Derecho penal español. Parte Especial (I). Valencia: Tirant Lo Blanch. p. 586 – 626.

Sin embargo, cuando se habla de agresiones y abusos sexuales fuera del ámbito jurídico, son constantes las indicaciones a la relevancia de la **autonomía sexual**, entendiéndose esta como "el derecho a marcar límites que sean respetados en lo relativo al acceso de otros al propio cuerpo"[17]. No es de extrañar que la *libertad* sea puesta bajo sospecha por diversas académicas[18] y, sin embargo, desde la doctrina jurídica esté ya establecida como bien jurídico que hay proteger, porque se parte de la base que la libertad es inherente y existe. De ahí, el título anterior sobre el paradigma actual: aceptación y no cuestionamiento de la base fundamental de la construcción en los tipos penales, a saber: el bien jurídico protegido que se quiere amparar. Que la persona al decidir *libremente* qué relaciones sexuales mantener y cuales no, implicaría entender su propia decisión como un elemento jurídico transformador[19], separando la conducta delictiva de la legítima, no desde un plano

[17] Alario, M. (2021) Política sexual de la pornografía. Madrid: Cátedra. p.192.

[18] De Miguel, A. (2015). Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección. Madrid: Cátedra p.9. En el mismo sentido, Vigarello, G. (1999). Historia de la violación. Siglos XVI - XX. Madrid: Cátedra. p. 9; Cobo, R. (2020). Pornografía. El placer del poder. Barcelona: Ediciones B. p. 14 y ss.; Brownmiller, S. (1981) Contra nuestra voluntad. Un estudio sobre la forma más brutal de agresión a la mujer: la violación. Barcelona: Planeta. p. 310.

[19] De Lora, P. (2019) Lo sexual es político (y jurídico). Madrid: Alianza Editorial. p. 30. N de la A: Este autor se inspira en la conceptualización del consentimiento conforme a la idea de Alan Wertheimer.

objetivo, sino eminentemente subjetivista en cuanto a conductas no solo sexuales, sino vejatorias y humillantes. De *facto*, la violencia sexual va mucho más allá de un sí o un no[20] ergo, la legislación penal debe acompañar aquellos ataques que puedan ir contra la autonomía sexual de las personas.

Por lo tanto, el paradigma actual para el enjuiciamiento de los delitos sexuales descansa sobre el concepto de la *libertad*, que sin embargo choca a su vez con el componente intrínseco del consentimiento, pues este elemento del injusto puede destruir la tipicidad. Tanto es así, que la doctrina llega a expresarse en los términos donde consentimiento en este grupo de delitos son un: "síntoma de disponibilidad del bien jurídico protegido"[21]. En palabras del profesor Mir Puig: "Es evidente que ni el Derecho puede regir la conciencia individual, ni la moral de un individuo puede decir el orden colectivo del Derecho". Por ello, no puede usarse el consentimiento para destipificar un delito en el ámbito penal, no se trata de qué se consiente o qué no, se trata de dar un paso

[20] *Organización Mundial de la Salud. (2011)* Violencia contra la mujer: violencia de pareja y violencia sexual contra la mujer. Nota descriptiva *N°. 239. Actualización de septiembre de 2011. Ginebra, Organización Mundial de la Salud.*
También violencia sexual está conceptualizada en nuestra legislación internacional: *art. 36 del Convenio de Estambul. Incluso nuestra legislación autonómica, a saber: art. 4.c de Ley 4/2018, de 8 de octubre, para una sociedad libre de violencia de género en CLM.*
[21] *García Rivas, N. / Tarancón Gómez, P. (2021). "Agresión y abusos sexuales" en* Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas. *(Vol. I). Valencia: Tirant lo Blanch. p. 1118.*

más allá y preguntarse si el bien jurídico a proteger es un bien jurídico-penal[22] y que por ende, se prescinde de la voluntad de las partes o bien se neutraliza el perdón del ofendido[23], pues sino caeríamos en enfatizar la subordinación del poder punitivo del Estado al servicio de las personas[24].

Este pequeño adelanto es muy clarificador si se realiza un parangón frente a otros delitos contra las personas, focalizando en aquellos como son los delitos contra la libertad, incardinados en los art. 163 y siguientes del CP. Son delitos cuyo bien jurídico protegido también es la libertad, la libertad deambulatoria en este caso. Sin embargo, el tipo penal no recoge el consentimiento de la víctima, porque se acepta masivamente que una detención ilegal no puede ser aceptada por la víctima, es algo inconcebible. De consentir una detención ilegal, no habría un ataque a la libertad, se disipa. En cambio, el injusto penal no recoge el consentimiento como elemento del tipo. Es decir, el legislador no estima necesario incluir el consentimiento en el delito de detención ilegal, pues caeríamos en el *ad absurdum* de llegar a pensar que un sujeto puede desear que lo secuestren. Y recordemos que el principio de taxatividad debe ser desplegado en esta rama jurídica por excelencia.

---

[22] Mir Puig, S. (2011) Bases constitucionales del Derecho Penal. Madrid: Iustel. p. 112 y p. 114.

[23] N. de la A: Salvo para delitos privados, que sería también una controversia objeto de estudio que no se desarrollará en este trabajo.

[24] Ibíd p.113.

1.- Nomenclatura de los tipos penales

Referenciando a la doctora en filosofía Sendón de León, el paradójico posmodernismo, como momento histórico actual ha introducido la figura del giro lingüístico el cual: "intenta adecuar la realidad a las palabras que utilizamos para definirla o representarla". La autora continúa explicando que: "Más que tratar de averiguar la naturaleza de X, se trata de encontrar las palabras adecuadas que la definan para llegar a un consenso de tipo filosófico o científico"[25]. El giro lingüístico se ha proyectado en la rama penal como la aceptación, sin cuestionamiento, de la nomenclatura abuso y agresión sexual. Veamos la procedencia histórica de este tipo de delitos:

Tal y como explican García Rivas y Tarancón, con el CP de 1989 esta tipificación de conductas delictuales fue intitulada con la expresión *Delitos contra la honestidad*. Señala esta sección doctrinal que esta transformación conceptual por *Delitos contra la libertad sexual* supuso un "aplauso generalizado"[26]. Este cambio provocó diversas transformaciones; por ejemplo, el marido ya podría ser sujeto activo del delito de violación, porque bajo el bien jurídico de la honestidad, una relación no consentida entre cónyuges podría incardinarse en un

[25] Sendón, V. (2021). "Sujeto mujer y deconstrucción de conceptos" en El sexo en disputa. Madrid: CEPC. p. 47 y ss.
[26] García Rivas, N. / Tarancón Gómez, P. (2021). "Agresión y abusos sexuales" en Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas. (Vol. I). Valencia: Tirant lo Blanch. p. 1121.

delito de lesiones, amenazas o coacciones, pero nunca de una violación. Dejó de rechazarse la causa de justificación de la legítima defensa para la violación, porque con el CP de 1989 se entendía que la mujer debía satisfacer el débito conyugal,[27]entre otras modificaciones.
Con esta breve descripción se observa que el cambio de nomenclatura puede suponer un cambio a la hora de la aplicación del Derecho. Es importante reseñar que nuestro CP vigente incardina un tipo penal denominado abuso sexual. Siguiendo la estela sobre la búsqueda de la naturaleza de X, y no de adecuar la realidad al uso del lenguaje, tal y como ha reseñado la autora Sendón de León *ut supra*: abuso significa excederse del uso, y para cometer ese exceso significa que existe un derecho previo de uso sobre la cosa. Es decir, la palabra abuso sexual en nuestro CP implica la legitimación de cierto uso sobre otras personas[28].

Por otro lado, y conforme a la Ley Orgánica del 95, se incardinan dos conceptos: la agresión sexual y la violación. Hay un sector doctrinal[29] que concibe la violación como tipo agravado de la agresión y otro sector

[27] Corcoy Bidasolo, M. (2015). Manual de Derecho Penal. Parte Especial. (Vol. I). Valencia: Tirant lo Blanch. p. 245.
[28] Mackinnon, C. (1995) Hacia una teoría feminista del Estado. Madrid: Cátedra. p. 388. N. de la A: dicha referencia vincula que dicha legitimación subyace está en armonía con lo ya denunciado en 1989 por Mackinnon.
[29] García Rivas, N. / Tarancón Gómez, P. (2021). "Agresión y abusos sexuales" en Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas. (Vol. I). Valencia: Tirant lo Blanch. p. 1123 y p. 1133.

que los incardina como dos ilícitos totalmente autónomos el uno del otro[30], si bien; compartiendo sus agravantes específicas en el art. 180 del CP. Si a esta diferenciación, no llegada a consenso por la propia doctrina, adicionamos la equívoca incorporación del concepto abuso e incluso; atendemos al Cap. II bis, que reitera mayoritariamente las conductas de sus dos capítulos anteriores; nos encontramos en una ardua tarea de subsunción de la realidad fáctica en el precepto penal correspondiente.

El lenguaje jurídico es muy importante, especialmente en la rama penal, por cuanto que nos encontramos ante enunciados performativos[31], a saber: aquellos que crean realidad; en contraposición con los enunciados constatativos, los cuales describen una realidad existente. La ley penal puede transformar al sujeto en delincuente y una conducta aparentemente honesta en delito. Este tipo de enunciados no son contrastables, no pueden ser verdaderos o falsos, si además le sumamos el giro lingüístico implantado por nuestro contexto histórico, obtenemos el resultado de aparejar penas a sujetos de forma dispar, mermando la seguridad jurídica.

No es cuestión baladí esta búsqueda por la naturaleza del concepto, pues a partir de ahí se sustentarán las consecuencias tanto procesales o de tratamiento del

[30] Corcoy Bidasolo, M. (2015). Manual de Derecho Penal. Parte Especial. (Vol. I). Valencia: Tirant lo Blanch. p.254.
[31] Patiño-Arango, A. (2015). Como hacer el derecho con palabras. Revista Jurídicas, 12 (1), p. 59-77.

delincuente[32], así como su proyección social después de la condena. De hecho, la introducción del término abuso sexual, así como un primer intento por no recoger el término violación, sólo ha sucedido con el Código Penal del 95, si bien, en la posterior reforma del 99 recuperó el término violación como tipo delictivo[33].

2.- El tipo penal de la agresión sexual

El art. 178 del CP anterior rezaba: "*El que atentare contra la libertad de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años*". De este precepto se desglosarán los siguientes elementos: primero, qué es atentar contra la libertad sexual, segundo, qué se entiende por violencia y tercero, qué es la intimidación[34].

[32] N. de la A. Por ejemplo: se aplicará la Instrucción de la DAO 14 de junio de 2016, sobre normas básicas de actuación ante la comisión de delitos violentos para los casos de agresión sexual y no para abuso.

[33] De Vicente, R. (2018) "El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción" en La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España. Valencia: Tirant lo Blanch. p.174.

[34] N. de la A: No se investigará sobre la modalidad comisiva indicada con el gerundio "utilizando", incardinado en el tipo. Una pequeña pincelada, para no dejarlo de lado, sería que anterior a la reforma aplicada por LO 5/2010 únicamente utilizaba la preposición "con".

2.1.- De la conducta típica

El verbo nuclear del tipo es **atentar contra la libertad sexual**. Esta descripción es catalogada de ambigua o indefinida, desde el momento en que se entiende dicha terminología como inclusiva de cualquier tipo de conducta con relevancia sexual[35]. Podría decirse que es el menoscabo de la facultad sexual de una persona con violencia o intimidación. Un sector doctrinal cree imprescindible el contacto corporal entre los sujetos activo y pasivo[36]. De otro lado, se encuentran voces doctrinales discrepantes que entienden que la **ausencia de contacto** es potestativa para entender subsumidas ciertas conductas[37]. La jurisprudencia se ha inclinado por obviar el contacto físico, pues entiende que son constitutivo del delito, comportamientos como, por ejemplo: obligar a mostrar los genitales del cuerpo de la víctima mientras se masturbaba[38].

La **diferencia** esencial enfrentada al **delito de violación**, *ex art*. 179 del CP, es que dicho atentado consista en el **acceso carnal** por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos

[35] García Rivas, N. / Tarancón Gómez, P. (2021). "Agresión y abusos sexuales" en Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas. (Vol. I). Valencia: Tirant lo Blanch. p. 1124.
[36] Muñoz Conde, F. (2019). Derecho Penal. Parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 206.
[37] García Rivas, N. / Tarancón Gómez, P. (2021). "Agresión y abusos sexuales" en Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas. (Vol. I). Valencia: Tirant lo Blanch. p. 1125.
[38] SSTS 1397/2009, de 29 de diciembre.

a partir de las dos primeras vías. Lo que habría de concluir que, ese acceso carnal implica el elemento negativo de la agresión sexual, si se estudiara el art. 178 como tipo residual en relación con el art. 179.

La **diferencia** con el tipo básico de **abuso sexual**, *ex art*. 181.1 del CP, se encuentra en que, **sin mediar violencia e intimidación**, se realicen dichos atentados contra la libertad sexual de la víctima.

Haciendo una refundición de este trivio conceptual, retrotraigámonos al CP de 1848, donde la violación era plasmada como "penetración heterosexual vaginal", pues aún utilizándose la palabra **yacimiento**, equivaldría a lo que en la actualidad se denomina acceso carnal. Como bien indica la catedrática De Vicente, este acceso carnal ha supuesto de un lado, aglutinar otras conductas que no solo fueran las reminiscentes del CP de 1848; a saber: la vía anal o bucal, y también en cuanto a la utilización de objetos. Todo ello con una importante desventaja, este acceso carnal, cuando no medie consentimiento de la víctima, pasará a calificarse abuso sexual y no violación, de conformidad con el art. 181.4 de nuestro vigente CP, cuando, recordemos que la conducta llevada a cabo por el agresor es idéntica[39]. Sin embargo, el *reo* no lo será por violación, sino que pasará a llamársele abusador, conforme a la nomenclatura del orden penal.

[39] De Vicente, R. (2018) "El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción" en La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España. Valencia: Tirant lo Blanch. p.179.

La interpretación sobre qué se ha de entender por **acceso carnal**, adquiere gran relevancia en el pronunciamiento de la STS 2140/2021, de 27 de mayo. En ella se introdujo el componente de la "horizontalidad" para diferenciar los tipos penales de los artículos 178 y 179. El Supremo es claro: "no hace falta un acceso total y absoluto, ya que la violación concurre, aunque el acceso sea leve o breve".

Para finalizar el apartado del trabajo referido a las conductas atentatorias de la libertad sexual, y rescatando el elemento negativo del tipo, surge la siguiente pregunta: ¿es posible incardinar a la mujer como sujeto activo del delito de violación en la modalidad del acceso carnal? Curiosa es la tesis que sostiene Muñoz Conde, por la cual ultima que, la práctica fricativa o *coniuctio membramnorum* puede postular a ser incardinable en el delito de violación "sin violentar el sentido literal posible de acceso carnal"[40]. Así ha sido acogida también dicha tesis por el Tribunal Supremo, para supuestos denominados coitos vestibulares, los cuales sólo afecta a los órganos genitales externos[41]. Si bien, ninguna de estas sentencias referidas *ut infra*, tiene como sujeto activo a una mujer, por lo que la comparativa será *mutatis mutandi* con la problemática presentada inicialmente. En la primera resolución, indica el Alto Tribunal que el acceso carnal no depende de las circunstancias anatómicas o que haya traspasado ciertos límites anatómicos. Continúa motivando que se trata,

[40] Muñoz Conde, F. (2019) Derecho Penal. Parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 210.
[41] SSTS 50/2014, de 27 de enero, SSTS 1484/2005, de 1 de diciembre y SSTS 348/2005, de 17 de marzo, entre otras.

por el contrario, del momento en el que se ha agredido de una manera decisiva el ámbito de la intimidad de la víctima representado por las cavidades de su propio cuerpo, ultimando decir que es menester valorar las circunstancias de cada caso concreto. Es decir, en misma línea argumentativa, la segunda sentencia referenciada, el TS aun entendiendo que es un ataque periférico, la penetración en el exterior vaginal produce los mismos efectos penales por cuanto no que se basa en un ámbito puramente fisiológico, sino en un marco jurídico penal.

Sin embargo, esta consideración doctrinal dada por el eminente catedrático y suscrita por jurisprudencia anterior a la tesis de la horizontalidad, desdice lo previamente apuntado por él mismo, dado que "la mujer no puede ser sujeto activo de las conductas consistentes en una penetración, por lo que, en relación con el art. 179, ésta sólo puede cometer la modalidad de introducción de miembros corporales u objetos" y concluye con que "Fuera de estos supuestos, las agresiones sexuales de la mujer habrán de ser reconocidas al tipo básico de agresión sexual."[42]

Ahora bien, el TS también ha asimilado el acceso carnal con la teoría del acceso carnal invertido, por el cual se equipara el acceso con quien consiste en hacerse acceder. Así lo recoge en Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 25 de mayo de 2005.

[42] Muñoz Conde, F. (2019) Derecho Penal. Parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 211.

2.1.1- Violencia

La violencia trae una trayectoria de íntima unión con la *vis física,* desde la perspectiva jurídico penal. Es decir, la aplicación de una determinada fuerza física sobre el sujeto pasivo[43]. Dicho de otro modo, la violencia a la que se refiere el texto legal es la *vis absoluta* que requiere el uso de una determinada energía que se dirija contra la víctima o recaiga directamente contra ella[44]. Equivaldría al acometimiento, coacción o imposición material, que implique una agresión real, bien sea esta a través de golpes, empujones o incluso desgarros[45].

La violencia que ha de ser empleada no debe ser irresistible, sino eficaz para inhibir o paralizar cualquier atisbo de resistencia. Ahora bien, bajo la perspectiva de quien suscribe, el mero hecho de hablar de violencia "eficaz" o "idónea" para la paralización de la víctima, ya implica un mecanismo perverso.

El problema de este elemento es que para entender que ha habido violencia por parte del agresor, esta tiene que ser de entidad suficiente para doblegar la voluntad de la víctima. Es decir, siempre que se utilice el parámetro de la suficiencia, estaremos ante la otra cara de la moneda:

[43] García Rivas, N. / Tarancón Gómez, P. (2021). "Agresión y abusos sexuales" en Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas. (Vol. I). Valencia: Tirant lo Blanch. p. 1126.
[44] De Vicente, R. (2018) "El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción" en La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 184.
[45] SSTS 5/2009, de 19 de enero.

la resistencia. La calificación de la agresión sexual debiera serlo únicamente por la conducta del sujeto activo, pero sólo se podrá baremar conforme a la resistencia (aunque sea de escasa proyección) de la víctima. *Verbigracia*: el caso de *La Manada*, en cuyos hechos probados, se esgrimió el siguiente *factum*:

"Hallándose las cinco personas así ubicadas, Angel Boza y la denunciante, estaban besándose en la boca; mientras se hallaba en esa situación, José Ángel Prenda desde la puerta de acceso al portal, que mantenía abierta, dijo "Vamos vamos". En ese momento Ángel Boza, quien le había dado la mano para besarse, **tiró de ella hacia él**, cogiéndole de la otra mano Alfonso Jesús Cabezuelo; ambos la **apremiaron** a entrar en el portal tirando de la denunciante, quien de esa guisa entró en el recinto de modo súbito y repentino, **sin violencia**." (SAP Navarra 38/3018, de 26 de junio)

La magistrada y el magistrado de la Audiencia Provincial (pues el tercer juzgador emitió su voto particular) indicaron en los hechos probados un elemento del tipo, en este caso la ausencia de violencia, anticipando su calificación jurídica. Advirtieron que no había violencia, cuando, a su vez, se dejó constancia del tirón en la mano con la idea de introducirla en el portal. En síntesis, no se vio violencia porque no hubo resistencia, pero ese tirón fue suficiente para doblegar la voluntad de la víctima dado que se encontraba con una clara sintomatología de intoxicación etílica aguda. Es decir, se probó como un episodio no violento, porque lo que inconscientemente ponderaba la idoneidad de esa violencia a final de cuentas era la ausencia de resistencia de la víctima. A pesar, incluso, que debido a ese tirón, esa aplicación de *vis absoluta* era suficiente para doblegar la voluntad de la víctima. De ahí la perversión del mecanismo: sólo la

resistencia, sea en mayor o menor medida será indicativa del uso de la fuerza, no la actuación violenta aislada del agresor (de conformidad con la conceptualización que se hace de la violencia según el CP, y la interpretación judicial).

Siguiendo con el análisis de los hechos probados, a mayor abundamiento, el verbo apremiar, y de conformidad con la RAE, ya es indicativo de la *vis física*, pues en sus acepciones segunda y tercera indica lo siguiente: 2.- Oprimir, apretar y 3.- Compeler u obligar a alguien con mandamiento de autoridad a que haga algo.

No es actual que nos encontremos ante un horizonte donde la propia doctrina, así como los tribunales, diluyen este requisito de actuación sobre el sujeto pasivo. Desde hace décadas, ya se apoyaba (o por lo menos ese es el intento) una posición de accesoriedad frente a la exigencia de la resistencia de la víctima. En pronunciamientos tales como: "Y por ello no puede hablarse ya de resistencia de la víctima, sino más sencillamente de voluntad contraria, sin necesidad de resistencias especiales o heroicas, como a veces se entendió. Basta con el no de la víctima"[46].

En idéntico sentido se puede rescatar que: "lo que resulta trascendente es que quede clara la negativa de

[46] SSTS 4711/1992, de 12 de junio. (A su vez, este FJº primero referencia las sentencias con idéntico pronunciamiento de 13 de septiembre y 4 de octubre de 1991)

la víctima"[47]. Lo que aparentemente, podría suponer un *aplauso generalizado*, retroalimenta nuevamente que quien ha de ser sujeto de la investigación comportamental sea la víctima y no el agresor. Como bien señala el profesor Madrid Pérez: "Pese a las transformaciones experimentadas en la legislación como en la jurisprudencia, perviven en el trasfondo de algunas interpretaciones judiciales la creencias y expectativas de comportamiento vinculadas al *vis grata puellis* y a la noción de resistencia heroica"[48].

La *vis grata puellis* no es sino cómo se ha apodado a la permisibilidad de cierto tipo de violencia, entendiéndose legítima. Dicho brocardo viene a indicar literalmente: la violencia que es grata a las jóvenes[49]. De aquí, se pueden sacar tres lecturas: la primera, que, emanando de la perspectiva social y acogida posteriormente por la jurídica, se explicita la violencia que puede ser legítima dependiendo del grado, segunda, que existe un tipo de violencia que puede ser gratificante y tercera, quienes disfrutaban de esa violencia de escasa entidad eran las mujeres jóvenes. (Cuestión distinta es que deba, o no, entrar el Derecho Penal a castigar este tipo de violencia, pero la legitimación histórica que aún pervive, en palabras del profesor de Filosofía del Derecho

[47] STS 937/2013, de 11 de diciembre. (En relación con la heroicidad de la víctima, no debiendo ser exigida)

[48] Portilla Contreras, G. / Velásquez Velásquez, F. (2019). Un juez para la democracia. Madrid: Dykinson. p. 524

[49] Ibid. p. 524. En el mismo sentido; Corcoy, M. (2019) Manual de Derecho Penal Parte Especial Tomo 1 Doctrina y Jurisprudencia con Casos Solucionados. Madrid: Tirant lo Blanch p. 274.

anteriormente referenciado, está latente). Es más, el estudio llevado a cabo por Madrid Pérez concluye con que la *vis grata puellis*, de un lado, y la resistencia heroica, de otro, "son extremos de un baremo valorativo"[50] entre la descalificación contenida en el primero, así como el ensalzamiento histórico de la agredida, que se transforma en heroica.

De otro lado, la doctrina encabezada por García Rivas y Tarancón plasman que estos parámetros sobre la existencia de violencia o la ausencia de la misma, deben dar un paso más allá, no solo entender el **no** como voluntad contraria confrontada a la violencia del sujeto activo, sino que se ha de expresar un rotundo sí[51]. Además, el catedrático García Rivas llega incluso a especificar que es el propio concepto de violencia el que debería dejar de ser "tan física" y abogar por un contenido de corte "más espiritual"[52].

Hasta aquí el recorrido del elemento del tipo de la violencia que se desgaja del CP, pero, desde la óptica de otras disciplinas se han escrito ríos de tinta sobre el significado de la violencia instaurada en la institución social de la violación. Reseñando la primera conceptualización sobre la violación esgrimida por

[50] Ibid. p.525.
[51] García Rivas, N. / Tarancón Gómez, P. (2021). "Agresión y abusos sexuales" en Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas. (Vol. I). Valencia: Tirant lo Blanch. p.1127.
[52] García Rivas, N. (2020) "Los delitos sexuales", en A. Carretero / P. Callado (Presidencia), Conferencia sobre Por una sociedad libre de violencia sexual en la UCLM. Congreso llevado a cabo vía Teams, UCLM, España.

Brownmiller[53], esta estableció que cuando se habla de violación, se está hablando de violencia y no de sexo. Aparentemente puede parecer obvio, pero ya se ha desarrollado que lo concerniente los tipos penales de los delitos sexuales, tanto por la traducción de la *vis grata puellis*, como la vigencia de incardinar la nomenclatura del tipo delictual del abuso sexual, está aparentemente oculta la legitimación de la violencia en la esfera sexual en nuestros días.

2.1.2.- Intimidación

Se configura como el otro elemento integrado en el tipo de la agresión sexual, de carácter alternativo a la violencia. La intimidación es la *vis psíquica, vis moral* o compulsiva, el empleo de cualquier coacción, amenaza o amedrentamiento, que "compele a ceder a los propósitos lascivos del agente ante el anuncio o advertencia de un mal inminente y grave, racional y fundado, capaz de provocar la anulación de los resortes defensivos o contrarrestados de la ofendida"[54]. Es decir, la víctima está compelida a la realización de comportamientos sexuales por miedo.
La jurisprudencia viene exigiendo, al igual que ocurre con el elemento de la violencia, que la intimidación ha de

[53] Alario, M. (2021) Política sexual de la pornografía. Madrid: Cátedra p. 46. En el mismo sentido: De Miguel, A. (2008) "La violencia contra las mujeres. Tres momentos en la construcción del marco femminista de interpretación." ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política. *I (38) p. 129 – 137.*
[54] *SSTS 978/2002, de 23 de mayo.*

ser idónea[55] (con la problemática que conlleva y se desarrollará de forma más concreta para la intimidación a continuación), y se ha de atender a las características objetivas del hecho o conducta ejecutados, así como a las circunstancias personales de la víctima. También señala la Sala II que serán supuestos de intimidación suficiente cuando "desde perspectivas razonables para un *observador neutral* y en atención a las circunstancias del caso, la víctima alcanza razonablemente el convencimiento de la inutilidad de prologar una oposición de la que podrían derivarse mayores males"[56]. Cursiva propia.

Pero ¿es posible hablar de **observador neutral** en los delitos sexuales? Es innegable que la casuística y la individualización de la pena han de ir de la mano. No obstante, cuando se habla de situación intimidatoria, cuando implica el intento de objetivizar la situación de la vivencia de la víctima para desgranar si se ha dado ese elemento del tipo, es verdaderamente complicado en el momento de afrontar una situación de violencia sexual.

Una vez que se aprende y se mimetiza desde "la más tierna infancia"[57] a encajar en los roles asignados según el individuo sea hombre o mujer, significa que estamos ante una socialización diferenciada. En dicho proceso se interiorizan una serie de comportamientos y normas

[55] *SSTS 578/2004, de 26 de abril.*
[56] SSTS 609/2013, de 10 de julio.
[57] Lonzi, C. (2018) Escupamos sobre Hegel y otros escritos. Madrid: Traficantes de sueños. p.21.

propios del entorno sociocultural[58]. A este aprendizaje e interiorización se le denomina género. Esto no quiere decir que todas las mujeres ni todos los hombres se adapten de manera íntegra al género, pero sí se pretenden dar unas características o tendencias del comportamiento ante ciertas situaciones.

Los géneros, femenino y masculino, son dos construcciones sociales jerárquicas entre sí y además dos conceptos normativos: fijan normas. El catedrático Prieto Sanchís indica que la función básica del Derecho consiste en dirigir la conducta de los individuos, se puede extrapolar su tesis sobre el entramado del Derecho para la consecución de fines y medios con los mandatos lanzados por el género[59]. Véase: cuando la conducta es indeseable, si esta es *ex ante,* se trata de prevenir. Si es *ex post,* se trata de reprimir. Cuando, por el contrario, la conducta del individuo está en sintonía con el mandato lanzado, *ex ante* se promueve y si se realiza *ex post,* se premia.

Ya que el presente trabajo se centra en el marco teórico-jurídico sobre la violencia sexual, se van a exponer ejemplos relacionados con la misma. Ejemplos relacionados con la conducta indeseada: *No te pongas esa falda que vas provocando* (prevenir) *¿Y qué hacías a esas horas en esa calle?* (reprimir).

---

[58] Alario, M. (2021) Política sexual de la pornografía. Madrid: Cátedra p. 57. En el mismo sentido Sendón, V. (2021) "Sujeto mujer y deconstrucción de conceptos" en El sexo en disputa. Madrid: CEPC. p. 47 y ss.
[59] Prieto, L. (2005) Apuntes de Teoría del Derecho. Madrid: Trotta. p.32 y ss.

El género puede proyectarse sobre las propias normas jurídicas (patriarcado de la coerción[60]) que son aquellos donde "por medio de leyes o normas consuetudinarias sancionadas con la violencia aquello que está permitido y prohibido a las mujeres"[61]. Ejemplos de este tipo de patriarcado serían en aquellos Estados donde se recoge únicamente el sufragio activo de los hombres[62] o como sucedía en el CP de 1944, con los denominados delitos específicos[63]. La otra modalidad, en la que se sigue

[60] Referenciando a Celia Amorós: Cobo, R. (2017) La prostitución en el corazón del capitalismo. Madrid: Catarata. p. 138. En idéntico sentido: Puleo, A. (1995) Patriarcado. 10 palabras clave sobre mujer. Navarra: Verbo Divino. p.31.

[61] Cobo, R. (2017) La prostitución en el corazón del capitalismo. Madrid: Catarata.

[62] N. De la A: En nuestro OJ español aún hay normas jurídicas que plasman desigualdad sexual diferenciada. Verbigracia: en Dº Civil se determina la filiación por el parto, en el caso de las mujeres; sin embargo, si la pareja son dos mujeres, quien aporta el contenido genético ha de adoptar a la hija o al hijo ex post del nacimiento. El fundamento de la filiación en el caso de los hombres, es la aportación genética, es decir, lo mismo que debería suceder en la pareja de mujeres con la mujer no gestante, o sea, de quien implanta el óvulo en el útero de la gestante; y sin embargo se le reconoce al padre la filiación del hijo, sin necesidad de pasar por ningún trámite de adopción. Con esta situación plasmada se pone de relieve la situación normativo-jurídica desigualitaria en España en 2022. No es cosa de otros países, ni de otra época, aunque pueda ser más acusada en otros contextos. Ureña, M. (2018) "Lección 8: la filiación" en Derecho de familia. Madrid: Tecnos. p. 139.

[63] Desde una visión periodística, lo que supuso a las mujeres con el apartado "Ciclón de la Transición". Varela, N. (2019) Feminismo 4.0. La cuarta ola. Barcelona: Editorial B.

reproduciendo la desigualdad a pesar de ostentar la igualdad formal, es a partir del patriarcado del consentimiento, donde ya no tiene cabida la "inferioridad de la mujer" sino que se reproduce a través de la "libre elección"[64]. Por la cual, como si de un sistema fractal[65] se tratara, se reproduce dicha estructura que condiciona a mujeres y a hombres, manteniendo una situación de subordinación de las unas para con los otros. El patriarcado del consentimiento es eficaz[66], tanto como el de la coerción, pues en aquél el cumplimiento bajo el halo de la voluntariedad, al sistema no le hace falta la imposición coactiva de las sanciones. Tal y como ya señaló Millet, en 1969: "No estamos acostumbrados a asociar el patriarcado con la fuerza. Su sistema socializador es tan perfecto, la aceptación general de sus valores es tan firme y su historia en la sociedad humana tan larga y universal, que apenas necesita el respaldo de la violencia". Sigue esclareciendo la autora en su tesis: "la fuerza, que no solo constituye una medida de emergencia, sino también es un instrumento de intimidación constante"[67].

---

[64] De Miguel, A. (2015) Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección. Madrid: Cátedra p.9

[65] Sendón, V. (2019) La barbarie patriarcal. Madrid: Ménades. p.111 y ss. En diferente sentido del término: Hernando, A. (2020) La fantasía de la individualidad. Sobre la construcción sociohistórica del sujeto moderno. Madrid: Traficantes de sueños. p. 31.

[66] Prieto, L. (2005) Apuntes de Teoría del Derecho. Madrid: Trotta. p.86 [Sobre el concepto eficacia]

[67] Millet, K. (1969) Política sexual. México: Aguilar. p.58.

De todo lo desarrollado se desencadena la violación como un instrumento necesario para matrimonios forzosos, reclusión de las mujeres al ámbito de lo privado, etc.[68] Y de ahí, su conceptualización como una institución por la cual, no ya la violación en sí (que también) sino "el temor a ser violadas representa una constatación palpable de la devaluación, objetualización y carencia de la autonomía de las mujeres"[69]. En la actualidad los crímenes de honor parecen olvidados[70], la demostración de la honra cosa del pasado[71], y haber alcanzado en nuestro país la igualdad formal se traduce en haber logrado la panacea[72]. Así las cosas, la violencia sexual sigue traduciéndose en un estado de alarma vivencial para la mitad de la ciudadanía.

A mayor abundamiento, los datos sobre el perfil de víctimas de violencia sexual se disparan hacia uno de los

[68] Brownmiller, S. (1981) Contra nuestra voluntad. Un estudio sobre la forma más brutal de agresión a la mujer: la violación. Barcelona: Planeta. N. De la A: la obra en su totalidad es el estudio de la violación como institución política.
[69] Osborne, R. (2009) Apuntes sobre violencia de género. Barcelona: Ediciones Bellaterra p.59.
[70] Simón, L. (2022) Torturadas durante horas: Así murieron las hermanas de Terrassa asesinadas por no querer casarse en Pakistán, recuperado de Antena3 Noticias. http://tiny.cc/crimendehonor2022
[71] Amenazas a una abogada por denunciar la 'prueba del pañuelo' para demostrar la virginidad. (2021, mayo), recuperado de: https://acortar.link/PRUEBAHONOR
[72] Art. 14 CE: Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, **sexo**, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

sexos. A saber: el 90,56% de las víctimas de agresión sexual son mujeres y el 92,28% de las víctimas de agresión sexual con penetración también son mujeres[73]. *Sensu contrario*: un 9,44% de las víctimas de agresión sexual son varones, y tan sólo el 7,72% se incluyen en la agresión sexual con acceso carnal[74].

Estos datos, de carácter objetivo, sumados a los mensajes subjetivos dirigidos a la mitad de la población[75], el terror incapacitante implementado socialmente a través de los casos más cruentos[76], así

[73] Según datos del Ministerio de Igualdad: Mujeres en Cifras - Violencia - Delitos contra la Libertad Sexual. (2020) [Aún no se han publicado según la tipología penal del año 2021]

[74] N. De la A: La que suscribe quiere realizar el siguiente parangón con los datos arrojados, de modo que el destinatario o destinataria del trabajo se comprometa con la lectura: ¿Podría calcular, hipotéticamente, cuántas personas se hubieran vacunado durante el apogeo de la pandemia de la COVID-19, si a su grupo poblacional hubiera implicado una probabilidad de aparición de trombos en sangre del 90,56%? ¿Y si esa probabilidad se redujera al 7,72%? ¿Se actuaría igual en ambos casos? En síntesis: el miedo o pánico según al grupo que pertenezca, ¿modula el comportamiento de quienes son potencialmente destinatarias a sufrirlo?

[75] Estrades, M. (2021) La violencia simbólica de las agresiones sexuales a mujeres en el cine. TFG. Islas Baleares; en mismo sentido en el ámbito de la publicidad: Martínez, M. (Mayo-agosto, 2021) Violencia simbólica contra la mujer en los anuncios publicitarios: un análisis visual crítico. Íkala, revista de lenguaje y cultura. Colombia (6)349 y ss; entre otros muchos estudios sobre la violencia simbólica.

[76] Barjola. N (2018) Microfísica sexista del poder. El caso Alcásser y la construcción del terror sexual. Barcelona: Ed.

como la indefensión aprendida[77], es de muy difícil comprensión deducir la existencia o ausencia del carácter intimidatorio, si no se ha socializado como mujer. La violencia sexual ha dejado de considerarse como un problema personal, para considerarse como un problema social. Es decir, cuando el TS utiliza el parámetro del *observador neutral* no está sino haciendo uso de la sinécdoque, pues utiliza la parte (la mirada masculina) por el todo (la mirada universal). Obviando que hay una mitad poblacional que observará la intimidación desde sus máximas de la experiencia, desde lo aprendido en su "más tierna infancia"[78]. El miedo a esa agresión conduce a las mujeres a ejercer un riguroso control sobre sus acciones y movimientos en el espacio público[79].

Por lo tanto, al igual que en la rama civil se exige responsabilidad de conformidad con el parámetro (a juicio de la alumna de carácter anacrónico) del buen padre de familia para el cumplimiento de las obligaciones como regla general, es destacable que dentro de la misma parcela jurídica, se contempla otra variable más exigente para otro tipo de situaciones. En efecto: la *lex artis.* Pues bien, no sería desorbitada una propuesta

Virus. N. De la A: la obra en la totalidad es la investigación del mensaje que se lanza a partir del caso de las niñas de Alcasser.

[77] Rodríguez, P. (2020) Víctimas en disputa: Miscelánea para una aproximación a la violencia sexual. Ambigua, Revista de Investigaciones sobre Género y Estudios Culturales I(7) p. 75-95.

[78] Lonzi, C. (2018) Escupamos sobre Hegel y otros escritos. Madrid: Traficantes de sueños. p.21.

[79] De Miguel, A. (2015). Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección. Madrid: Cátedra p. 46.

similar, *mutatis mutandi*, para la apreciación del carácter intimidatorio en los delitos contra la libertad sexual (según terminología jurídica actual), ya que no se puede exigir el requisito del tipo desde una óptica bautizada por el TS como observador neutral, en tanto en cuanto es un tipo de violencia, que desgraciadamente está íntimamente ligada a las mujeres. Es de suma importancia que no se dote de una pseudoneutralidad al observador, pues se está tratando de encajar la objetivación de una situación intimidante sobre un tercero, cuando se podrían tener otros factores en cuenta verdaderamente objetivos para la apreciación de la situación intimidante, *verbigracia*: agarrotamiento de los músculos, paralización de la víctima, sudoración junto a temblores o incluso el propio silencio.

Así las cosas, pronunciamientos de sentencias aclamadas, tales como: "El miedo de la víctima no transforma la acción en intimidatoria cuando la misma por sí no tiene alcance objetivamente"[80], invisibiliza la realidad de la mitad de la población ante esta clase de injustos penales. Argumenta el Alto Tribunal que ese alcance *objetivo* debe partir desde "un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima". ¿No es una circunstancia personal acreditativa de la intimidación la zozobra o una situación de parálisis? Al contrario, insiste la Sala en: "Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima **haga**

[80] SSTS 344/2019, de 4 de julio. (Caso La Manada)

patente su negativa[81] de tal modo que sea percibida por aquél." En efecto, el consentimiento vuelve a ponerse como eje central, retrocediendo una vez más en el estudio sobre el comportamiento de la víctima y no del agresor. Culminando la sentencia con estas palabras: "la intimidación, a los efectos de la integración del tipo de agresión sexual, debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del **consentimiento forzado**". Siendo el consentimiento forzado un oxímoron; pues si es forzado, no es ningún tipo de consentimiento, sino la ausencia de él.

Dentro de las formas a adoptar que pudiera ostentar la intimidación, se catalogaba por parte de la doctrina como conflictivos los supuestos de **intimidación ambiental o contexto intimidatorios difusos**, o también apodados contextos intimidatorios[82]. Según la cual son situaciones en que, no habiéndose pronunciado una explícita amenaza, la víctima tiene razones para creer que puede sufrir un mal grave si no accede a mantener relaciones sexuales. Desde la jurisprudencia, en caso de muestra dubitativa sobre este tipo de intimidación se solucionaban los supuestos aplicando el art. 181.3 del CP, es decir, el delito de abuso sexual por prevalimiento[83]. En la actualidad, se han ido decantando

[81] Ibid. En el mismo sentido SSTS 18 de febrero de 2014: "Lo que resulta trascendente es que quede clara la negativa de la víctima a acceder a las pretensiones del autor".
[82] Corcoy Bidasolo, M. (2015). Manual de Derecho Penal. Parte Especial. (Vol. I). Valencia: Tirant lo Blanch. p. 253
[83] Ibid p.254.

los pronunciamientos judiciales hacia la aplicación de la agresión sexual o la violación[84].

2.2.- Consentimiento

Como broche de oro entre los delitos de agresión sexual y abuso sexual, tenemos un elemento distintivo cuya ausencia redirige la conducta a favor de los segundos, esto es: el consentimiento. Como ya se ha ido adelantando, el consentimiento, a pesar de estar tipificada su ausencia expresamente en el Cap. II del Título VIII de nuestro CP vigente, subyace en todos los tipos penales contra la libertad sexual por cuanto que el uso de la violencia, así como la intimidación o que el sujeto pasivo sea menor de 16 años, indica que no se da un consentimiento válidamente emitido[85].

De conformidad con la doctrina, la ausencia de consentimiento se aplicará cuando el sujeto pasivo "haya expresado su negativa o no se le hada dado la oportunidad de pronunciarse"[86].

---

[84] García Rivas, N. / Tarancón Gómez, P. (2021). "Agresión y abusos sexuales" en Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas. (Vol. I). Valencia: Tirant lo Blanch. p. 1129.

[85] N. De la A. Con la salvedad de la excusa absolutoria bautizada como "cláusula Romeo" en el art. 183 quater, desarrollada en la Circular de la FGE 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal.

[86] García Rivas, N. / Tarancón Gómez, P. (2021). "Agresión y abusos sexuales" en Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas. (Vol. I). Valencia: Tirant lo Blanch. p. 1159.

Por otro lado, la legislación internacional suscrita por España, entre ellas el Convenio de Estambul o la CEDAW, también han tenido oportunidad de expresar esta falta de consentimiento. Así, el Convenio de Estambul en su art. 36.2 reza: "El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerando en el contexto de las condiciones circundantes"[87]. Por otro lado, ONU mujeres indica que los requisitos para entender el consentimiento válidamente emitido es aquel que ha de prestarse con convencimiento, debe ser dado de forma libre y ha de ser informado, específico y reversible[88].

El consentimiento pues, se trata en la rama penal como un elemento jurídico transformador en tanto en cuanto estemos frente a los delitos contra la libertad sexual. Así lo subraya el profesor De Lora, referenciando a Wesley Hohfeld, quien en su obra taxonómica señaló que el consentimiento es un poder equivalente a la promesa o renuncia de un derecho.[89]

---

[87] N. De la A*: El convenio de Estambul es parte de nuestro derecho interno conforme al art. 96.1 de la CE.*

[88]*ONU mujeres (2018)* Cuando se trata de consentimiento, no hay límites difusos.
https://tinyurl.com/consentimientoONUmujeres

[89] De Lora, P. (2019). *Lo sexual es político (y jurídico).* Madrid: Alianza Editorial. p.277. *N. de la A*: dicha conceptualización sobre el consentimiento como promesa o renuncia de un derecho, en el ámbito de la violencia sexual, nuevamente nos redirige a equiparar el comportamiento de la víctima como el nacimiento de una obligación futura, sin deseo, o incluso legitimar la *filosofía de la extinción del yo*, como plasma Rosa Cobo en su obra (p.67) "es esa persona fura de sí que ha

Se recuerda que apelar al consentimiento, es nuevamente proyectar el estudio sobre la víctima y no sobre el agresor para entender que se ha dado la acción antijurídica. Ahora bien, la doctrina ha discutido si la agresión y el abuso sexual podrían ser delitos pluriofensivos[90], con las consecuencias que ello conllevaría. De aquí podríamos sacar dos anomalías legislativas:

1.-La primera, en caso de entender que **no** son delitos con reconocimiento **pluriofensivo** y la pretensión buscada fuera la verdadera protección de la víctima, se podría tratar de sortear el consentimiento, evitando así la estigmatización del sujeto pasivo, a través de la búsqueda inmiscuida en la calificación jurídica del art. 155 del CP. Debido a que si, hipotéticamente ha habido alguna lesión acreditada, este precepto penal indica que, aun mediando un consentimiento válido, libre, espontáneo y expresamente emitido, se le impondrá la pena inferior en uno o dos grados al autor de las lesiones. Es decir, el consentimiento se recoge únicamente para la ponderación de la pena, pero en ningún caso para destipificar la conducta. ¿Qué mensaje está mandando este precepto? La relación del consentimiento con el bien jurídico de la integridad física, incluyendo el delito leve

abdicado de su voluntad para ser totalmente rehecha, para ser adecuada al servicio de una voluntad mucho más poderosa y autoritaria que la suya propia".

[90] Caruso, V. (2018) "Reflexiones en torno a la aplicación de la continuidad delictiva en el caso de la manada" en La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 220.

del maltrato de obra, hacen caso omiso de la voluntad de la víctima. Salvo que pueda ser sexualmente excitante para quien comete el atentado contra la integridad física, que en ese caso, el consentimiento de la misma transformaría la acción en lícita.

Sin embargo, no hay un discurso social escandalizado por una supuesta infantilización de la víctima desgajado del proteccionismo brindado por el CP, pues el consentimiento del delito de lesiones sólo es relevante para la cuantificación de la pena. O bien, tampoco se discute un hipotético enaltecimiento de la libertad sobre la persona como individuo posesivo[91].

A mayor abundamiento, entender que, particularmente la agresión sexual no es un delito pluriofensivo, indica la posibilidad de aplicación de los art. 74.1 y 74.3 del CP: la continuidad delictiva. Es sorprendente que el legislador entienda la no aplicación de la continuidad en los delitos que sean eminentemente personales, salvo para delitos contra el honor y contra la libertad e indemnidad sexual[92]. Dando lugar a las consecuencias

[91] Pateman, C. (2019) Contrato sexual. Madrid: Ménades editorial. p.121 [Concepto de individuo posesivo: individuo posee su cuerpo y sus capacidades como piezas de su propiedad, de la misma manera que posee propiedades materiales.]

[92] N. De la A: En lo concerniente a la jurisprudencia, la aplicación de la continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual es oscilante dando lugar a la sinrazón de condenar con una mayor pena (por acumulación matemática) a quien haya realizado el hecho delictivo en dos o tres ocasiones esporádicas contra el mismo sujeto pasivo que, por el contrario, el uso de la continuidad delictiva en supuestos

controvertidas con el principio de proporcionalidad, como pudiera ser la aplicación de la acumulación matemática para dos o tres delitos de amenazas (art. 169 CP), y, sin embargo, dos o tres conductas subsumidas en la calificación de agresiones sexuales bajo el paraguas de idéntica ocasión y mismo sujeto pasivo, (incluyéndose la posibilidad de ser este menor de edad) abre la posibilidad de una aplicación penológica basada en la continuidad.

2.- La segunda, en el supuesto antagónico, donde se desprende que los delitos contra la libertad sexual son de carácter **pluriofensivo** tal y como apoya la catedrática Acale Sánchez: "Hoy la fuerza dinamizadora del bien jurídico sigue haciendo avanzar la intervención penal en este ámbito, que evoluciona de nuevo hacia un horizonte en el que siendo lo sexual una característica determinante del mismo no es, sin embargo, atributo sólo de la libertad" y continúa concluyendo que "la libertad sexual como bien jurídico puede resultar *pequeño*, pues más allá de ella y vistos los daños que estas conductas causan a la víctima, debe añadirse un referente jurídico más"[93]. Así las cosas, quienes apoyan esta tesis entienden que hay otros bienes jurídicos como la vida o la integridad física adheridos a la de la libertad

que se han alargado durante años. Tratamiento de la continuidad delictiva en el delito de violación: STS 553/2007, de 18 de junio.

[93] Acale, M. (2022) "Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa" en Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma. Pamplona: Aranzadi. p.55.

sexual[94]. De Vicente, en el mismo sentido, indica para el tipo penal de la violación que: "el autor ejecuta el acto íntimo en contra de la voluntad de la víctima (…) vulnerando con ello el inalienable derecho de autodeterminación de toda persona en este ámbito, lo que afecta no solo a su integridad física y moral sino también a su dignidad"[95]

Si partimos de la premisa de que los delitos de agresión y abuso sexual son delitos pluriofensivos, entraríamos en la esfera de bienes jurídicos amparados constitucionalmente como lo sería la integridad física o moral, la libertad deambulatoria o incluso la salud. Especial mención tendría la subsunción de estas conductas bajo el atentado a la integridad física o moral *inclusive*, cuyo derecho parte del art. 15 de nuestra Norma Constitucional. El derecho a la integridad física o moral es el segundo de los derechos amparados, después del derecho a la vida. Adquiere así gran relevancia tanto por el significado como por su localización en la Constitución. En cuanto al significado, es el TEDH quien señaló que los términos de "tortura"[96]

---

[94] *Caruso, V. (2018). "Reflexiones en torno a la aplicación de la continuidad delictiva en el caso de la manada" en* La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España. *Valencia: Tirant lo Blanch. p. 221.* N. de la A: *Caruso Fontán no apoya la tesis del delito pluriofensivo, esta autora entiende que libertad y libertad sexual no son dos bienes sustancialmente diferentes*.

[95] De Vicente (2021) *Vademécum de Derecho Penal*. Madrid: Tirant Lo Blanch. p. 393.

[96] N. De la A*: En lo referente a las torturas, nuestro CP dista del significado atribuido por el TEDH por cuanto que para el primero es un delito especial, pues sólo lo pueden cometer*

o "tratos inhumanos o degradantes" son mediciones dentro de la misma escala. Estas actuaciones se explicitan como "infligir un sufrimiento físico o psíquico, tendente a humillar a la víctima ante los demás o ante sí misma" para el caso de tratos degradantes, así como "doblegar la voluntad forzándola a actuar en contra de su conciencia", para el significado de tratos inhumanos"[97]. Tal y como indica López Moreno de Cala: "Se trata de un derecho absoluto que no admite excepciones, por cuanto deriva directamente de la dignidad humana"[98]. Si bien, se podría decir que se puede debatir este carácter absoluto. Si entendemos los *delitos contra la libertad sexual* como atentatorios de integridad física y moral, el carácter absoluto se desvanece por completo si se parte del consentimiento como elemento negativo del abuso sexual. Es decir, todo ataque a la integridad física o moral, si es sexualmente excitante para el agresor, cabe que el consentimiento de la víctima transforme dicho atentado en una conducta inocua, no castigándose el atentado contra su integridad física o moral.

---

funcionarios públicos (art. 174 CP) y para el TEDH es la forma agravada de los tratos inhumanos, sin especificar sujeto activo. (STEDH de 1 de junio, Asunto Gäfgen contra Alemania) Ahora, es interesante indicar que se incardina el delito de tortura dentro de los delitos contra la integridad moral (Título VII) y los delitos de agresión, violación y abuso en el Título VIII.

[97] López, D. (2018) Lecciones de Derecho Constitucional de España y de la UE. Vol II. Los derechos fundamentales. Madrid: Tirant Lo Blanch. p. 152.

[98] Ibíd. p. 152.

En resumen, que sea eje vertebrador el consentimiento de la víctima en los delitos objeto de estudio, fundamenta que, *ab initio*, la carga de ser cuestionada y que con un cambio de criterio, bien sea por presión externa o por falta de convencimiento, no se persiga lo que está recogido en nuestro CP, a saber: posibles atentados contra la integridad física o moral de la víctima, en los que debiera neutralizarse su criterio y focalizando el enjuiciamiento en la acción llevada a cabo por el *reo.*

En otro orden, el propio CP recoge la conceptualización de lo que ha de entenderse por conductas no consentidas en el art. 181.2 CP[99]. Este precepto indica que no serán consentidas las actuaciones que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido, que tengan un trastorno mental o los que se comentan anulando la voluntad de la víctima con sustancias farmacológicas.

Sin embargo, cuando comparamos la misma situación fáctica (centrándonos en que la víctima haya sido narcotizada por el denunciado para perpetuar el hecho delictivo) no se apela al fundamento de que exista una menor intensidad del atentado al bien jurídico[100]. Al

[99] N. De la A: Para García Rivas es una modalidad del abuso sexual que se desarrollará en el apartado "Abuso sexual".

[100] Acale, M. (2022) "Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa" en Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma. Pamplona: Aranzadi. p. 57. En el mismo sentido Caruso, V. (2018). "Reflexiones en torno a la aplicación de la continuidad delictiva en el caso de la manada" en La manada. Un antes y un despues en la regulación de los delitos sexuales en España. Valencia: Tirant lo Blanch p.222.

contrario, si lo confrontamos con otros delitos contra las personas, la perpetuación del delito habiendo causado la indefensión de la víctima a través de fármacos, es decir, aprovechando su indefensión, (ejemplo: matar con veneno) correspondería la aplicación de la alevosía[101], concretándose en la tipología de la alevosía por desvalimiento, donde se aprovecha la situación de desamparo o indefensión de la víctima, habiendo sido desarrollada esta tanto por doctrina como por jurisprudencia[102]. Es decir, y precisando más el ejemplo: un homicidio (art. 138 CP) se transformaría en asesinato (art. 139.1.1º CP).

Si por otro lado lo comparamos con delitos contra el patrimonio, aquí no cabría hablar de alevosía por cuanto que no se da elemento normativo de la misma. ¿Qué ocurre con una víctima narcotizada por el autor, entonces? Pues aún más sorprendente es este caso, pues esta conducta se subsumiría en el elemento del tipo de la violencia cuando para este caso no ha habido ningún tipo de *vis física*, pues no se ha empleado energía

[101] Art. 22.1º CP. Requisitos para su aplicación: Elemento normativo, solo se proyecta contra las personas. Elemento objetivo, modus operandi del autor que sea objetivamente adecuado para eliminar cualquier atisbo defensivo. Elemento subjetivo: dolo proyectado sobre la utilización del medio junto con la tendencia de impedir la defensa del ofendido. Elemento teleológico o cronológico: comprobación de la situación real de indefensión. Vid. la STS 1866/2002, de 7 de noviembre.

[102] N. de la A: Modalidades de la alevosía son: 1.-Alevosía proditoria, aleve o traicionera, 2.-Alevosía sorpresiva súbita o inopinada, 3.- Alevosía por prevalimiento, 4.- Alevosía sobrevenida (cambio cualitativo en la situación).

directa sobre el cuerpo de la víctima para cometer un delito de robo. El fundamento de esta subsunción es que la "violencia impropia" es considerada como violentar a la persona para llevar a cabo el robo. Dentro de esta categoría se encuentra el uso de hipnóticos, añadir estupefacientes a una bebida o echar un somnífero.

Por lo tanto, esta conceptualización sobre la ausencia de consentimiento en los delitos contra la libertad sexual solo nos lleva a la no posibilidad de aplicación de la agravante genérica de la alevosía, aun siendo un delito contra las personas, y de otro lado, tampoco una subsunción en el elemento de la violencia, debido a la categorización de ser esta una presunción *iuris et de iure* relacionada con el abuso sexual, que sin embargo, y siendo de menor importancia los delitos contra el patrimonio que los delitos cometidos contra las personas[103], sí se entiende para la diferenciación entre el delito de hurto y el delito de robo con violencia[104]. Y todo ello, bajo el halo *de la ausencia del consentimiento de la víctima,* presumiendo *iuris et de iure* su omisión*,* desviando y suprimiendo la atención a enjuiciar la acción llevada a cabo por el reo*.* Lo que aparentemente reviste carácter protector para la víctima, dicha presunción *ex*

[103] N. de la A: de ahí que los delitos contra el patrimonio se encuentren en el Título XIII, pues en el Estado de Derecho los primeros bienes jurídicos penales han de ser los individuales, después los colectivos, siguiendo con los institucionales y los de control. Si esta misma categoría se estudiara a la inversa, estaríamos ante un sistema totalitario, como por ejemplo se desarrollaba el CP de 1870.

[104] N. de la A: También se entiende subsumida dicha conducta en el elemento del tipo violencia para el art. 172 CP, es decir; para el delito de coacciones.

lege, solo beneficia al sujeto activo por cuanto que se le premia con la acusación de un delito de abuso sexual y no de agresión, en este tipo de situaciones, pasando de la inevitable privación de libertad contemplada para el ilícito penal de la agresión sexual a la posibilidad de la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses.

En consonancia con la doctrina encabezada por Caruso Fontán[105]: "Podría llegar a sostenerse que este ataque reúne mayor gravedad que los que se verifican con violencia o intimidación, en cuanto impide a la víctima cualquier posibilidad de formar una decisión sobre la materia" y se añade "agravando la antijuridicidad del hecho cometido, pues para salir ileso es capaz de dañar la salud de la víctima o aprovecharse de dicha situación."

Según la catedrática Acale Sánchez, la cual alude a un contexto histórico predemocrático:

"En este contexto, en paralelo, los tribunales hurgaban con frecuencia con la precisión de un cirujano en la "honestidad" de la víctima, cuya intimidad quedaba al descubierto con la finalidad de determinar la pena del autor. Por este motivo, durante el proceso, **la atención se desviaba de los hechos principales** (la prueba del delito del que había sido víctima la mujer), **a la propia víctima**, **pasando ya desapercibido el delito del que había sido víctima**, que quedaba oculto entre las

[105] Caruso, V. (2018) "Reflexiones en torno a la aplicación de la continuidad delictiva en el caso de la manada" en La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España. Valencia: Tirant lo Blanch.

referencias a la virginidad de la mujer en el momento de la comisión del delito, la provocación o no con su comportamiento descarado de la reacción sexual violenta del hombre, la concreta parte de ser cuerpo objeto de tocamientos, la cantidad de resistencia ofrecida por ella para defender su honestidad, etc."

La misma Catedrática de Derecho Penal añade:

"De esta forma las mujeres han pasado de ser sujeto pasivo de delito, a convertirse en sujeto e investigación, al amparo de un código patriarcal y victimario que se ha mostrado siempre protector con el autor y desconfiado con la víctima"

¿No se estará reproduciendo una vez más, como un *sistema fractal histórico*, la proyección del estudio sobre el comportamiento de la víctima si el consentimiento se sigue traduciendo en eje central de estos tipos delictuales y a su vez, (con idénticas palabras de la citada autora) estamos desviando la atención de los hechos principales?

Tal y como desglosa Muñoz Conde:

"Hay que ser consciente de que una relevancia plena del consentimiento *en estos ámbitos* puede debilitar la protección de bienes jurídicos tan fundamentales como la vida o la integridad física (…)"[106].

[106] Muñoz Conde, F. (2019) Derecho Penal. Parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 118. N de la A: Alude al consentimiento pleno en relación con los delitos contra la vida

Como parangón con los delitos de hurto (art. 234 CP) y robo (art. 237 CP), se inscribe como elemento del tipo que esa sustracción se cometa sin la voluntad de su dueño. Si bien, en la práctica judicial no se indaga de forma extenuante sobre si la voluntad del dueño o dueña de las cosas muebles ajenas fue emitir una negativa rotunda a que le sustrajeran sus bienes. ¿Se imaginan que se debatiera si quería decir *sí*, pero emitió un *no* acompañado de una actuación que podría ser consentir la acción del robo? ¿O que en vez de un interrogatorio a la víctima donde se le pregunte "si cerró las piernas"[107] se le pregunte "pero usted tiene una puerta blindada para que no entren en casa"? Porque en ese caso pudiera ser indicativo de que sí disfrutó del robo. ¿O debatir un posible consentimiento tácito? ¿O cuál sería el alcance de un consentimiento presunto? Hasta tal punto es importante el patrimonio para el Derecho, (más que los delitos contra las personas, como es el delito de la violación, la agresión y el abuso sexual) que el Código Civil (CC en adelante) invalida cualquier tipo de contrato donde un individuo se despoje de todos sus bienes. El art. 634 CC reza: "La donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, o parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado

---

y contra la integridad física, pero se puede apreciar como la relevancia plena de consentimiento en la rama *penal, y sobre todo para delitos contra las personas es infructuosa.*

[107] Rioja, I. (2016) ¿Cerró usted bien las piernas para evitar una violación? Bilbao: El Mundo. https://www.elmundo.es/pais-vasco/2016/03/05/56daaed7268e3e754f8b45cb.html

correspondiente a sus circunstancias." ¿Acaso el Derecho no estaría nuevamente infantilizando o paternalizando a la ciudadanía para decir a qué destinar sus bienes privados?

Si a la práctica, sumamos una doctrina (en este caso formulada en 2015, no hay que retrotraerse a CP decimonónicos) que descansa sobre tesis como la de continuación: "Son de difícil solución los casos de contactos sexuales inicialmente aceptados y *supuestos de provocación* por la excepcional aplicación que se produce de errores sobre el consentimiento"[108]. (La cursiva es propia) Nos estaremos adentrando a que el paradigma sobre el que descansa nuestro Título VIII, tal y como iniciaba este trabajo, no es una mera construcción acertada, o no, del legislador; sino que es un entramado mucho más amplio de todos los agentes jurídicos y sociales, donde quedan latentes consideraciones tales como que una violación puede ser provocada. Sorprendentemente, un robo o un hurto no.

Como bien señaló la académica Pateman, ya en 1988: "En las relaciones sexuales aún existe la creencia ampliamente sostenida de que la mujer dice no cuando quiere decir sí"[109]. Y desgraciadamente, hasta en 2015, ha quedado acreditado *ut supra* que continúa dicha

[108] Corcoy Bidasolo, M. (2015). Manual de Derecho Penal. Parte Especial. (Vol. I). Valencia: Tirant lo Blanch. p. 246 N. de la A: En la segunda edición de este manual, que data en 2019, este apartado fue suprimido y además escrito por persona distinta.
[109] Pateman, C. (2019) Contrato sexual. Madrid: Ménades editorial. p. 209 y 210.

creencia. En tanto en cuanto no se destierren ciertos mitos relacionados con la violencia sexual y las mujeres, y comience a verse la violencia sexual como violencia y no como sexo, el consentimiento redimirá la proyección trascendental contra las mujeres, concatenada a la tolerancia sobre la supresión de la autonomía e integridad física, moral y sexual.

Pateman continúa: "Hay falta de capacidad para comprender qué significa una relación consensuada. Con demasiada frecuencia, la sumisión forzada o involuntaria es considerada como consentida".

2.2.1.- ¿Por qué consentimiento?

Consentir no es sinónimo de consensuar. Así se desprende del siguiente enunciado informativo: "Este consentimiento se entiende siempre dentro de un rol de pasividad, la mujer puede o no consentir las relaciones, pero pocas veces se tiene en cuenta hasta qué punto ha sido parte de la negociación."[110] Al humilde juicio de quien suscribe, parece indicar la autora que el consentimiento en el ámbito sexual, es tratado de forma que nos encontramos ante un contrato de adhesión. Eso sí, sin posibilidad de declaración *ex post* sobre la nulidad de las cláusulas contractuales. Basta su perfección para que no se permita el cuestionamiento material del contrato.[111]

[110] Velte, S. (2019) Yo sí te creo. La cultura de la violación en el caso de los San Fermines. Tafalla: Txalaparta. p. 102 y 103.

[111] N. de la A: ¿Se imagina cuánto trabajo se hubiera evitado el poder judicial si el control de las cláusulas de préstamos

Partiendo de este horizonte[112], Pateman indica que "hay falta de capacidad para comprender qué significa una relación consensuada, con demasiada frecuencia, la sumisión forzada o involuntaria es considerada consentida"[113].

A su vez Alario advierte: "A menos que la denegación del consentimiento o la retirada del consentimiento sean posibilidades reales, no podemos seguir hablando de consentimiento en ningún otro sentido"[114]. ¿En la actualidad existen dichas posibilidades reales para hablar de consentimiento genuino? A esta cuestión responde la politóloga Jeffreys[115]:

---

hipotecarios se fallaran únicamente con un consentimiento del consumidor? (Si consintió, ¿por qué reclama?) ¿Este control de abusividad en las cláusulas es proteccionista o blinda al consumidor? ¿Infantiliza a consumidores y usuarios? ¿Cómo se podría denominar a un contrato en el que hay ausencia de control material de las condiciones suscritas una vez que se acepta la oferta y la demanda?

[112] Pateman, C. (2019) Contrato sexual. Madrid: Ménades editorial. p. 125. N. de la A: Indica Pateman que la parte que se encuentre en inferioridad respecto de la otra, como sería el trabajador o la mujer, la única posibilidad que tendrían sería convenir según términos ofrecidos por la parte mejor posicionada aunque sean desventajosos. Esta autora hace un análisis en el contrato de matrimonio fruto de la Ilustración, que suponía la muerte del estado civil de las mujeres.

[113] Pateman, C. (2019) Contrato sexual. Madrid: Ménades editorial. p. 150.

[114] Alario, M. (2021) Política sexual de la pornografía. Madrid: Cátedra p.195

[115] Jeffreys, S. (1993) La herejía lesbiana. Madrid: Cátedra. p. 84 y 85.

Las palabras claves son consentimiento y libre elección. Un modelo de sexualidad basado en la idea de consentimiento parte de la supremacía masculina. Según este modelo, una persona -habitualmente un varón- utiliza de útil sexual el cuerpo de otra, que no siempre está interesada sexualmente e incluso se puede mostrar reacia o angustiada. Es un modelo basado en la dominación y la sumisión, la actividad y la pasividad. No es mutuo. No descansa sobre la participación sexual de ambas partes. No implica igualdad sino su ausencia."

"En el contexto de esta aproximación liberal al sexo, se considera vulgar hacer preguntas políticas, por ejemplo, sobre la construcción del consentimiento y la libre elección. El consentimiento de las mujeres, que puede obligarlas a sufrir un coito indeseado o a aceptar su función como ayuda masturbatoria, está construido a través de las presiones que las mujeres encuentran sometidas a lo largo de su vida. Estas presiones incluyen la dependencia económica, el abuso sexual, los malos tratos, así como el aluvión de la propaganda acerca de la función de las mujeres. Todo esto puede causar una profunda falta de autodeterminación."

Es decir, para hablar de consentimiento, éste ha de estar en consonancia con la situación social actual para que pueda ser determinante, más si cabe, habiéndose recogido en un texto normativo de tal relevancia como es el Código Penal. De ahí que la última pincelada sobre en qué momento nos encontramos según la autora

Varela[116], que referenciando la cultura de la violación, indica que esta: "vincula la violación y la violencia sexual a la cultura de una sociedad en la que lo habitual es normalizar, excusar, tolerar e incluso perdonar la violación, y al tiempo, culpabilizar a la víctima" y continúa explicando que "a pesar de ser un término relativamente reciente, la cultura de la violación está tan arraigada en la sociedad que es casi imperceptible. A fuerza de ser tan normal, se ha hecho invisible". La cultura de la violación proyectada sobre el Derecho Penal sería seguir encajando el ánimo lúbrico o ánimo libidinoso en los delitos contra la libertad sexual, independientemente de la discursión doctrinal que conlleva y su creación jurisprudencial, pues no es ese el interés de dicho apartado. Sino habría que indagar en el significado del mismo, no su operatividad. Entender la violación o la violencia sexual como deseo y no como un ánimo por dominar o someter a la víctima, nos desvía de la naturaleza intrínseca a estos ilícitos penales.

La Catedrática de Derecho Penal Acale Sánchez alega que habría de darse una transformación al bien jurídico protegido adicionando una reconfiguración del elemento subjetivo del delito más allá de la satisfacción sexual para transformarlo en un ánimo de dominio y discriminación[117]. Esta propuesta engarza con nombrar e identificar que la violación no es sexo, sino

[116] Varela, N. (2017) Cansadas. Madrid: Ediciones B. p.151.
[117] Acale, M. (2022) "Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa" en Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma. Pamplona: Aranzadi. p. 57.

sometimiento, y en consecuencia colmar dicho significado para que este pudiera entenderse que existe.

La dominación parte de la cosificación, la cual es entendida por la profesora de Derecho Civil, Carretero García, como la representación o el tratamiento como un objeto a personas estando estas a disposición de otros. Se materializa dicho acontecimiento cuando se niega su autonomía, se le transforma en instrumento, sustrayendo la posibilidad de ser un fin en sí misma, además de entender a la persona como un bien fungible, es decir, perfectamente intercambiable y llevando consigo una negación de la subjetividad, de modo que no se necesita preocuparse por qué siente o qué piensa.[118] Atender a un campo multidisciplinar puede ayudar hacia qué dirección se quiere dirigir el mensaje y la respuesta social y jurídica ante estos injustos penales.

En el campo de la filosofía, la doctora Alario indica que cosificar es: "el proceso por el cual se despoja de lo que les hace ser humanos (su dignidad intrínseca, sus derechos, su ser fines en sí mismos y no medios para fines ajenos…) y se las reduce a la categoría de objetos. La cosificación es, en sí misma, un tipo de violencia estructural que, además, legitima que se ejerzan otros tipos de violencia contra las mujeres".[119] La cosificación por tanto es lo que ha de presentarse para entender la

[118] Carretero, A. (2020) "Sujetos, no objetos" en A. Carretero / P. Collado (presidencia) Conferencia Por una sociedad libre de violencia sexual en UCLM. Congreso llevado a cabo vía Teams, UCLM, España.

[119] Alario, M. (2021) Política sexual de la pornografía. Madrid: Cátedra. p.33.

dominación y no el ánimo de que la conducta violenta pueda ser sexualmente excitante para del agresor.

2.2.2.- Teoría contractualista ilustrada: emergencia del consentimiento

Destacando al Catedrático Rodríguez Morata: "El derecho lo parcelamos para transmitir el conocimiento, pero los conceptos son los mismos"[120], de esta afirmación se desplazará al lector o lectora a un escenario retrospectivo sobre el origen del consentimiento.

Brevemente: "El concepto de consentimiento se acuña a finales del siglo XVII[121], en el marco intelectual y político que desembocaría en la Ilustración. En el siglo XVIII, y por primera vez en la historia se inaugura un nuevo tipo de relación social, aquella que está basada en el contrato libremente consentido." Así lo indica la profesora Cobo[122] y continúa: "Todos los filósofos contractualistas consideran que la legitimidad de los sistemas políticos y de algunas de sus relaciones sociales[123] reside en el

---

[120] Rodríguez Morata, F. A. (2019) *Asignatura Derecho Civil II*. [Material del aula] Aula 13, UCLM: Albacete, España.

[121] *N. de la A*: En el mismo siglo también aparecieron los conceptos individuo aparejado con el término riesgo. Hernando, A. (2020) *La fantasía de la individualidad. Sobre la construcción sociohistórica del sujeto moderno.* Madrid: Traficantes de sueños. p. 104.

[122] Cobo, R. (2017) *La prostitución en el corazón del capitalismo.* Madrid: Catarata. p. 167.

[123] Pateman, C. (2019) *Contrato sexual*. Madrid: Ménades editorial. pág. 126. La autora indica que: "la concepción

contrato y su legitimidad se funda en el libre consentimiento de los contratantes".[124] Lo que a día de hoy legitimaría la ausencia de consentimiento como elemento del tipo del abuso sexual sería la propuesta del filósofo Locke de su tesis sobre el sujeto posesivo[125], un ideal de libertad desvinculado de la igualdad bien sea económica o sexual[126]. De otro lado, Kant y Rousseau distan del germen apostillado por el británico, pues reflejaron la imposibilidad de ser persona y cosa a la vez. Rousseau discierne sobre ese sujeto, quien acuerda *libremente* ser esclavo, no solo pierde su libertad, sino su dignidad como ser humano.

Como referencia Cobo a Vigil y Vicente: "Una utilización consentida por las mujeres deja de ser una práctica agresiva y se convierte de inmediato en una

---

contractualista (…) la vida social no es nada más que contratos entre individuos"

[124] N. de la A: Para los varones el contrato era sinónimo de libertad pero para las mujeres de sujeción. Ampliación sobre el único consentimiento válidamente emitido durante la época ilustrada reconocido a las mujeres para el matrimonio y la prostitución vid. Pateman, C. (2019) Contrato sexual. Madrid: Ménades editorial. p.27 y p. 291 y ss.

[125] Vid. Referencia n. 91 de este mismo trabajo ut supra.

[126] N. de la A: En nuestro OJ esta concepción sobre la libertad se entiende superada y materializada, en lo referente al contrato de trabajo; en el art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores. A saber: el principio de indisponibilidad de los Derechos, fundamentado en que su renuncia no puede considerarse como un acto libre. Mercader, J.R. (2019) Lecciones de derecho del trabajo. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 133.

práctica sexual enjuiciable"[127] por lo que seguir subjetivizando el concepto del abuso sexual, a ojos del CP, o desde la perspectiva sociológica, lo que es una violación, dependiendo del consentimiento de la víctima implica legitimar socialmente una realidad, además de entreverse que en este tipo de acuerdo no existen límites.

3.- El tipo del abuso sexual

En el art. 181.1 del CP del 95 se recoge el tipo básico del abuso sexual, el cual reza: "*El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses*."

En los abusos sexuales, a diferencia de las agresiones se desprende que el bien jurídico protegido sería la libertad o la indemnidad, según el caso. Que no habría violencia, ni intimidación (conforme lo expuesto para las agresiones sexuales) y no mediaría consentimiento, ya analizado en el apartado anterior. Cabe destacar como distintivo, que en este injusto, a diferencia de la agresión sexual y la violación, se da la posibilidad de una condena alternativa de pena de multa.

Este **art. 181.1 del CP** incardina el **tipo penal residual** o de recogida, pues según la doctrina de García

[127] Cobo, R. (2017) La prostitución en el corazón del capitalismo. Madrid: Catarata. p. 178.

Rivas, se encuentran cuatro modalidades para el abuso, a saber: **primera**, la ya reseñada (tipo básico del abuso sexual **sin que medie consentimiento**), en **segundo** lugar la que se encuentra en el apartado dos del art. 181, **abuso sexuales con personas privadas de razón o sentido**, dejando el legislador como presunción *iuris et de iure* en el texto legislativo lo que se ha de entender por no prestar consentimiento, en el apartado **tres** se encuentra el **abuso sexual con prevalimiento** y la **cuarta** modalidad cuando la actuación, recogida en el art. 182 será el **delito de abuso sexual fraudulento** o mediante engaño.[128] Compartiendo las cuatro modalidades el acceso carnal como tipo cualificado, de conformidad con lo expuesto por el Catedrático.

Datos a destacar según la modalidad. En el primero de los cuatro casos, donde hay ausencia del consentimiento del sujeto pasivo, este ha de entenderse como la negativa o la no oportunidad de pronunciarse[129]. Ahora bien, para Díez Ripollés el consentimiento presunto entiende que ha de ponerse en valor para el ámbito de la pareja[130], de modo que continúa indicando este Catedrático: "Pensemos en acciones sorpresivas o para las que no consta el consentimiento que sean de escasa entidad y ocasionales, como besos o tocamientos

---

[128] García Rivas, N. / Tarancón Gómez, P. (2021). "Agresión y abusos sexuales" en *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial.* Delitos contra las personas. (Vol. I). Valencia: Tirant lo Blanch. p. 1157.

[129] Ibid. p. 1159.

[130] Díez Ripollés, J. L. (2017) "Alegato contra un Derecho penal sexual identitario", en *Revista de Ciencia penal y criminología*, 19 (9) p. 20.

fugaces. Incluso alguna acción sexual de cierta entidad ya realizada en otras ocasiones *sobre la pareja privada temporalmente de sentido sin que entonces haya manifestado su oposición al conocerla.*" Bajo la óptica de quien suscribe, da igual la oposición o no de la víctima *ex post* de cometer el hecho. El hecho cometido es lo que ha de valorarse, y se añade que es indiferente que la víctima sea pareja o no. ¿Cómo es posible que desde la doctrina se lleguen a este tipo de supuestos, amparándose en tener una relación sentimental con el sujeto pasivo para llevar a cabo dichas conductas? Parece que hay gran resistencia por teorizar dichas conductas cuando ya han sido aprehendidas como sexualmente excitantes y se reitera por enésima vez, al consentimiento de la víctima para validar la conducta llevada a cabo. En este caso presentado, bajo el paraguas del consentimiento presunto, que no es sino volver a autoconvencerse de lo que se hace puede ser legítimo, aunque ya esté incluso tipificado; porque al sujeto pasivo se le concede la *prerrogativa* de validarlo *ex post*. La violación, fuera de la concepción eminentemente penalista, va de la mano de la dominación y de la cosificación, y por ende de la instrumentalización del sujeto para el propio placer sin tener en cuenta los deseos del otro sujeto inconsciente. Incidir en la creencia de presunción los deseos de una persona privada de sentido, que además se indica dentro del ámbito de la pareja, es un *pseudopoder* de validación de un hecho que ni tan siquiera ha podido disfrutar, ni vivir. ¿Debe permitirse la validación de la instrumentalización contra uno o una misma? Yendo más allá, y en consonancia con lo desarrollado a través de todo el hilo del presente trabajo, cambiemos el foco y dejemos a un lado a la víctima para que sea sujeto de

estudio el actuante: acudir al consentimiento presunto, como es el caso que nos indica Díez Ripollés[131], en una situación donde la pareja estaba privada de sentido, sólo nos aleja de una relación sexual genuina. No parte de la férrea base de que una actuación sexual se adopta desde posición coactiva de ambas partes, pues sin tener en cuenta el deseo, el bienestar de la otra persona no es sinónimo de sexo. En conclusión, llamémosle abuso, llamémosle agresión o violación, pero presumir un consentimiento para el autoconvencimiento de que la conducta es legítima, siendo el único objetivo la instrumentalización de otro ser humano, es indicativo de haber llevado a cabo el delito. Se vislumbra así que el consentimiento presunto será la nueva arma arrojadiza del momento crucial que se está atravesando.

Dentro del art. 181.2 del CP, se indica la presunción *iuris et de iure* sobre la no existencia de consentimiento: cuando la víctima se halle privada de sentido. Obviando lo ya señalado en relación con las personas privadas de sentido, en este párrafo vamos a atender a dos situaciones de interés, a saber: la vulnerabilidad química y el uso de sustancias que anulen la voluntad de la víctima. Aunque también se dirige en el citado precepto a las personas de cuyo trastorno mental se abusare (sic). La primera se diferencia de la segunda en que la vulnerabilidad química ha podido surgir incluso de la ingesta voluntaria por parte del sujeto pasivo, y el uso de sustancias que sea el medio llevado a cabo por el

[131] N. de la A: La tesis doctoral del Catedrátido Díez Ripollés en 1981 se intitula "El tratamiento jurídico-penal de las conductas sexuales **provocadoras**".

sujeto activo para cometer el atentado contra la libertad sexual de la víctima. En el primero de los casos se ha indicado que podría entenderse como una "autopuesta en peligro" por parte de la víctima. Como bien expresan Tarancón y García Rivas, hay una parte de la doctrina que considera que el comportamiento se entendería como si de la *actio libera in causa* se tratara, en caso de que la víctima haya accedido voluntariamente y con conocimiento del riesgo. Ahora bien, esta *actio libera in caus*a se está proyectando sobre la víctima (nuevamente) y no sobre el agresor, volviendo de nuevo a enjuiciar el comportamiento del sujeto pasivo y no del *reo*. La profesora y el profesor citados, entienden que este planteamiento da lugar a valoraciones subjetivas que no tienen cabida en el enjuiciamiento de estos supuestos, pues es un comportamiento "no ideal"[132] de la víctima auténtica. La "autopuesta en peligro" por parte de una víctima de abusos sexuales, asume el riesgo que le puede ocasionar el fármaco, la droga o la sustancia que desee tomar, pero no se está exponiendo al abuso sexual por parte de un tercero, como ha querido señalar la jurisprudencia en ocasiones.[133]

De otro lado, y sin salir del art. 181.2 del CP, es destacable que uno de los comportamientos descritos del abuso se lleve a cabo a través de la administración de la sustancia que anule su voluntad de forma subrepticia. Cabe destacar que el legislador ha decidido, lejos de

[132] García Rivas, N. / Tarancón Gómez, P. (2021). "Agresión y abusos sexuales" en Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas. (Vol. I). Valencia: Tirant lo Blanch. p. 1163.
[133] SAN 15/2015, 2 de junio.

poder entender esta conducta como un concurso medial de un delito contra la salud pública[134], lo ha equiparado a la no emisión de un consentimiento en idénticas condiciones con quien sí ha decidido tomar la sustancia o aprovecharse de la situación de trastorno mental, teniendo mayor reprochabilidad la segunda actuación delictiva.

Para finalizar, las dos modalidades que han de reseñarse sería de un lado: el abuso sexual con prevalimiento, en el cual hay una fina línea con el elemento de la intimidación para las agresiones sexuales (de hecho hay posturas doctrinales que apuestan porque esta modalidad se desdibuje)[135] y de otro lado, se manifestaría el delito de abuso sexual fraudulento o mediante engaño (art. 182 CP), también muy criticado doctrinalmente[136], por cuanto que hay cierta unanimidad

---

[134] *N. de la A:* El art. 368 del CP, el tipo básico de tráfico de drogas incluye como conductas típicas los actos de producción (cultivo, fabricación y elaboración), actos principales de tráfico (venta, donación y permuta) actos auxiliares de tráfico (tenencia, transporte) y actos de fomento, proselitismo o estímulo (de promoción, intermediación, favorecimiento y facilitación). En Consulta 4/1983, de 1 de diciembre de FGE y la STS 40/2009, de 28 de enero.

[135] Díez Ripollés, J. L. (2017) "Alegato contra un Derecho penal sexual identitario", en *Revista de Ciencia penal y criminología*, 19 (9) p.12 y ss. N. de la A: El autor muestra la situación doctrinal actual y a su vez cataloga este reclamo como una *exagerada decalcificación de la interpretación*.

[136] García Rivas, N. / Tarancón Gómez, P. (2021). "Agresión y abusos sexuales" en *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial.* Delitos contra las personas. (Vol. I). Valencia: Tirant lo Blanch. p. 1171 y ss.

doctrinal en la que este tipo debería redirigirse a la figura delictiva del abuso con prevalimiento.

III. PROYECTO DE LEY ORÁGNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

Tras dos años de negociación del anteproyecto de ley, se produjo el último debate en la Comisión de Igualdad el día 18 de mayo de 2022[137], donde el grupo parlamentario PSOE, con la retirada de la enmienda para la introducción de la penalización de la tercería locativa, la comisión finalmente derivó la propuesta al Congreso. En la sesión plenaria de la Cámara baja del día 26 de mayo de 2022[138] se aprobó la tramitación como proyecto de ley, que al tener el mismo carácter orgánico, pasará a debatirse en el Senado, vaticinando el resultado de materializar el proyecto de ley en Ley.[139]

---

[137] Congreso de los Diputados-Canal parlamentario (18 mayo 2022) Comisión igualdad [Archivo de vídeo] Youtube. https://www.youtube.com/watch?v=YWJd8sgLBeE&list=WL&index=10&t=3633s

[138] Congreso de los Diputados – Canal parlamentario (26 de mayo 2022) Sesión plenaria. [Archivo de vídeo] Youtube. https://www.youtube.com/watch?v=EAS2U_Odt3s&t=629s A partir de: 05:07:46.

[139] *N. de la A*: De conformidad con el art. 90 de la CE, es predecible que, aún con enmiendas o veto del Senado, el proyecto de ley se transforme en Ley. También cabe destacar, que durante la tramitación, el informe del Consejo de Estado fue de carácter favorable, si bien el informe del CGPJ apuntaba cierto riesgo en introducir en el CP el concepto de consentimiento. En relación con esto último se recuerda que

En lo que respecta al presente escrito, se abordará la futura reforma desde el marco del derecho sustantivo penal, focalizando en el art. 3 y la disposición final quinta, apartado número seis y posteriormente se focalizará en la no transformación de la naturaleza semipública de estos ilícitos.

1.- Concepto de violencia sexual

El ámbito de aplicación del proyecto de ley en tramitación se incardina en su art. 3 del siguiente modo: 1.- El ámbito de aplicación objetiva de esta ley orgánica comprende, sin perjuicio de lo previsto en la LO 10/95, de 23 de noviembre, del CP, las violencias sexuales, entendidas como cualquier *acto de naturaleza sexual no consentido* o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital. (Cursiva propia)

Como zaguán a la presentación de la futura ley, salta a la vista que el axioma sobre la que se sustenta todo el entramado de preceptos descrito *a posteriori* agrieta la idea sobre la violencia sexual como: acto de naturaleza sexual y, de otro lado, actos no consentidos. Si se apuesta por esta conceptualización se pueden prever ciertas dificultades que a día de hoy podrán ser parches del problema[140], pero no la solución para su legislación.

el CP vigente ya incluye un concepto de consentimiento en *ex negativo* en el art. 181.2 del citado texto legal.

[140] *N. de la A*: Se alude a parchear por cuanto que dicha futura ley podrá evitar pronunciamientos tales como en la STS

En primer lugar, la violencia sexual no es un acto de naturaleza sexual por cuanto ya se ha profundizado en que este fenómeno lleva aparejada la dominación y cosificación, no la sexualidad *per se*. Y de otro lado, como ya ha sido expuesto, el consentimiento retrotrae a que el epicentro del debate sea la víctima y no el agresor, en contraposición con el art. 1, el cual indica que el objeto del texto es la protección integral al derecho a la libertad sexual.

Como señala De Miguel, enalteciendo a su mentora: "En palabras de Celia Amorós, una teoría que irracionaliza la visión establecida de la realidad. Amorós nos recuerda la raíz etimológica de teoría, que en griego significa *ver*, para subrayar que es el fin de toda teoría: posibilitar una nueva visión, una nueva interpretación de la realidad, su resignificación."[141] De ahí la enorme importancia que tendrá conceptualizar esta aparentemente nimia disposición, pues la suscribiente intuye que dará lugar a perpetuación del *status quo* actual.
Quizás, podría esbozarse la idea de integrar el término ausencia de *deseo*, de modo que la base sobre la que se

828/2021, de 29 de octubre que dictaminó como premisa: "Ni siquiera se dice en el hecho probado que, para la práctica de la acción sexual de cada uno de los condenados, hubiera mediado acuerdo (…)" dando lugar a la conclusión: "En efecto, al estar hablando de unas relaciones sexuales consentidas…" apostillando de nuevo que: "más cuando ni se da por probado que hubiera algún tipo de concierto, previo o sobrevenido, expreso o tácito", conformando como argumento lógico que la pasividad en la acción es sinónimo de la emisión del consentimiento válido.

[141] De Miguel, A. (2015) *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección.* Madrid: Cátedra. p.212.

vaya a crear la legislación futura no integrara ni el consentimiento ni la subjetivización de una conducta. Desde la humilde posición de quien escribe, podría ser una base alternativa al concepto de violencia sexual: "Toda actuación de dominación, sexualmente excitante para el agresor, sin deseo sexual recíproco". *Prima facie* podría entenderse como una propuesta descabellada, pero se trae a colación que no sería el primer texto legal que invoca la ausencia deseo en su enunciado, es más el término de la ausencia de deseo se encuentra en una norma supranacional, a saber: la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Esta norma de Derecho derivado define el acoso sexual como la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico *no deseado* de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. También es importante reseñar que la trasposición de la Directiva en nuestro OJ, en el art. 7 de la LO 3/2007, suprime este parámetro.[142]

[142] N. de la A: Para ajustar el contenido del trabajo, no se va a acudir al Dº comparado, pero podría ser interesante una línea de investigación a partir de la trasposición de esta Directiva en otros países de la UE que sí hubiesen acogido el requisito de la ausencia de deseo.

2.- Tipo penal de agresión sexual y desaparición del tipo penal de abuso

El apunte más llamativo es la supresión del delito de abuso sexual actual, además de la rebaja de las penas en el delito de agresión sexual y violación. De otro lado, se sigue contemplando la pena alternativa de multa para casos en atención a la *menor entidad del hecho*. También se indica en el título la no alusión a la indemnidad sexual, que ya Díez Ripollés indicó ser un alivio de la propuesta[143].

Así las cosas, se incluirá el concepto de ausencia de consentimiento en el art. 178 como: "Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto". En el segundo apartado del citado artículo se fusionan los elementos del tipo del actual delito de agresión sexual, violencia e intimidación junto con la equiparación del prevalimiento, la privación de sentido de la víctima, la situación mental de la víctima[144] y finalmente aquellos actos cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

---

[143] Díez Ripollés, J. L. (2017) "Alegato contra un Derecho penal sexual identitario", en *Revista de Ciencia penal y criminología*, 19 (9) p. 5. Indica el Catedrático que: "prescinde de conceptos tan sesgadamente moralizadores como indemnidad o intangibilidad en relación con la sexualidad de los menores, reconduciendo esta al ámbito de la sexualidad potencial o en formación".

[144] *N. de la A:* Es de agradecer que se use la terminología de situación mental y no el actual "trastorno mental".

En lo que respecta tercer apartado, se abre la puerta a la discrecionalidad judicial (estando en la rama penal) pues aquel reza: "El o la juez[145] o tribunal, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión inferior en grado o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho."

Se recoge el delito de violación en el mismo art. 179 y en las agravantes específicas en el futuro compartidas ex art. 180 del CP.

3.- Inmutabilidad de la naturaleza jurídica semipública

La modificación que aparece en la disposición final primera, punto 21, del proyecto de ley sólo suprime el término abuso del aún vigente art. 191 del CP. Por lo que continúa la naturaleza semipública para estos delitos sexuales. Es decir, estos delitos son perseguibles por la autoridad previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.[146] En palabras del Magistrado Suárez-Mira: "Tradicionalmente la persecución de los delitos señalados se dejaba en manos de los afectos, proceso que se relativizó a partir de la reforma operaba

[145] N. de la A: Podría haberse establecido la concordancia por proximidad. Romero, M.A / Cantos, A. (2022) Guía básica para el uso no sexista del lenguaje. Albacete: UCLM - Cátedra Clara Campoamor. p. 12.
[146] Según Diccionario Jurídico de la RAE.

en 1989, *desprivatizando* buena parte de las conductas" [147].

De otro lado, el citado Magistrado indica que la iniciación del procedimiento será través de denuncia por la víctima, salvo que el Ministerio Fiscal, **ponderando los legítimos intereses** a los que haya que hacer frente, "supla la inactividad de la víctima interponiendo querella"[148]. Es decir, el aparato policial y judicial no iniciará su funcionamiento si no (re)acciona la víctima.

A pesar de que el art. 191.2 de nuestro Código incluya la ineficacia del perdón del ofendido para extinguir la acción penal[149], el hecho de exigir la denuncia de la víctima indica una sedimentación sobre cómo entender (y como ha venido entendiéndose) la violación y la agresión sexual: como delitos de *ámbito privado*. Parece no ser suficientemente relevante la agresión sexual y la violación, siendo delitos contra las personas y no

[147] Suárez-Mira, C. (2020) "Disposiciones comunes a los seis Capítulos del Título VIII" en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. II Pamplona: Aranzadi. p. 284.
[148] Suárez-Mira, C. (2020) "Disposiciones comunes a los seis Capítulos del Título VIII" en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. II Pamplona: Aranzadi. p. 284.
[149] De Vicente nos ilustra con la LO 8/83, de 25 de junio, a partir de la cual sí se suprimió el perdón del ofendido para extinguir la acción penal en el delito de violación, si bien no ocurría lo mismo con el delito de estupro y rapto, en: De Vicente, R. (2018) "El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción*" en La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch. p.172. *In fine*.

patrimoniales, para que el *ius puniendi* del Estado actúe de oficio. Sucintamente: no es una cuestión de Estado.

Acogiéndose a lo formulado, suscita ideas contradictorias, pues enfrentándose al bien jurídico denominado *libertad* sexual, donde el honor se dejó de lado; parece que aún rezuma el señalamiento a la víctima, bajo la esfera del proteccionismo[150]. La perseguibilidad del delito debería depender (por enésima vez) de la conducta llevada a cabo por el delincuente, no de la actuación de la víctima. Si se diera un cambio del paradigma actual sobre qué es una agresión sexual, al igual que ocurrió con la violencia de género: donde los mal llamados *crímenes pasionales* pasaron a denominarse asesinatos machistas, se daría un vuelco epistemológico en esta materia. De modo que se cambiaría el foco de atención, transformando la indulgencia hacia el agresor hacia la unión entre sujeto activo, como única causa de tal atentado, y la violencia ejercida sobre la víctima. Dejarían de entenderse dichas situaciones como enfermedades mentales para los casos

[150] Explica la profesora Catalina Benavente que la antesala de colocar a la víctima como "llave del proceso penal" para los delitos contra la libertad sexual (STS 576/2019, 20 de noviembre) se fundamentaba en el *strepitus fori*. Según la autora, dicho brocardo es anacrónico y lo que justifica el carácter semipúblico de estos delitos es la no revictimización. Catalina, M.A. (2022) "Los legítimos intereses en presencia como punto central de la perseguibilidad de los delitos de agresión, acoso y abusos sexuales: necesidad de una ponderación adecuada" en *Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*. Pamplona: Aranzadi. p.747. *In fine.*

más extremos o causa de halago o elogio para los más sutiles[151]. No se prejuzgaría a la propia denunciante *ex ante* incluso del inicio de las actuaciones procesales pues como indica Lidia Falcón: "cumplir la exigencia de no conculcar el sagrado principio de la presunción de inocencia de los violadores, del que no goza la víctima, ya que siempre es sospechosa de inventar la denuncia"[152]. La víctima pasaría inadvertida, pues la deducción del nuevo marco teórico desembocaría en que lo personal también es político[153]. Abanderarse con la intimidad para eclipsar el funcionamiento de la justicia institucional es homogeneizar el fundamento del *strepitus fori*.

Nuevamente, se presenta a la víctima en el primer plano para el inicio de la investigación delictual[154]. Tal y como

---

[151] RTVE (2019*) Una sentencia en Italia absuelve a dos acusados de violación.* [Archivo de vídeo] https://www.rtve.es/play/videos/telediario/sentencia-italia-absuelve-dos-acusados-violacion-porque-victima-era-demasiado-fea/5054540/

[152] Falcón, L. (2021) El consentimiento. *Diario 16*.

[153] Alario, M. (2021) *Política sexual de la pornografía.* Madrid: Cátedra p.174. En el mismo sentido De Miguel, A. (2008) La violencia contra las mujeres. Tres momentos en la construcción del marco femminista de interpretación. ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política. I (38) p. 133.

[154] Es más, la propia SSTS 567/2019, de 20 de noviembre, deja claro el impetuoso papel que tiene la víctima en el procedimiento, fundamentando que: "No afectan al delito cometido, sino a su persecución y es manifestación del **protagonismo de la víctima** y de su dignidad en la medida en que se antepone su espacio de dignidad frente a la actuación el *ius puniendi*."

fundamenta Suárez-Mira la supresión de la eficacia del perdón del ofendido: "La razón (…) hay que buscarla en el intento de evitar posibles coacciones sobre el sujeto pasivo…"[155]. Sin embargo, en vez de ver la agresión sexual como un delito de forma objetiva, de modo que se tienda a la averiguación de la verdad material, se predispone a que dicho suceso se quede en ámbito privado, sin mayor trascendencia.

Es decir, si actúa la víctima se tiende a estigmatizarla a ella, (vr.gr: ¿Por qué no denunció antes?) y si por el contrario no interpone la denuncia, nadie lo persigue. Con la salvedad de la hipotética actuación por parte de la Fiscalía[156]. Lo que aparentemente es ventajoso o incluso una posición privilegiada se traduce en la

[155] Suárez-Mira, C. (2020) "Disposiciones comunes a los seis Capítulos del Título VIII" en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. II Pamplona: Aranzadi. p. 284.

[156] *N. de la A*: Se reseña el término *hipotética* actuación, ya que de conformidad con lo establecido por la profesora Catalina: "en la práctica, el fiscal no está llevando a cabo la ponderación de los intereses en presencia que le exige la ley". De hecho, referencia a su vez a Cano Cuenca, quien explica que desde el CP del 95 en vigor: "*no he conocido caso alguno en que el MF*, después de ponderar los intereses en presencia, *haya presentado querella* por delito de agresión, acoso o abuso sexual cometido en persona mayor de edad, cuando esta última no desea presentar denuncia". Catalina, M.A. (2022) "Los legítimos intereses en presencia como punto central de la perseguibilidad de los delitos de agresión, acoso y abusos sexuales: necesidad de una ponderación adecuada" en *Los delitos con* p. 788.

adjudicación del espacio privado[157] a los atentados contra la dignidad (desde una nueva reformulación). De este modo, refugiando en lo privado estas conductas delictivas alienta al mayor sentimiento de impunidad para aquellas personas que ejerzan violencia sexual.

III. PROYECTO DE LEY ORÁGNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

Tras dos años de negociación del anteproyecto de ley, se produjo el último debate en la Comisión de Igualdad el día 18 de mayo de 2022[158], donde el grupo parlamentario PSOE, con la retirada de la enmienda para la introducción de la penalización de la tercería locativa, la comisión finalmente derivó la propuesta al Congreso. En la sesión plenaria de la Cámara baja del día 26 de mayo de 2022[159] se aprobó la tramitación como proyecto de ley, que al tener el mismo carácter orgánico, pasará

[157] Sobre la dicotomía del espacio público y privado y sus connotaciones históricas: Antigüedad griega, romana y Modernidad. De Miguel, A. (2015) *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección.* Madrid: Cátedra. p. 217 y p. 233.
[158] Congreso de los Diputados-Canal parlamentario (18 mayo 2022) Comisión igualdad [Archivo de vídeo] Youtube. https://www.youtube.com/watch?v=YWJd8sgLBeE&list=WL&index=10&t=3633s
[159] Congreso de los Diputados – Canal parlamentario (26 de mayo 2022) Sesión plenaria. [Archivo de vídeo] Youtube. https://www.youtube.com/watch?v=EAS2U_Odt3s&t=629s A partir de: 05:07:46.

a debatirse en el Senado, vaticinando el resultado de materializar el proyecto de ley en Ley.[160]

En lo que respecta al presente escrito, se abordará la futura reforma desde el marco del derecho sustantivo penal, focalizando en el art. 3 y la disposición final quinta, apartado número seis y posteriormente se focalizará en la no transformación de la naturaleza semipública de estos ilícitos.

1.- Concepto de violencia sexual

El ámbito de aplicación del proyecto de ley en tramitación se incardina en su art. 3 del siguiente modo: 1.- El ámbito de aplicación objetiva de esta ley orgánica comprende, sin perjuicio de lo previsto en la LO 10/95, de 23 de noviembre, del CP, las violencias sexuales, entendidas como cualquier *acto de naturaleza sexual no consentido* o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital. (Cursiva propia)

[160] *N. de la A*: De conformidad con el art. 90 de la CE, es predecible que, aún con enmiendas o veto del Senado, el proyecto de ley se transforme en Ley. También cabe destacar, que durante la tramitación, el informe del Consejo de Estado fue de carácter favorable, si bien el informe del CGPJ apuntaba cierto riesgo en introducir en el CP el concepto de consentimiento. En relación con esto último se recuerda que el CP vigente ya incluye un concepto de consentimiento en *ex negativo* en el art. 181.2 del citado texto legal.

Como zaguán a la presentación de la futura ley, salta a la vista que el axioma sobre la que se sustenta todo el entramado de preceptos descrito a posteriori agrieta la idea sobre la violencia sexual como: acto de naturaleza sexual y, de otro lado, actos no consentidos. Si se apuesta por esta conceptualización se pueden prever ciertas dificultades que a día de hoy podrán ser parches del problema[161], pero no la solución para su legislación. En primer lugar, la violencia sexual no es un acto de naturaleza sexual por cuanto ya se ha profundizado en que este fenómeno lleva aparejada la dominación y cosificación, no la sexualidad *per se*. Y de otro lado, como ya ha sido expuesto, el consentimiento retrotrae a que el epicentro del debate sea la víctima y no el agresor, en contraposición con el art. 1, el cual indica que el objeto del texto es la protección integral al derecho a la libertad sexual.

Como señala De Miguel, enalteciendo a su mentora: "En palabras de Celia Amorós, una teoría que irracionaliza la visión establecida de la realidad. Amorós nos recuerda la raíz etimológica de teoría, que en griego significa *ver*,

[161] *N. de la A*: Se alude a parchear por cuanto que dicha futura ley podrá evitar pronunciamientos tales como en la STS 828/2021, de 29 de octubre que dictaminó como premisa: "Ni siquiera se dice en el hecho probado que, para la práctica de la acción sexual de cada uno de los condenados, hubiera mediado acuerdo (…)" dando lugar a la conclusión: "En efecto, al estar hablando de unas relaciones sexuales consentidas…" apostillando de nuevo que: "más cuando ni se da por probado que hubiera algún tipo de concierto, previo o sobrevenido, expreso o tácito", conformando como argumento lógico que la pasividad en la acción es sinónimo de la emisión del consentimiento válido.

para subrayar que el es el fin de toda teoría: posibilitar una nueva visión, una nueva interpretación de la realidad, su resignificación."[162] De ahí la enorme importancia que tendrá conceptualizar esta aparentemente nimia disposición, pues la suscribiente intuye que dará lugar a perpetuación del *status quo* actual.

Quizás, podría esbozarse la idea de integrar el término ausencia de *deseo*, de modo que la base sobre la que se vaya a crear la legislación futura no integrara ni el consentimiento ni la subjetivización de una conducta. Desde la humilde posición de la estudiante, podría ser una base alternativa al concepto de violencia sexual: "Toda actuación de dominación, sexualmente excitante para el agresor, sin deseo sexual recíproco". *Prima facie* podría entenderse como una propuesta descabellada, pero se trae a colación que no sería el primer texto legal que invoca la ausencia deseo en su enunciado, es más el término de la ausencia de deseo se encuentra en una norma supranacional, a saber: la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Esta norma de Derecho derivado define el acoso sexual como la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico *no deseado* de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno

[162] De Miguel, A. (2015) *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección.* Madrid: Cátedra. p.212.

intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. También es importante reseñar que la trasposición de la Directiva en nuestro OJ, en el art. 7 de la LO 3/2007, suprime este parámetro.[163]

2.- Tipo penal de agresión sexual y desaparición del tipo penal de abuso

El apunte más llamativo es la supresión del delito de abuso sexual actual, además de la rebaja de las penas en el delito de agresión sexual y violación. De otro lado, se sigue contemplando la pena alternativa de multa para casos en atención a la *menor entidad del hecho*. También se indica en el título la no alusión a la indemnidad sexual, que ya Díez Ripollés indicó ser un alivio de la propuesta[164].

Así las cosas, se incluirá el concepto de ausencia de consentimiento en el art. 178 como: "Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las

[163] N. de la A: Para ajustar el contenido del trabajo, no se va a acudir al Dº comparado, pero podría ser interesante una línea de investigación a partir de la trasposición de esta Directiva en otros países de la UE que sí hubiesen acogido el requisito de la ausencia de deseo.

[164] Díez Ripollés, J. L. (2017) "Alegato contra un Derecho penal sexual identitario", en Revista de Ciencia penal y criminología, 19 (9) p. 5. Indica el Catedrático que: "prescinde de conceptos tan sesgadamente moralizadores como indemnidad o intangibilidad en relación con la sexualidad de los menores, reconduciendo esta al ámbito de la sexualidad potencial o en formación".

circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto". En el segundo apartado del citado artículo se fusionan los elementos del tipo del actual delito de agresión sexual, violencia e intimidación junto con la equiparación del prevalimiento, la privación de sentido de la víctima, la situación mental de la víctima[165] y finalmente aquellos actos cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

En lo que respecta tercer apartado, se abre la puerta a la discrecionalidad judicial (estando en la rama penal) pues aquel reza: "El o la juez[166] o tribunal, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión inferior en grado o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho."

Se recoge el delito de violación en el mismo art. 179 y en las agravantes específicas en el futuro compartidas ex art. 180 del CP.

3.- Inmutabilidad de la naturaleza jurídica semipública

La modificación que aparece en la disposición final primera, punto 21, del proyecto de ley sólo suprime el

[165] N. de la A: Es de agradecer que se use la terminología de situación mental y no el actual "trastorno mental".
[166] N. de la A: Podría haberse establecido la concordancia por proximidad. Romero, M.A / Cantos, A. (2022) Guía básica para el uso no sexista del lenguaje. Albacete: UCLM - Cátedra Clara Campoamor. p. 12.

término abuso del aún vigente art. 191 del CP. Por lo que continúa la naturaleza semipública para estos delitos sexuales. Es decir, estos delitos son perseguibles por la autoridad previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.[167] En palabras del Magistrado Suárez-Mira: "Tradicionalmente la persecución de los delitos señalados se dejaba en manos de los afectos, proceso que se relativizó a partir de la reforma operaba en 1989, *desprivatizando* buena parte de las conductas" [168].

De otro lado, el citado Magistrado indica que la iniciación del procedimiento será través de denuncia por la víctima, salvo que el Ministerio Fiscal, **ponderando los legítimos intereses** a los que haya que hacer frente, "supla la inactividad de la víctima interponiendo querella"[169]. Es decir, el aparato policial y judicial no iniciará su funcionamiento si no (re)acciona la víctima.

A pesar de que el art. 191.2 de nuestro Código incluya la ineficacia del perdón del ofendido para extinguir la acción penal[170], el hecho de exigir la denuncia de la

---

[167] Según Diccionario Jurídico de la RAE.
[168] Suárez-Mira, C. (2020) "Disposiciones comunes a los seis Capítulos del Título VIII" en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. II Pamplona: Aranzadi. p. 284.
[169] Suárez-Mira, C. (2020) "Disposiciones comunes a los seis Capítulos del Título VIII" en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. II Pamplona: Aranzadi. p. 284.
[170] De Vicente nos ilustra con la LO 8/83, de 25 de junio, a partir de la cual sí se suprimió el perdón del ofendido para extinguir la acción penal en el delito de violación, si bien no ocurría lo mismo con el delito de estupro y rapto, en: De Vicente, R. (2018) "El delito de violación: problemas que

víctima indica una sedimentación sobre cómo entender (y como ha venido entendiéndose) la violación y la agresión sexual: como delitos de *ámbito privado*. Parece no ser suficientemente relevante la agresión sexual y la violación, siendo delitos contra las personas y no patrimoniales, para que el *ius puniendi* del Estado actúe de oficio. Sucintamente: no es una cuestión de Estado.

Acogiéndose a lo formulado, suscita ideas contradictorias, pues enfrentándose al bien jurídico denominado *libertad* sexual, donde el honor se dejó de lado; parece que aún rezuma el señalamiento a la víctima, bajo la esfera del proteccionismo[171]. La perseguibilidad del delito debería depender (por enésima vez) de la conducta llevada a cabo por el delincuente, no de la actuación de la víctima. Si se diera un cambio del paradigma actual sobre qué es una agresión sexual, al igual que ocurrió con la violencia de género: donde los mal llamados *crímenes pasionales* pasaron a

---

plantea su vigente redacción*" en La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch. p.172. *In fine*.

[171] Explica la profesora Catalina Benavente que la antesala de colocar a la víctima como "llave del proceso penal" para los delitos contra la libertad sexual (STS 576/2019, 20 de noviembre) se fundamentaba en el *strepitus fori*. Según la autora, dicho brocardo es anacrónico y lo que justifica el carácter semipúblico de estos delitos es la no revictimización. Catalina, M.A. (2022) "Los legítimos intereses en presencia como punto central de la perseguibilidad de los delitos de agresión, acoso y abusos sexuales: necesidad de una ponderación adecuada" en *Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*. Pamplona: Aranzadi. p.747. *In fine.*

denominarse asesinatos machistas, se daría un vuelco epistemológico en esta materia. De modo que se cambiaría el foco de atención, transformando la indulgencia hacia el agresor hacia la unión entre sujeto activo, como única causa de tal atentado, y la violencia ejercida sobre la víctima. Dejarían de entenderse dichas situaciones como enfermedades mentales para los casos más extremos o causa de halago o elogio para los más sutiles[172]. No se prejuzgaría a la propia denunciante *ex ante* incluso del inicio de las actuaciones procesales pues como indica Lidia Falcón: "cumplir la exigencia de no conculcar el sagrado principio de la presunción de inocencia de los violadores, del que no goza la víctima, ya que siempre es sospechosa de inventar la denuncia"[173]. La víctima pasaría inadvertida, pues la deducción del nuevo marco teórico desembocaría en que lo personal también es político[174]. Abanderarse con la intimidad para eclipsar el funcionamiento de la justicia institucional es homogeneizar el fundamento del *strepitus fori*.

---

[172] RTVE (2019*) Una sentencia en Italia absuelve a dos acusados de violación.* [Archivo de vídeo] https://www.rtve.es/play/videos/telediario/sentencia-italia-absuelve-dos-acusados-violacion-porque-victima-era-demasiado-fea/5054540/

[173] Falcón, L. (2021) El consentimiento. *Diario 16*.

[174] Alario, M. (2021) *Política sexual de la pornografía.* Madrid: Cátedra p.174. En el mismo sentido De Miguel, A. (2008) La violencia contra las mujeres. Tres momentos en la construcción del marco femminista de interpretación. ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política. I (38) p. 133.

Nuevamente, se presenta a la víctima en el primer plano para el inicio de la investigación delictual[175]. Tal y como fundamenta Suárez-Mira la supresión de la eficacia del perdón del ofendido: "La razón (…) hay que buscarla en el intento de evitar posibles coacciones sobre el sujeto pasivo…"[176]. Sin embargo, en vez de ver la agresión sexual como un delito de forma objetiva, de modo que se tienda a la averiguación de la verdad material, se predispone a que dicho suceso se quede en ámbito privado, sin mayor trascendencia.

Es decir, si actúa la víctima se tiende a estigmatizarla a ella, (vr.gr: ¿Por qué no denunció antes?) y si por el contrario no interpone la denuncia, nadie lo persigue. Con la salvedad de la hipotética actuación por parte de la Fiscalía[177]. Lo que aparentemente es ventajoso o

---

[175] Es más, la propia SSTS 567/2019, de 20 de noviembre, deja clara el impetuoso papel que tiene la víctima en el procedimiento, fundamentando que: "No afectan al delito cometido, sino a su persecución y es manifestación del **protagonismo de la víctima** y de su dignidad en la medida en que se antepone su espacio de dignidad frente a la actuación el *ius puniendi*."

[176] Suárez-Mira, C. (2020) "Disposiciones comunes a los seis Capítulos del Título VIII" en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. II Pamplona: Aranzadi. p. 284.

[177] *N. de la A*: Se reseña el término *hipotética* actuación, ya que de conformidad con lo establecido por la profesora Catalina: "en la práctica, el fiscal no está llevando a cabo la ponderación de los intereses en presencia que le exige la ley". De hecho, referencia a su vez a Cano Cuenca, quien explica que desde el CP del 95 en vigor: "*no he conocido caso alguno en que el MF*, después de ponderar los intereses en presencia, *haya presentado querella* por delito de agresión, acoso o abuso

incluso una posición privilegiada se traduce en la adjudicación del espacio privado[178] a los atentados contra la dignidad (desde una nueva reformulación). De este modo, refugiando en lo privado estas conductas delictivas alienta al mayor sentimiento de impunidad para aquellas personas que ejerzan violencia sexual.

V.- BIBLIOGRAFÍA

Acale, M. (2022) "Los delitos de agresión sexual: cuestiones de técnica legislativa" en *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*. Pamplona: Aranzadi.

Alario, M. (2021) *Política sexual de la pornografía*. Madrid: Cátedra.

Barjola. N (2018) *Microfísica sexista del poder. El caso Alcásser y la construcción del terror sexual.* Barcelona: Ed. Virus.

sexual cometido en persona mayor de edad, cuando esta última no desea presentar denuncia". Catalina, M.A. (2022) "Los legítimos intereses en presencia como punto central de la perseguibilidad de los delitos de agresión, acoso y abusos sexuales: necesidad de una ponderación adecuada" en *Los delitos con* p. 788.

[178] Sobre la dicotomía del espacio público y privado y sus connotaciones históricas: Antigüedad griega, romana y Modernidad. De Miguel, A. (2015) *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección.* Madrid: Cátedra. p. 217 y p. 233.

Brownmiller, S. (1981) *Contra nuestra voluntad. Un estudio sobre la forma más brutal de agresión a la mujer: la violación*. Barcelona: Planeta.

Caruso, V. (2018). "Reflexiones en torno a la aplicación de la continuidad delictiva en el caso de la manada" en *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Carretero, A. (2020) "Sujetos, no objetos" en A. Carretero / P. Collado (presidencia) Conferencia *Por una sociedad libre de violencia sexual* en UCLM. Congreso llevado a cabo vía Teams, UCLM, España.

Catalina, M.A. (2022) "Los legítimos intereses en presencia como punto central de la perseguibilidad de los delitos de agresión, acoso y abusos sexuales: necesidad de una ponderación adecuada" en *Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*. Pamplona: Aranzadi.

Cobo, R. (2017) *La prostitución en el corazón del capitalismo*. Madrid: Catarata.

Corcoy Bidasolo, M. (2015). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. (Vol. I). Valencia: Tirant lo Blanch.

De Lora, P. (2019) *Lo sexual es político (y jurídico).* Madrid: Alianza Editorial.

De Miguel, A. (2008) "La violencia contra las mujeres. Tres momentos en la construcción del marco femminista

de interpretación." ISEGORÍA. *Revista de Filosofía Moral y Política*. I (38).

De Miguel, A. (2015). *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Madrid: Cátedra.

De Vicente, R. (2018) "El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción" en *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*. Valencia: Tirant lo Blanch.

De Vicente (2021) *Vademécum de Derecho Penal*. Madrid: Tirant Lo Blanch.

Díez Ripollés, J. L. (2017) "Alegato contra un Derecho penal sexual identitario", en *Revista de Ciencia penal y criminología*, 19 (9).

Estrades. M. (2021) *La violencia simbólica de las agresiones sexuales a mujeres en el cine*. TFG. Islas Baleares.

Falcón, L. (2021) El consentimiento. *Diario 16*.

García Rivas, N. (2011) "Delitos de agresión y abuso sexual" en *Derecho penal español. Parte Especial (I).* Valencia: Tirant Lo Blanch.

García Rivas, N. / Tarancón Gómez, P. (2021). "Agresión y abusos sexuales" en *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas.* (Vol. I). Valencia: Tirant lo Blanch.

Hernando, A. (2020) *La fantasía de la individualidad. Sobre la construcción sociohistórica del sujeto moderno.* Madrid: Traficantes de sueños.

Jeffreys, S. (1993) *La herejía lesbiana.* Madrid: Cátedra.

López, D. (2018) *Lecciones de Derecho Constitucional de España y de la UE*. Vol II. Los derechos fundamentales. Madrid: Tirant Lo Blanch.

Lonzi, C. (2018) *Escupamos sobre Hegel y otros escritos*. Madrid: Traficantes de sueños.

Mackinnon, C. (1995) *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra.

Martínez, M. (Mayo-agosto, 2021) Violencia simbólica contra la mujer en los anuncios publicitarios: un análisis visual crítico. *Íkala, revista de lenguaje y cultura*. Colombia (6).

Martínez, M. L (2018) "El Estado Constitucional de Derecho" en *Lecciones de Derecho Constitucional de España y de la Unión Europea* (Vol. I). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Mercader, J.R. (2019) *Lecciones de derecho del trabajo.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Millet, K. (1969) *Política sexual*. México: Aguilar.

Mir Puig, S. (2011) *Bases constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: Iustel.

Muñoz Conde, F. (2019) *Derecho Penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Osborne, R. (2009) *Apuntes sobre violencia de género*. Barcelona: Ediciones Bellaterra.

Pateman, C. (2019) *Contrato sexual*. Madrid: Ménades editorial.

Patiño-Arango, A. (2015). Como hacer el derecho con palabras. *Revista Jurídicas*, 12 (1).

Portilla Contreras, G. / Velásquez Velásquez, F. (2019). *Un juez para la democracia*. Madrid: Dykinson.

Prieto, L. (2005) *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta.

Puleo, A. (1995) *Patriarcado. 10 palabras clave sobre mujer*. Navarra: Verbo Divino.

Quintero Olivares, G. (2016). *Compendio de la parte especial del Derecho Penal*. Pamplona: Thomson Reuters.

Rodríguez Morata, F. A. (2019) *Asignatura Derecho Civil II*. [Material del aula] Aula 13, UCLM: Albacete, España.

Rodríguez, P. (2020) Víctimas en disputa: Miscelánea para una aproximación a la violencia sexual. Ambigua, *Revista de Investigaciones sobre Género y Estudios Culturales* I(7)

Romero, M.A / Cantos, A. (2022) *Guía básica para el uso no sexista del lenguaje*. Albacete: UCLM - Cátedra Clara Campoamor.

Sendón, V. (2021). "Sujeto mujer y deconstrucción de conceptos" en *El sexo en disputa*. Madrid: CEPC.

Sendón, V. (2019) *La barbarie patriarcal*. Madrid: Ménades.

Suárez-Mira, C. (2020) "Disposiciones comunes a los seis Capítulos del Título VIII" en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. II Pamplona: Aranzadi.

Ureña, M. (2018) "Lección 8: la filiación" en *Derecho de familia.* Madrid: Tecnos.

Varela, N. (2019) *Feminismo 4.0. La cuarta ola*. Barcelona: Editorial B.

Varela, N. (2017) *Cansadas*. Madrid: Ediciones B.

Velte, S. (2019) *Yo sí te creo. La cultura de la violación en el caso de los San Fermines*. Tafalla: Txalaparta.

Vigarello, G. (1999). *Historia de la violación*. Siglos XVI - XX. Madrid: Cátedra.

Gabilex
Nº 36
Diciembre 2023
http://gabilex.castillalamancha.es

LA RELACION CALIDAD-PRECIO EN LAS OFERTAS PÚBLICAS. PERSPECTIVA DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN & LICITADOR. UN PLANTEAMIENTO HOLÍSTICO PARA EVALUAR LA OFERTA.

D. Luis Castel Aznar
Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos. Director de estudios y contratación en empresa instaladora.
Doctorando en E.T.S.I. de Caminos Canales y Puertos.
Universidad Politécnica de València.

Resumen: El artículo plantea la visión del órgano de contratación frente a la del licitador u operador económico respecto de la aplicación de los criterios de adjudicación que sirven para adjudicar y licitar un contrato público de obra. Compara las dos visiones con el objetivo de manifestar las dos perspectivas y poner de manifiesto las diferencias conceptuales y las deficiencias del sistema actual de valoración de ofertas. Por último, se plantea una propuesta holística para adjudicar el contrato de obra a la mejor relación calidad-precio.

Abstract: The article outlines the vision of the contracting body against that of the bidder or economic

operator regarding the application of the award criteria used to award and bid for a public works contract. It compares the two visions with the objective of expressing the two perspectives and highlighting the conceptual differences and the deficiencies of the current bid evaluation system. Finally, a holistic proposal is proposed to award the construction contract at the best value for money.

Palabras clave: Contratación pública, criterios de adjudicación, calidad-precio, contrato de obra.

Keywords: Public contracting, award criteria, quality-price, construction contract.

Sumario:

1.Introducción. Los criterios de valoración de la oferta

2.La visión del Órgano de Contratación y la situación actual en el contrato de obra

3.La puntuación de los criterios por el órgano de contratación

4.La visión del licitador

5.Conclusiones

6.Propuesta. Una concepción desde un punto de vista holístico

7.Referencias

1. Introducción. Los criterios de valoración de la oferta

Entendemos por «criterios de adjudicación del contrato» aquellos discernimientos predefinidos en los pliegos por el órgano de contratación con los que se juzga y valora una oferta. (Castel, 2018). Es importante recalcar que "estos criterios valoran el contenido de la propuesta que realiza el licitador y no su solvencia, en consecuencia se dirigen a identificar las ofertas que mejor satisfacen el interés público" (Fueyo, 2014). Para este último autor, la importancia de los criterios de adjudicación radica es que son instrumentos con los que se intenta garantizar el cumplimiento de los principios encaminados a garantizar la competencia como el de igualdad, libertad de circulación, igualdad de trato, transparencia, reconocimiento mutuo y otros que prohíben toda discriminación (Fueyo, 2014), todo ello con la finalidad de que el órgano de contratación no tenga una libertad de decisión ilimitada y que los licitadores puedan realizar sus ofertas en condiciones de competencia efectiva. (Ciutat, 2021)

Los criterios de valoración de la oferta son los que miden la calidad y el precio de cada propuesta económica con objeto de determinar que oferta de las presentadas es la más aconsejable o la que mayor ventaja tiene para el órgano de contratación y por tanto la más conveniente para el interés público. (Muratorio, 2021)

La LCSP en su artículo 145.1 establece que la "*adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en la mejor relación calidad – precio*". Admite que los contratos se pueden adjudicar en base a criterios que atiendan a la mejor relación coste-eficacia utilizando la base del precio o el coste según indica el artículo 148 de la LCSP, y que la mejor relación calidad-precio se debe evaluar mediante criterios económicos y cualitativos. Art 145.2 LCSP.

En consecuencia, la LCSP no persigue que la adjudicación del contrato sea al más barato sino que "los contratos públicos deben ser considerados como instrumentos definitorios de políticas públicas, para obtener las mejores prestaciones desde la perspectiva cualitativa". (Javaloyes, 2022)

De hecho, la LCSP señala en el artículo 145.4 que: "*Los órganos de contratación velarán por que se establezcan criterios de adjudicación que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad que respondan lo mejor posible a sus necesidades*"

La forma habitual de evaluar la propuesta mediante el uso de estos criterios consiste en ir calificando mediante la aplicación de los distintos criterios establecidos y obtener el total de puntuación que le corresponde a cada licitador, de forma que la oferta con mayor puntuación total es la ganadora de la licitación.

Como criterios económicos entendemos el grupo de criterios que se basan en los costes o parámetros de rentabilidad como pueden ser la oferta económica, los

parámetros relacionados con la rentabilidad. (TIR, VAN etc.), los parámetros relacionados con el coste del «ciclo de vida» del proyecto, los costes de utilización, etc. (Art 145.1 LCSP)

Como criterios cualitativos denominamos al grupo de criterios que se basan en el valor técnico de la oferta del licitador. Estos criterios pueden referirse: (i) A la calidad de la oferta, bien por el valor de las características estéticas o funcionales, como a las características ambientales o sociales, (Art 145.2 1º). (ii) A las de la comercialización y sus condiciones asociadas. (iii) A la organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato siempre que la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a mejorar su ejecución (Art 145.2 2º). (iv) A los servicios postventa, asistencia técnica, condiciones y plazos de entrega y otros compromisos relacionados con los recambios y seguridad del suministro. (Art 145.2 3º)

En función de la forma de valorar se dividen en criterios evaluables de forma automática, también llamados criterios objetivos u automáticos, que se determinan mediante la aplicación de fórmulas, tablas u otros sistemas que se caracterizan por ser independientes del juicio subjetivo del evaluador[1] y por otra, en criterios de valoración no automática.

El artículo 146.2 de la LCSP otorga a los criterios automáticos de adjudicación preferencia sobre los

[1] La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 20 de septiembre de 1988, estableció como "objetivo" aquello que es "apto para que pueda ser medido con iguales resultados por cualquiera".

sujetos a juicio de valor en el caso de que coexistan. Para Pintos, debe interpretarse que el mencionado artículo "refuerza la garantía del principio de transparencia, minimizando, a su vez, el potencial riesgo de arbitrariedad que pueda darse en la evaluación" (Pintos, 2021). Por otra parte, estima este autor que "en la valoración de los criterios automáticos de adjudicación no cabe discrecionalidad alguna por parte de la Administración, ni técnica ni de ninguna clase, debiendo limitarse la mesa de contratación a aplicar los criterios automáticos sin ningún margen de apreciación técnica o juicio de valor" (Pintos, 2021). En este misma línea argumental Zulueta considera que "existen razones procedimentales que "obligan" a los poderes adjudicadores, en el momento de determinar los criterios de adjudicación, a dar preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos, entre los que tiene un papel estelar el precio, por cuanto si no se efectuara dicha previsión, debería constituirse un comité formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato para realizar la evaluación de las ofertas, circunstancia sobre lo que las Administraciones Públicas han sido renuentes en su aplicación". (Zulueta 2016)

Los criterios no evaluables de forma automática, también llamados criterios subjetivos, son aquellos que para su estimación dependen de un criterio personal y discrecional y en consecuencia contienen elementos de subjetividad.

Uno de los problemas más habituales a la hora de configurar los criterios de valoración es que se realizan ex ante sin que el órgano de contratación tenga conocimiento de las propuestas de los licitadores, esta razón lleva a considerar si verdaderamente el indicador o criterio configurado es suficiente para garantizar una mejor ejecución del contrato, en el aspecto concreto que se pretende valorar. (Ciutat, 2021). Para esta autora resulta "imprescindible pensar muy bien a la hora de definir un criterio de valoración, cuáles son las pautas que se tendrán en cuenta para considerar que en un determinado aspecto una oferta es mejor que otra, e indicarlo de forma clara en la determinación del criterio, para que todos los licitadores tengan conocimiento y conozcan cómo será valorada su oferta". (Ciutat, 2021)

Por otra parte, argumenta que "Dado que la finalidad de los criterios cualitativos es la de decidir cuál es la mejor oferta desde el punto de vista técnico, es decir cuál es la mejor propuesta de ejecución del objeto del contrato, está claro que la base sobre la que se debe determinar estos criterios es el documento en el que se establece como se deberá ejecutar el contrato, es decir el Pliego de Prescripciones Técnicas". (Ciutat, 2021)

Razona esta autora que los requerimientos y prescripciones de índole técnico y de calidad se recogen en el pliego de prescripciones técnicas del contrato, que es de obligado cumplimiento para los licitadores, y es donde se establecen los mínimos requerimientos técnicos, de calidad y de ejecución que debe cumplir el contratista durante el cumplimiento del contrato y que lo único que pueden hacer los licitadores es ofrecer mejoras en relación a esos mínimos preestablecidos en el pliego

de prescripciones técnicas. Además, considera que dicho pliego "no sólo es la base para definir el contenido de los criterios de valoración, sino que la forma en que se configura el pliego también determina cómo pueden configurarse los criterios, de modo que si el pliego de prescripciones técnicas es más o menos exhaustivo y detallado o permite más o menos margen de mejora, el número y tipo de criterios de valoración variará. Ante un pliego técnico que no permita - de facto- ninguna mejora cualitativa, no tendría sentido establecer criterios de valoración cualitativos". Y concluye afirmando que "la identificación de que se puede mejorar y cómo se valorará, es lo que deben especificar los criterios de valoración cualitativos".

Por último, "La evaluación de este segundo tipo de criterios es complicada y en muchas ocasiones es objeto de recursos entre las empresas licitadoras por desacuerdos con las evaluaciones asignadas a sus ofertas respecto a las de otros licitadores. No cabe duda de que el criterio subjetivo de un evaluador puede decantar en un sentido o en otro el signo de la adjudicación de una determinada propuesta, por lo que estos criterios se deben usar con mesura y siempre deben ser evaluados con criterios transparentes y honestos". (Castel, 2018)

2. La visión del Órgano de Contratación y la situación actual en el contrato de obra

El órgano de contratación configura los criterios buscando una mejor relación calidad - precio. Para ello, en atribución de la discrecionalidad técnica que le

reconoce la doctrina[2], puede otorgar diferentes pesos a cada tipo de criterio establecido. Puede configurar un solo criterio (criterio precio), solo criterios objetivos o una combinación de criterios objetivos y subjetivos.

En la muestra de contratos de obra estudiada, compuesta por 585 expedientes correspondientes a la Administración General del Estado (AGE) en el periodo 2018-2021[3], la distintas opciones o configuraciones de criterios utilizados por los órganos de contratación se recogen en la tabla 1.

Tabla 1 Configuración de los criterios de adjudicación. AGE. Contrato de obra. Periodo 2018-2021. Contrato de obra.

Configuración criterios de adjudicación	Frecuencia (nº)	Porcentaje (%)
Subastas	224	38,3
Precio y otros criterios objetivos	146	25,0
Precio y criterios subjetivos	143	24,4

[2] "La discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación" STS de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324)

[3] La muestra corresponde a 50 órganos de contratación perteneciente a 15 áreas ministeriales. Contratos de obra licitados con procedimientos abiertos y tramitación ordinaria elegidos aleatoriamente correspondientes al periodo 9-marzo-2018 (fecha de entrada en vigor de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP)) hasta el 31-diciembre de 2021.

Precio y otros criterios objetivos y subjetivos	72	12,3
Total	**585**	**100,0**

Los datos anteriores se segmentaron por tipo de procedimiento y por Presupuesto Base de Licitación (PBL), con los siguientes resultados (Tablas 2 a 5)

Tabla 2 Frecuencia de expedientes licitados mediante subasta segmentado por PBL y procedimiento de adjudicación. Periodo 2018-2021. AGE. Contrato de obra

Criterio precio (subasta)		**Abierto**	**Abierto simplificado**
PBL<=80.000 €	27,68%	3,23%	96,77%
80.000 € < PBL<=500.000 €	53,13%	20,17%	79,83%
500.00 € < PBL<=2.000.000 €	15,63%	28,57%	71,43%
2.000.000 € <PBL <= 5.538.000 €	2,68%	100,00 %	
PBL > 5.538.000 €	0,89%	100,00 %	
Total	**100,00 %**		

Tabla 3 Frecuencia de expedientes licitados mediante criterios objetivos únicamente, segmentado por PBL y procedimiento de

adjudicación. Periodo 2018-2021. AGE. Contrato de obra

Criterio precio + Criterio objetivo no precio		Abierto	Abierto simplificado
PBL<=80.000 €	13,01%	5,26%	94,74%
80.000 € < PBL<=500.000 €	45,21%	25,76%	74,24%
500.00 € < PBL<=2.000.000 €	28,08%	36,59%	63,41%
2.000.000 € <PBL <= 5.538.000 €	10,27%	100,00 %	
PBL > 5.538.000 €	3,42%	100,00 %	
Total	**100,00 %**		

Tabla 4 Frecuencia de expedientes licitados con criterio precio y criterios subjetivos, segmentado por PBL y procedimiento de adjudicación. Periodo 2018-2021. AGE. Contrato de obra

Criterio precio + criterio subjetivo		Abierto	Abierto simplificado
PBL<=80.000 €	2,80%	75,00%	25,00%
80.000 € < PBL<=500.000 €	32,17%	60,87%	39,13%
500.00 € < PBL<=2.000.000 €	32,17%	73,91%	26,09%
2.000.000 € <PBL <= 5.538.000 €	12,59%	100,00 %	
PBL > 5.538.000 €	20,28%	100,00 %	
Total	**100,00 %**		

Tabla 5 Frecuencia de expedientes licitados mediante criterios objetivos y subjetivos, segmentado por PBL y procedimiento de adjudicación. Periodo 2018-2021. AGE. Contrato de obra

Criterio precio + criterio objetivo no precio + criterio subjetivo		Abierto	Abierto simplificado
PBL<=80.000 €	1,39%	0,00%	100,00%
80.000 € < PBL<=500.000 €	25,00%	44,44%	55,56%
500.00 € < PBL<=2.000.000 €	36,11%	84,62%	15,38%
2.000.000 € <PBL <= 5.538.000 €	22,22%	100,00 %	
PBL > 5.538.000 €	15,28%	100,00 %	
Total	**100,00 %**		

De las tablas 1 a 5 se obtienen las siguientes conclusiones:

Respecto de las subastas:

1.- Se observa que el peso es del 38,29% en la muestra. Además, se observa que las mismas se configuran mucho más en los procedimientos abiertos simplificados que en los abiertos.

2.-Las subastas se configuran mayoritariamente para PBL inferiores a 2.000.000 € y se licitan también en su mayor parte mediante procedimientos simplificados.

3.-Atendiendo a la segmentación del PBL realizada podemos concluir que el mayor porcentaje de subastas se configura para PBL inferiores a 500.000 €, donde alcanzan una frecuencia del 80,81%, (27,68% + 53,13%).

Respecto a la combinación de criterios objetivos distinto del precio + criterio precio.

1.- Los criterios objetivos distintos del precio se configuran con una proporción mayor en los procedimientos abiertos simplificados que en los procedimientos abiertos ordinarios. El peso total de expedientes con este tipo de criterios es del 24,96%. El criterio combinado presenta la mayor frecuencia en el tramo 80.000 € < PBL<=500.000 €, con el 45,21%, donde se configura en el 74,24% de los casos con procedimientos abiertos simplificados y el 25,76% en los abiertos.

2.-En el tramo de PBL ≤ 2.000.000 €, el 86,30% de los expedientes se configuran con esta combinación y sólo el 13,69% en el segmento de PBL > 2.000.000 €

Respecto a la combinación de los criterios subjetivos + criterio precio

1.- Los criterios subjetivos se configuran con mucho mayor porcentaje en los procedimientos abiertos que en los simplificados y su configuración alcanza el 24,44% de la muestra, esto es, un peso similar a los anteriores. En consecuencia, su uso se asocia en mucha mayor proporción al procedimiento abierto que al simplificado.

2.-Con respecto a la relación con el PBL, podemos indicar que apenas se utilizan para PBL ≤ 80.000 € (2,80% de los casos), que en el tramo comprendido entre 80.000 y 500.000 y de 500.000 a 2.000.000 € se usa en el 64,34% con idénticas proporciones (32,17%), y que para presupuestos superiores se usa en el 32,87% de los casos. En consecuencia, su uso está repartido de forma sensiblemente uniforme entre los tres tramos.

Respecto a la combinación de los criterios objetivos distintos del precio + criterios subjetivos + criterio precio

1.-En los expedientes que contienen criterios subjetivos y objetivos además del criterio precio (que está presente en todos los expedientes), se configuran en el procedimiento abierto en una mayor proporción que en los simplificados, siendo su frecuencia del 12,31% en el conjunto de la muestra.

2.- Respecto de la segmentación por PBL, esta combinación de criterios prácticamente no se usa en PBL ≤ 80.000 € (1,39%), en el resto de los tramos se reparte nuevamente con unas proporciones que oscilan entre el 15,28% para los contratos SARA y un 36,11% para los contratos en el segmento 500.00 € < PBL<=2.000.000 €.

Las tablas y conclusiones expuestas definen el ADN actual del sistema de valoración de las ofertas relacionadas con el contrato de obra en la Administración General del Estado en el periodo 2028-2021. Como se ha visto, prácticamente el 40% son subastas que únicamente miden el precio del contrato, y sólo el 60% de los expedientes se valoran con combinaciones de

precio con criterios objetivos y/o subjetivos relacionados con la calidad.

3. La puntuación de los criterios por el órgano de contratación

Sea cual sea la combinación elegida de criterios por el órgano de contratación, la puntuación final de la oferta se obtiene, como se ha indicado anteriormente, por la suma aritmética de las puntuaciones alcanzadas en cada criterio. Al hacerlo así la puntuación refleja una suma de puntos obtenida en cada aspecto evaluado pero no valora el concepto conjunto de calidad-precio (caliprecio)[4] ya que esta última representa un cociente entre la calidad y el precio o lo que es lo mismo una ratio de calidad por unidad de coste.

Si nos referimos al término relativo caliprecio en su conjunto, y no como suma de criterios, el órgano de contratación debe tener en cuenta, las cuatro posiciones de ofertas que puede recibir y que se reflejan en el diagrama 1.

El diagrama divide la región en cuatro opciones que delimitan las ofertas de baja calidad, con precios altos o bajos de las ofertas de alta calidad con precios altos o bajos.

[4] El término "caliprecio" corresponde al autor de un artículo anónimo encontrado en internet. No ha sido posible referenciarlo.

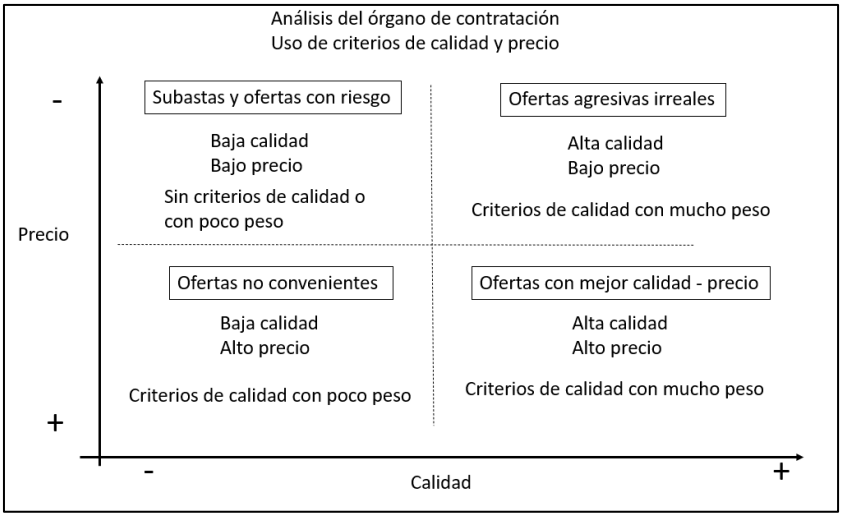


Diagrama 1 Diagrama de la Calidad-Precio. Distribución en cuadrantes.

Cuando el órgano de contratación configura criterios subjetivos con mucho peso buscando calidad, debe poder distinguir entre las ofertas agresivas irreales de las ofertas con mejor calidad precio. Las ofertas agresivas irreales son aquellas que consiguen las máximas prestaciones y calidad al precio más barato, y por tanto, hay que sospechar de ellas. Por tanto, son ofertas que pueden plantear un riesgo claro para el órgano de contratación. Las propuestas de mejor calidad-precio que plantean gran calidad y máximas prestaciones, no pueden ser, por pura lógica, las más baratas.

En el siguiente ejemplo real[5], se dibujan las ofertas según las puntuaciones obtenidas en calidad y precio (homologadas sobre 100 puntos) en el diagrama planteado con objeto de determinar su posición en los cuatro cuadrantes. En el ejemplo el peso de los criterios subjetivos de calidad fue del 40% valorándose: el 60% a la memoria justificativa del desarrollo de los trabajos, el 25% a la programación de los trabajos, el 10% al programa de actuaciones ambientales y el 5% al Plan de aseguramiento de la calidad. El peso del criterio precio fue del 60%.

El número asociado a su posición en el diagrama indica el orden en la clasificación final obtenido por la suma de las puntuaciones de cada criterio (Diagrama 2).

[5] Expediente nº 360410. Contrato de obra. PBL =2.093.358,54 € sin impuestos. Peso de los criterios subjetivos =40% y del criterio económico = 60%. No se configuraron otros criterios objetivos distintos del precio. Órgano de contratación perteneciente a la AGE.

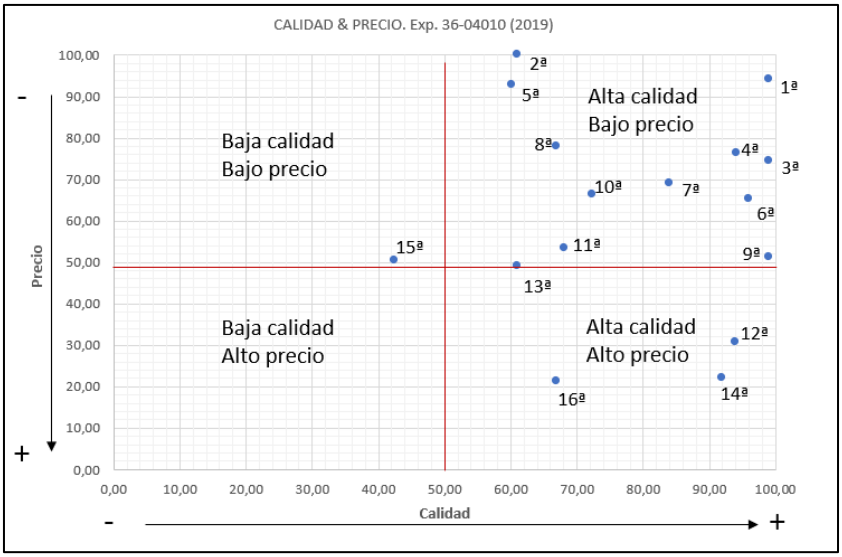


Diagrama 2 Ejemplo real. Posiciones de las ofertas en un diagrama Calidad - Precio.

El diagrama pone de manifiesto que las 11 primeras ofertas clasificadas se encuentran en el cuadrante de alta calidad y bajo precio. También refleja claramente que el adjudicatario es el segundo más barato y el que más calidad plantea. A la vista del resultado obtenido cabe preguntarse si la valoración de la calidad, evaluada a través de los criterios citados, responde al conjunto de propiedades y atributos que la caracteriza o responde a unos criterios más relacionados con la propia herramienta de valoración.

4.La visión del licitador

El operador económico que acude a la licitación plantea una respuesta a los criterios subjetivos y a los criterios objetivos pensando en maximizar la puntuación. En esa perspectiva analizará la fórmula de reparto de puntos tanteando varias opciones de baja una vez cerrado el estudio económico del contrato. También tendrá en cuenta el histórico de las bajas que le han realizado a la entidad licitante.

Con respecto a los criterios objetivos, cuya puntuación sea alcanzable, ofertará los máximos para garantizarse el cómputo total de los puntos asignados a esos criterios. En consecuencia, este tipo de criterios es neutro ya que, salvo errores o despistes, todos los licitadores ofertaran los máximos para no perder puntos[6].

Con respecto a los criterios objetivos cuya puntuación dependa de lo que ofertan otros licitadores, analizará las fórmulas y criterios de valoración para obtener la máxima puntuación.

Con respecto de los criterios subjetivos buscará un equipo técnico externo o interno que mejor pueda responderlos.

[6] El autor ha realizado un estudio estadístico sobre este aspecto en la muestra considerada. El valor medio de los licitadores que alcanzan el 100% de la puntuación correspondientes a los expedientes donde se han configurado este tipo de criterios objetivos alcanzables es de prácticamente el 94%. Además, en el 63,70% de los expedientes con estos criterios, todos los licitadores han alcanzado el 100% de la puntuación.

Por último, realizará el cierre económico de la oferta y evaluará los riesgos adicionales de aumentar la baja en función del tipo de fórmula económica y del peso asignado a los criterios de evaluación.

Los distintos límites de riesgo segmentados que podemos encontrar en la oferta del licitador son los indicados en la tabla 6, donde: CD es el coste directo, CI el coste indirecto, GG los gastos generales y BI el beneficio industrial. (Castel et, 2021)

Tabla 6 Consideraciones económicas de la oferta (Of) en función del riesgo aceptado por el licitador (Castel et, 2021)

Oferta económica	Situación	Caracterización
Of > (CD + CI) +GG + BI	Oferta viable económicamente	Oferta sin riesgos
Of = (CD + CI) +GG	Oferta límite. Cubre los costes de la obra o servicio y los GG de la empresa	Oferta en el límite
Of < (CD + CI) +GG	Oferta con riesgo no cubre el 100% de los gastos generales de la empresa	Oferta con riesgo
Of < (CD + CI)	Oferta irresponsable	Oferta con riesgo y agresiva

Llevando la segmentación realizada de la oferta económica en la tabla 6 a un gráfico referenciado al

Presupuesto Base de Licitación (PBL) del contrato que se licita, tenemos las situaciones límite que se indican en el diagrama 3.

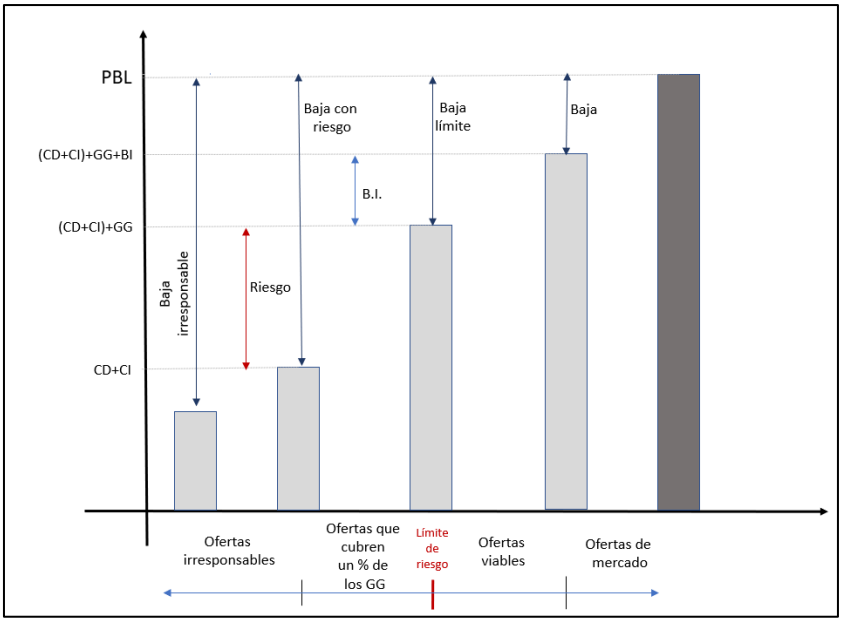


Diagrama 3 Distribución de las ofertas en función del PBL

En resumen, el licitador basa su oferta y estrategia en conseguir la máxima puntuación en cada uno de los criterios de valoración planteados en el pliego, evaluando y asumiendo el porcentaje de riesgo que entienda que debe asumir para alcanzar la máxima puntuación.

5.Conclusiones

De la exposición realizada, podemos extraer las siguientes conclusiones.

1.-El sistema actual de sumar los puntos que corresponden a los criterios de adjudicación no conduce necesariamente a adjudicar el contrato a la mejor relación calidad-precio (caliprecio).

2.-Los licitadores no ofertan precios de mercado estrictamente, ofertan en función de los sistemas de valoración, tomando riesgos en función de dichos criterios con el objeto de conseguir las máximas puntuaciones.

Basándonos en estas dos conclusiones podemos plantear una propuesta para adjudicar el contrato de obra.

6.Propuesta. Una concepción desde un punto de vista holístico

En los contratos de obra, la selección de la oferta más ventajosa tiene dos aproximaciones, una basada en plantear criterios subjetivos y objetivos, que una vez ponderados aportan una puntuación que sirve para adjudicar el contrato al mejor valorado, y otra, que vamos a llamar holística en referencia al concepto de que considera que el sistema de valoración de la oferta de un contrato público de obra se comporta de un modo distinto que la mera valoración de la suma de los criterios de adjudicación. En consecuencia, no puede ser determinada por la simple suma de la puntuación

otorgada a dichos criterios sino por la multiplicidad de interacciones que contienen las partes que la caracterizan.

La acepción legal tradicional en nuestro ordenamiento jurídico se refiere a la oferta que consigue la mejor puntuación al aplicar unos criterios de valoración en una determinada litación y que además se realiza por una empresa que cumple con las condiciones de solvencia establecidas y que acredita las condiciones administrativas y societarias necesarias para contratar con el sector público.

Esta oferta, se ha seleccionado históricamente bajo tres supuestos:

a) La oferta más barata[7].
b) La oferta mejor puntuada utilizando criterios objetivos y subjetivos de carácter técnico-económicos relacionados con el objeto del contrato, con el objetivo de detectar la «oferta económicamente más ventajosa»
c) Criterios objetivos y subjetivos de alcance estratégico. Utilizando criterios técnico-

[7] Se admite que la primera referencia histórica en España en relación con la contratación pública es el Real Decreto de 27 febrero de 1852, publicado por Bravo Murillo. El citado real Decreto vino a regularizar los métodos para la celebración de los contratos públicos y restringir los actos de la Administración con el fin de sujetarlos a límites estrechos, entre ellos el criterio de adjudicación del contrato que como establecía su artículo 1. *"los contratos por cuenta del Estado para toda clase de servicios y obras públicas se celebrarán por remate solemne y público, previa la correspondiente subasta".*

económicos relacionados con el contrato y criterios transversales alineados también con el objeto del contrato, relacionados con las cuestiones sociales, ambientales y de la innovación, con el objetivo de detectar la «oferta con mejor relación calidad precio».

En el primer caso, la oferta se adjudica al más barato sin más trámite que la aceptación o rechazo de las posibles ofertas anormales o desproporcionadas. Los otros dos procedimientos se basan en la asignación de puntos a cada criterio planteado y se selecciona como mejor oferta aquella que obtiene la máxima cantidad de puntos siempre que no haya sido declarada «temeraria» por contener valores anormales o desproporcionados.

La segunda concepción de la oferta más ventajosa, que denominamos holística, puede ser aquella que cumple simultáneamente las siguientes condiciones u objetivos:

1) No sobrepasa el precio máximo estipulado por el órgano de contratación.
2) Se puede ejecutar directamente sin necesidad de modificar el contrato.
3) Cumple el plazo de ejecución del contrato o lo mejora.
4) No genera, en un futuro razonable, gastos de postventa ni sobrecostes al cliente.

Ninguna de las cuatro condiciones establecidas en este supuesto, se puede valorar por encima de las otras, tan importante es que el precio sea igual o menor que la estimación de gasto realizada por el órgano de contratación para satisfacer sus necesidades como que se cumpla el proyecto técnico, el plazo y que no sea

necesario hacer reparaciones y correcciones después de su ejecución. Se trata de que la oferta realizada por el operador económico garantice que se van a cumplir las cuatro condiciones simultáneamente. Con estos criterios debería bastar al órgano de contratación para seleccionar las ofertas más beneficiosas tanto para satisfacer sus necesidades como el interés público. Entre las ofertas que cumplan las cuatro condiciones, es fácil y coherente seleccionar aquella que sea más económica y por tanto la oferta con mejor caliprecio.

Está claro que no todos los operadores económicos pueden garantizar las cuatro condiciones realizando una oferta poco estudiada, irresponsable o temeraria. En cada licitación con este tipo de planteamientos pocas empresas se presentarían, pero las que lo hicieran, lo harían con mucha más precisión en los costes y con la máxima calidad en el planteamiento. Es un grave error creer que cuantas más ofertas tenga un determinado órgano de contratación mejores condiciones de contratación se van a conseguir. Basta con que dos o tres ofertas garanticen las cuatro condiciones anteriores para que la adjudicación del contrato sea un éxito tanto para la empresa como para el órgano de contratación y por supuesto para la sociedad receptora de las infraestructuras o de los bienes.

Para que este planteamiento sea viable, resulta necesario que el proyecto técnico de las obras se haya desarrollado con la suficiente calidad en su diseño, con una cuidada implantación en el terreno, precisión en las mediciones y con los detalles constructivos resueltos y bien valorados. Para ello, la Entidad pública contratante debe licitar un contrato de servicios para la redacción del

proyecto que permita seleccionar ofertas que cumplan dichas condiciones abandonando la idea de conseguir proyectos rápidos y económicos. Abraham Lincoln dijo: "Si tuviera 8 horas para cortar un árbol, pasaría las primeras 6 afilando el hacha". Que aplicado al tema significa que se debe destinar mucho más tiempo y recursos al desarrollo del proyecto de construcción si queremos que sirva para ejecutar una obra que cumpla con las cuatro condiciones que estamos planteando. Otra vía, que puede ser complementaria a la anterior, podría ser considerar la «perfección del proyecto» en el proceso de licitación y que las empresas constructoras pudieran mejorar el proyecto sin que ello suponga introducir variantes, ni mejoras adicionales, sino introduciendo las mediciones correctas, los detalles de construcción necesarios y el resto de los elementos tendentes a corregir defectos, mejorar el proyecto y sintonizarlo mejor con procesos constructivos reales y realizables en un entorno presidido por una calidad-precio adecuada al nivel que demanda nuestra sociedad.

En este caso, el criterio de valoración cualitativo sería único y consistiría en averiguar si la oferta presentada cumple o no cumple las cuatro condiciones anteriores. Para ello, la empresa licitadora debería adquirir los compromisos contractuales necesarios por un lado y por otro, justificar su cumplimiento aportando los estudios, medios y perfeccionamientos realizados para que el técnico evaluador pudiera tener los elementos de juicio necesarios para considerar si la oferta cumple los criterios establecidos más allá del mero compromiso del licitador. Aquellas que los cumplen pasarían a la fase final, que consistiría en averiguar cuál es la más barata.

Por tanto, cabe preguntarse si los criterios de valoración de las ofertas en los contratos de obras que se vienen utilizando sirven de modo efectivo para conseguir estos cuatro objetivos o simplemente se utilizan como una «herramienta estándar de contratación» cuyo objeto es únicamente justificar administrativamente un sistema de puntuaciones que, en nuestra opinión, no justifican suficientemente la elección de la oferta con mejor caliprecio.

7.Referencias

- CASTEL AZNAR, L. (2018). *Gestión de ofertas y licitaciones públicas.* Madrid. La Garceta. Madrid 2018.
- CASTEL AZNAR, L., MONTALBÁN DOMINGO, L., PELLICER ARMIÑANA, E., & CATALÁ ALÍS, J. (2021). "Presupuesto Base de Licitación en los contratos de obra y servicios: impulso de la transparencia en su definición". 25th International Congress on Project Management and Engineering. Alcoi, 6th – 9th July 2021.
- CIUTAT CORONADO, A. (2021) "¿Com formular els criteris de valoració?" Publicado el 21 /04/2021. En https://contractacio.gencat.cat/ca/difusio/actualitat/noticia/n-20210421-criteris-valoracio
- FUEYO BROS MANUEL. (2014). "Los criterios de adjudicación: aspectos prácticos para la valoración del precio". Ponencia V Seminario de Contratación Pública. Formigal (Huesca) 22-24 Septiembre 2014

- JAVALOYES DUCHA MIGUEL (2022) *"La regulación de los criterios de adjudicación en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público"* En:https://derecholocal.es/opinion/la-regulacion-de-los-criterios-de-adjudicacion-en-la-ley-9-2017-de-contratos-del-sector-publico
- PINTOS SANTIAGO, J. (2021) "La valoración de los criterios automáticos de adjudicación". En https://www.jaimepintos.com/la-valoracion-de-los-criterios-automaticos-de-adjudicacion/
- PINTOS SANTIAGO, J. (2021). "Desglose del Presupuesto Base de licitación (PBL)". Mensaje en: https://www.jaimepintos.com/desglose-del-presupuesto-base-de-licitacion-pbl/
- MURATORIO JORGE IGNACIO (2021). "Los criterios de adjudicación de ofertas en la contratación pública". https://www.obcp.es/opiniones/los-criterios-de-adjudicacion-de-ofertas-en-la-contratacion-publica
- ZULUETA BENITO. A. (2016). "Límite a las fórmulas de valoración del criterio precio". Auditoría Pública nº 67 junio (2016), pp. 93 – 104

Gabilex

Nº 36

Diciembre 2023

http://gabilex.castillalamancha.es

LA COLECTIVIZACIÓN COMO CABALLO DE TROYA: DE LA DEMOCRACIA A LA OCLOCRACIA

COLLECTIVIZATION AS A TROJAN HORSE: FROM DEMOCRACY TO OCHLOCRACY

D. Hugo Santos Aso
Investigador en el Centro de Investigación de Gobernanza Global (CIGG), Universidad de Salamanca.
Teniente Coronel del Cuerpo de Infantería de Marina de la Armada.

Resumen: En los tiempos actuales, la realidad sociopolítica nacional e internacional es compleja. La polarización de la sociedad, la dificultad para alcanzar consensos y las crisis económicas globales se unen en un escenario donde se cuestionan los valores democráticos. Esto desgasta el modelo de convivencia, las instituciones y la estructura jurídica del Estado.

El presente artículo trata de destacar la importancia del ciudadano individual en la defensa de nuestra democracia, como depositario legítimo de la soberanía nacional. Se aborda el asunto analizando la amenaza que para nuestro modelo supone la colectivización, pues puede difuminar el rol del individuo en el grupo y debilitar así la democracia, facilitando además el

enfrentamiento y la polarización. Se añade además una visión histórica de cómo esta metodología ha sido empleada anteriormente, especialmente durante la Guerra Fría, como parte del enfrentamiento entre bloques.

Tratamos de aportar una visión transversal, interdisciplinar, que deliberadamente huye de la perspectiva técnico-jurídica. El propósito es incitar a la reflexión sobre cómo puede afectar la realidad geopolítica global a nuestro marco de convivencia, para valorar cómo podemos adaptar convenientemente los mecanismos de defensa de nuestra democracia.

Palabras clave: democracia, oclocracia, Control Reflexivo, colectivización, polarización, hegemonía

Abstract: Nowadays, the national and international socio-political reality is complex. The polarization of society, the difficulty of reaching consensus and global economic crises come together in a scenario where democratic values are contested. This erodes the model of coexistence, the institutions and the legal structure of the State.

This article tries to highlight the importance of the individual citizen in the defense of our democracy, as the legitimate depositary of national sovereignty. The issue is addressed by analyzing the threat that collectivization represents for our model, since it can blur the role of the individual in the group and thus weaken democracy, also facilitating confrontation and polarization. It also adds a historical view of how this methodology has already been

used, especially during the Cold War, as a part of the confrontation between blocks.

We try to provide a transversal vision, which deliberately avoids a technical-legal perspective. The aim is to encourage reflexion on how the global geopolitical reality can affect our framework of coexistence, to assess how to adapt the defensive mechanisms of our democracy.

Keywords: democracy, ochlocracy, Reflexive Control, collectivization, polarization, hegemony.

Sumario:

I. LIBERTAD Y SEGURIDAD

II. ROTACIÓN DE MODELOS. PERSPECTIVA HISTÓRICA

III. ARTICULACIÓN DE SOCIEDADES

IV. HEGEMONÍA GLOBAL Y GUERRA ABSOLUTA

V. DEL INDIVIDUO RESPONSABLE A LA MASA MANIPULABLE

VI. COLECTIVIZACIÓN Y POLARIZACIÓN

VII. SOBRE EL CONTROL REFLEXIVO

VIII. PERVIRTIENDO LA DEMOCRACIA

IX. CONCLUSIONES

Fuentes bibliográficas

«Democracia: sistema político en el cual la soberanía reside en el pueblo, que la ejerce directamente o por medio de representantes»

«Oclocracia: gobierno de la muchedumbre o de la plebe»

«Democracy: political system in which sovereignty resides in the people, who exercises it directly or through representatives»

«Ochlocracy: government by the mob, mob rule, mobocracy»

I. LIBERTAD Y SEGURIDAD

Defiende ESCOHOTADO[8] que la organización social ha sido un devenir histórico entre pulsiones opuestas: el individuo frente al colectivo, la libertad frente a la seguridad. Como elemento bisagra entre ambos están las crisis, momento histórico en que se revisan los valores de la sociedad, cambiando la forma en que éstas se gobiernan. Defiende también que en las sociedades donde prima la libertad individual asociada al libre comercio, suele haber grandes avances en el bienestar de los ciudadanos, aunque dejando gente atrás.

Esta realidad no es eterna, de forma que cuando el mal gobierno y la corrupción se unen al propio desgaste de los ciclos económicos, el bienestar se compromete. Es entonces cuando las crisis se dejan sentir en toda su crudeza. Primero serán económicas para, si revisten

[8] ESCOHOTADO ESPINOSA, A., *Los enemigos del comercio*. 17ª edición. Editorial Planeta S.A., Barcelona, 2008

suficiente gravedad, devenir en crisis ideológicas e institucionales que obliguen a la revisión profunda del sistema sociopolítico. En el peor escenario, esto provocaría el derribo del sistema previo y el advenimiento de otro distinto. Si este cambio de organización social ocurre sin acuerdo entre el sistema que muere y el que nace, hablaríamos de una *revolución*, fenómeno tradicionalmente asociado al uso extensivo de la violencia.

Las crisis ponen a prueba la resistencia del sistema sociopolítico y condicionan las relaciones sociales entre individuos. Según MASLOW[9] cuanto más dura sea la crisis, menos probable es el desarrollo de sociedades avanzadas, pues el individuo centrará sus esfuerzos en asegurarse la cobertura de sus necesidades básicas (alimento, agua, salud, seguridad personal, reproducción…). Así, es frecuente ver cómo durante las crisis, la sociedad se retrae y los individuos se organizan en "grupos de seguridad", frecuentemente asociados a la familia o en torno a elementos identitarios como raza, lengua, cultura o religión.

Cuando los modelos sociales basados en la libertad y el individuo afrontan crisis de especial dureza, estos dos valores pasan a ser vistos con desconfianza, como pilares fallidos de un sistema que se tambalea. Es

[9] VÁZQUEZ MUÑOZ, M. D. P. y VALBUENA DE LA FUENTE, F., "La Pirámide de Necesidades de Abraham Maslow", UCM, Madrid, 2010. [Online]. Disponible: https://www.academia.edu/40517751/La_Pir%C3%A1mide_de_Necesidades_de_Abraham_Maslow Acceso: marzo 07, 2023.

entonces cuando los modelos colectivistas emergen como una alternativa realmente atractiva, pues dicen ofrecer la seguridad que en las crisis falta. El precio de esta seguridad consiste en difuminar el individuo en el grupo y entregar gran parte de la libertad individual a quien lo gobierne.

Así, ESCOHOTADO[10] define dos grandes modelos sociopolíticos en función de la primacía de sus valores. En el "comercial-voluntario" prima el individuo sobre el colectivo y la limitación a la libertad mediante la ley obedece simplemente a la necesidad de garantizar la convivencia en sociedad. Entre sus características más recurrentes están el respeto a la propiedad privada y al libre comercio. A este modelo se contrapone otro llamado "clerical-militar", donde el colectivo prevalece sobre el individuo, que cede gran parte de su libertad a cambio de la seguridad que proporciona el grupo. Aquí la élite en el poder regula la convivencia mediante normas directoras de la vida individual, totalmente subordinada al colectivo, dictando incluso los aspectos más íntimos de las relaciones personales. Son frecuentes también las ofensivas contra la propiedad privada y el libre comercio.

El círculo se completa cuando ambas opciones, durante su periodo de vigencia, se van corrompiendo desde dentro, deformándose y traicionando sus propios

[10] ESCOHOTADO ESPINOSA, A., "Conferencia magistral sobre 'Los enemigos de la realidad'", Centro de Investigaciones Culturales Universidad de Sevilla (CICUS) Sevilla, 2013. [Online] Disponible: https://www.youtube.com/watch?v=E-Z-xyvkue4 Acceso: marzo 28, 2023.

principios. Esto ocurrirá bien de forma natural o con el concurso de injerencias externas (adversarios). Así, el abuso de la libertad individual frente a la ley que garantiza la vida social acelera la inoperancia del sistema. Esto agrava las crisis y deriva en un mayor apoyo ciudadano a modelos colectivos que prometan seguridad. Por su parte, en el modelo colectivo degradado, su élite dirigente suele abusar de su posición de poder frente al pueblo. Esto suele provocar, a la larga, la reacción ciudadana de demanda de libertad individual y la implantación de un modelo sociopolítico acorde.

Si comprendemos cuál de estos dos modelos generales es dominante en un momento dado, entenderemos también qué implica su alternativa cuando entre en crisis. Por último, debemos entender que el peor enemigo de cada modelo es él mismo. La traición a sus propios valores hace del modelo alternativo una solución sugerente.

II. ROTACIÓN DE MODELOS. PERSPECTIVA HISTÓRICA

La forma de gobierno generalizada hoy en Occidente, la democracia burguesa/ liberal tiene entre sus pilares valores como la libertad de expresión y religiosa, la separación de poderes, la igualdad entre individuos o el libre comercio. Pero entre todos ellos hay un pilar fundamental: la libertad individual. Así ha sido desde que las colonias estadounidenses, en su camino a la independencia, modelaron los términos de la democracia liberal que es hoy hegemónica, con matices, en la mayor parte de Occidente. El individuo es el centro del sistema, pues en él se deposita la soberanía nacional, aunque la

delegue mediante el voto en representantes que la ejerzan en su nombre. Nuestra democracia encaja, por tanto, con el modelo "comercial-voluntario".

Nuestro sistema sucedió y derrotó al Antiguo Régimen, modelo claramente "clerical-militar". En él, la élite dirigente, a menudo personalizada en el monarca, era dueña del todo y dictaba las normas de la vida social, incluyendo la vida íntima de la persona.

A nuestra democracia se han opuesto después otros modelos colectivistas, marcadamente ideológicos, en los que típicamente una élite dirigente determina en nombre del pueblo las reglas por las que éste ha de regirse. Hablamos, en el siglo XX, de los sistemas derivados del marxismo. Socialismo, comunismo, fascismo o nacionalsocialismo trataron de repartirse el mundo contra las democracias liberales[11] bajo una visión colectivista, escenificada mediante la sucesiva invasión de Polonia en 1939 por alemanes y soviéticos. No obstante, sus graves diferencias les convirtieron durante esa misma contienda en enemigos acérrimos.

[11] La Resolución del Parlamento Europeo sobre la importancia de la memoria histórica europea para el futuro de Europa (2019/2819(RSP)), de 19 de septiembre de 2019 recuerda, entre otras cuestiones, el acuerdo entre la Alemania nacionalsocialista y la URSS estalinista para la invasión de Polonia en 1939, que se considera el inicio formal de la Segunda Guerra Mundial. Este acuerdo se formalizó mediante la firma del pacto Molotov-Ribbentropp entre ambas potencias.

Algunos autores, como COLOMA[12], identificaron un tercer modelo sociopolítico, intermedio y adversario de liberalismo y marxismo, rivales a su vez entre ellos. Hablamos de un modelo donde primaría lo colectivo sobre lo individual pero profundamente influido por la tradición judeocristiana y la religión, entendida esta como un sentido humano de la transcendencia que el marxismo niega[13]-. Este modelo, se opondría a su vez al marxista (colectivista laicista) y a las democracias liberales, donde el individuo es el centro de una sociedad capitalista, individualista y eminentemente laica.

Tras la Segunda Guerra Mundial, con la Guerra Fría, se produjo un enquistamiento en esta lucha, al ser incapaz cada modelo de imponerse globalmente al otro. En el área de influencia de Occidente prevalece hasta hoy la visión individualista de la sociedad, mientras que en el área de influencia de Rusia y China lo hace una visión más colectivista.

Este enfrentamiento transciende las visiones tradicionales asociadas a los ámbitos militar y económico. El concepto "hegemonía" hoy cobra mucho más sentido si se le interpreta según la visión de GRAMSCI[14], como un sistema de valores que, dictados

[12] COLOMA, E., *El reto. Lo que pone en juego la subversión*, Escelicer, Madrid, 1972, págs. 35-37.
[13] Para Coloma, este modelo estaba seriamente amenazado por marxismo y liberalismo capitalista ya en los años 70.
[14] El italiano Antonio Gramsci (1891-1937) sostiene que para ejercer la dominación sobre la población, las élites deben ser capaces de inducir las reglas de comportamiento social en ella, hasta que sean interiorizadas. Esta idea se desarrolla en un primer momento como crítica a la visión elitista de la filosofía,

por una élite, son interiorizados por la población, que los hace suyos. Es decir, ser hegemónico no implica (sin descartarlas) la clásica superioridad militar y económica a nivel global, sino más bien la capacidad para dictar las reglas según las que Estados e individuos deben regirse socialmente.

Dictar las normas de esta forma ofrece dos grandes ventajas. La primera, que se dictan normas favorables a la propia permanencia en el poder, lo que dificulta la acción de cualquier rival. La segunda es que, al propagarse mediante la interiorización, las normas "dictadas" son asumidas con el tiempo como "propias" por la población objetivo… al menos hasta la siguiente

---

que limita el pensamiento autónomo de los ciudadanos, dejándolos en manos de la élite dirigente. Este enfoque es abordado en GRAMSCI, A., *El materialismo histórico y la filosofía de Benedetto Croce*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1971. Con posterioridad, desde la cárcel, profundiza en el concepto de *Hegemonía* con el que se refiere a la forma de dominación indirecta (cultural) ejercida por dicha élite mediante la acción de sus agentes afines, los *intelectuales*. Parte de la premisa de que el *sentido común* no es algo objetivo, sino un constructo social que se puede alterar. El objetivo es ser capaz de dictar ese *sentido común* para condicionar el comportamiento considerado "normal" por la población. Quien consiga inducir su visión de *sentido común* haciendo que la población lo interiorice, ostentará la *hegemonía cultural* y con ella el poder político. Este proceso, así como las acciones revolucionarias para establecer y difundir una *hegemonía alternativa*, las detalla en su obra *Cuadernos de la Cárcel*, escogida en GRAMSCI, A., *Pasado y presente*, Juan Granica, Barcelona, 1977.

crisis, en que esas normas serán nuevamente cuestionadas.

III. ARTICULACIÓN DE SOCIEDADES

Independientemente del modelo sociopolítico elegido, los elementos sobre los que toda sociedad se articula suelen replicarse. Debemos conocerlos, pues todo cambio sociopolítico se operará mediante narrativas que hagan referencia a todos o parte de ellos.

El elemento base de la sociedad es la cobertura de necesidades básicas, pues no es posible la existencia de una sociedad avanzada sin que sus ciudadanos perciban que las tienen cubiertas. Esto incluye tanto las necesidades fisiológicas básicas (alimentación, salud, reproducción, etc.) como una mínima seguridad del entorno para desarrollarlas. Es decir, que el individuo no tenga que luchar por su supervivencia[15].

Con las anteriores garantizadas, sí podemos plantearnos unos modelos de interacción y desarrollo social más profundo. Ahí entran otros elementos articuladores de estas dinámicas sociales, y que suelen identificarse con lengua, cultura, etnia y religión. Transversal a todos ellos se encuentra la educación, que orienta socialmente sobre cómo éstos deben interpretarse. Es la educación la que, como complemento a las enseñanzas que recibimos en el ámbito familiar, nos enseña desde nuestra infancia qué lengua o lenguas usar en cada momento, nuestro

[15] VÁZQUEZ MUÑOZ, M. D. P. y VALBUENA DE LA FUENTE, F., "La Pirámide (…)" op. cit., pág. 2.

acervo cultural y cómo coexisten en la sociedad las diferentes etnias y religiones.

El equilibrio entre estos factores es la "receta de éxito" de cada sociedad, y la "receta" podrá ser distinta entre sociedades diferentes. Esto explica que haya sociedades de éxito monolingües, plurilingües, o de una o varias etnias, culturas o religiones coexistentes. La sorpresa es que los elementos sobre los que se cohesiona la sociedad son, si se permite el paralelismo, como la belladona: en determinadas dosis unen a la población, pero en otras pueden contribuir decisivamente a la polarización, fractura y quiebra de la sociedad.

Así, no debe sorprendernos descubrir que detrás de todo enfrentamiento social suele haber una base (o *percepción*) de no cobertura de necesidades básicas en la población. Muy probablemente, encontraremos además una separación de la sociedad en grupos diferentes y enfrentados entre sí, por razón de lengua, cultura, etnia o religión, y frecuentemente varias a la vez. Debe entenderse el lado oscuro de estos elementos desde la perspectiva de que para que haya enfrentamiento debe haber partes y estos elementos contribuyen a la identificación de grupos y por lo tanto a la separación de los mismos. Además, son elementos de relación social, y la guerra, como veremos, es un fenómeno social[16].

[16] AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, F., "La cultura como factor polemológico", IEEE (Instituto Español de Estudios Estratégicos) Documento de análisis, no. 61/2016, págs. 78–

El cambio de percepción respecto a estos elementos suele inducirse desde la educación, sea esta la oficial del Estado u otra paralela, incluido aquí el ámbito familiar. Así, el control de la educación será clave tanto para quien pretende preservar el modelo de organización sociopolítica vigente como para quien pretenda derribarlo y sustituirlo por otro.

Debemos terminar este análisis de factores con el *momento*, pues existe un *cuándo* ideal para que los elementos cohesionadores de la sociedad pasen a desempeñarse como elementos de diferenciación y polarización: las crisis. Éstas, recurrentes y hasta cierto punto periódicas, se caracterizan por provocar el empeoramiento de las condiciones de vida de la población, pudiendo llegar a comprometer la satisfacción de sus necesidades básicas.

En este escenario, la cuestión a la eficacia del sistema sociopolítico vigente se hace palpable y la fractura social e incluso la guerra se hacen más probables: «Ningún gobierno puede prescindir de la hipótesis de una crisis económica y no puede, especialmente, prescindir de la hipótesis de verse constreñido a encarar una guerra»[17]. Conforme se degrada la situación, una crisis inicialmente económica puede derivar en otras de carácter institucional e ideológico, que den pie al derribo del sistema anterior y al ascenso al poder de una alternativa revisionista. Las crisis de esta naturaleza suelen apoyarse en las llamadas "causas de nivel profundo",

88. Disponible: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6029254.pdf

[17] GRAMSCI, A., *Pasado* (…), op. cit., pág. 38.

generalmente asociadas a desagravios o rivalidades históricas y asociadas generalmente a los factores de etnia, cultura, lengua o religión[18]. Es entonces cuando estos elementos dejan de actuar como cohesores y se convierten en elementos diferenciadores, naturaleza que habrá permanecido latente hasta entonces.

IV. HEGEMONÍA GLOBAL Y GUERRA ABSOLUTA

Decíamos que la lucha por la hegemonía a nivel Global puede interpretarse como una competición entre potencias por "imponer su hegemonía", en sentido gramsciano. Esto es, por hacer prevalecer una determinada forma de organizar la sociedad sobre otras. Esto cobra de nuevo sentido en la actualidad, pues parece replicarse el enfrentamiento entre el Occidente individualista y el antiguo bloque del Este, colectivista, representado principalmente por China y Rusia. Para entender el "hoy", explicaremos muy brevemente cómo ha ido mutando la naturaleza del enfrentamiento.

[18] IEEE (Instituto Español de Estudios Estratégicos), "Análisis factorial de las causas que originan conflictos bélicos," Cuadernos de Estrategia, nº 69, Ministerio de Defensa, Madrid, Octubre 1994, págs. 28–30. En dicho análisis se clasifican las causas de los conflictos en tres niveles: "profundo o de las estructuras", "medio o de la coyuntura" y "superficial o de litigio". Las del nivel profundo se asocian a rivalidades históricas, conflictos nacionalistas, religiosos, etc. Son muy perdurables a lo largo del tiempo, aunque puedan desaparecer de la actualidad sociopolítica durante periodos amplios, pasando a un modo latente, y reactivándose en periodos de crisis.

Hay un primer estadio, que se prolonga hasta el siglo XVIII, en que la sociedad es capaz de generar un excedente de producción tal que permite detraer población activa para dedicarla permanente y profesionalmente a prepararse para la guerra[19]. Hacia finales del s. XVIII se pasa a un periodo de *democratización* de la guerra, pues se involucra a *todo el pueblo* en ella[20], con grandes levas de soldados que necesitan todos los recursos que la nación pueda proporcionar. Esta labor de sostenimiento del esfuerzo bélico realizado por no combatientes en la retaguardia es clave para obtener la victoria, por lo que es necesario involucrar a toda la nación. Se conseguirá mediante el uso de la propaganda como arma de guerra, e inoculando con ella el odio al adversario como motor de la voluntad de vencer de las masas populares[21]. Este

[19] AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, F., *Entender la guerra en el siglo XXI*, Editorial Complutense, Madrid, 2011, págs. 121-150, realiza un exhaustivo análisis de la evolución de la guerra como fenómeno social, desde las *Guerras Premodernas* hasta las actuales, que corresponderían a la *Cuarta Generación.* Dicha evolución es efecto cruzado de la capacidad de producción de excedentes, el desarrollo de tecnología letal y los esfuerzos de los Estados para poner límites legales a la guerra, o de romper estos límites cuando la derrota es segura.

[20] FRAGA IRIBARNE, M., "La guerra sin límites", Revista de Estudios Políticos, nº 89, 1956, págs. 41–52. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2129114, Acceso: mar. 17, 2023

[21] SCHMITT, C., *Teoría del partisano, Acotación al concepto de lo político*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963 estudia cómo la guerra rompe sus reglas, expandiéndose fuera del campo de batalla e implicando a las masas populares mediante la propaganda dirigida y la definición inequívoca de un

proceso se puede seguir a través del estudio de las guerras americanas, o, en Europa, las napoleónicas, incluyendo muy especialmente la Guerra de Independencia de España (1808-1814). No obstante, independientemente de sus formas, hubo algo que no cambió apenas: la paz era paz y la guerra era guerra. Un código binario.

Entre el Congreso de Viena (1814-1815) y la Primera Guerra Mundial (1914-1918), se trató de contener esta expansión de los límites de la guerra, procurando mantenerla dentro de los campos de batalla tradicionales. Sin embargo, el ascenso de Lenin al poder tras la revolución de octubre de 1917 produjo un nuevo y significativo vuelco. Dos ideas sostenían su concepción de la guerra: la necesidad de definir inequívocamente un enemigo y la continuación de la guerra hasta que ese enemigo es completamente aniquilado[22].

La guerra pasa entonces a ser absoluta, y desborda de los campos de batalla tradicionales para trasladarse también a todas las actividades sociales: cultura, educación, religión… donde pueda generarse enfrentamiento, habrá guerra. Incluso aunque en un momento dado no se estén matando soldados en el campo de batalla. La guerra transciende entonces el marco definido por el enfrentamiento entre Estados y se desplaza hacia narrativas de lucha de clases que deben

enemigo. Para el autor, este proceso comenzaría con las guerras napoleónicas y la Guerra de Independencia española y tendría uno de sus puntos culminantes con Lenin.

[22] SCHMITT, C., *Teoría del* (…) op. cit., págs. 69-75.

enfrentarse, utilizando para ello cualesquiera métodos que puedan ser de utilidad[23].

Lenin no cree por tanto en treguas o en acuerdos de paz si el enemigo no ha sido aniquilado. De hecho, desprecia tales cosas equiparándolas a un mero juego –en ruso, *igra*-, en contraposición con la guerra verdadera o *voyna*[24]. La guerra es para él una herramienta de la acción política, cuyo objetivo es imponer incondicionalmente la voluntad al vencido. La importancia de Lenin es capital como inspirador de lo que a partir de la Segunda Guerra Mundial Agnew llamó "era de la geopolítica ideológica"[25], pues la base doctrinal del bloque del Este fue precisamente el marxismo-leninismo.

Para entender esta nueva forma de enfrentamiento, es muy orientativo el llamado *Telegrama Largo*, en el que KENNAN[26] alerta sobre los métodos que adivina en la URSS para desgastar a Occidente. Se trata de combinar acciones encubiertas, no atribuibles directamente a la

[23] ILICH "LENIN", V., "La guerra de guerrillas", *Proletari*, vol. 5, 30 de septiembre de 1906, Biblioteca de textos marxistas, [Online]. Disponible: https://www.marxists.org/espanol/lenin/obras/1900s/30-ix-06.htm Acceso: Marzo 29, 2023, indica que el revolucionario no es capaz de predecir por qué medios combatirá la próxima revolución, sino que observará su entorno, la lucha en las calles y adaptará sus métodos.
[24] SCHMITT, C., *Teoría del (…)* op. cit., pág. 73
[25] AGNEW, J., *Geopolítica: Una Re-visión de la política mundial*. Titivillus, 1998, págs. 157-173.
[26] KENNAN, G., "The Kennan 'Long Telegram,'" Moscú, 1946. [Online]. Disponible: http://www.ntanet.net/KENNAN.html Acceso: Marzo 29, 2023.

URSS como Estado con una aproximación "oficial" posterior, cuando la acción encubierta ha tenido éxito y el Estado atacado está ideológicamente bajo su influencia. Esto se complementaría mediante la acción desde las Organizaciones Internacionales en las que la URSS hubiera alcanzado una posición de influencia[27].

Por otro lado, describe la aproximación soviética para resquebrajar la cohesión en las sociedades objetivo. En primer lugar, identifica la necesidad de captar a sujetos críticos con el sistema sociopolítico en que viven, *sean ideológicamente afines o no*. De entre ellos, es clave captar a los más influyentes en los diferentes ámbitos de la sociedad civil para que, una vez atraídos a la esfera de influencia marxista, influyan sobre el resto de la sociedad. Destacan específicamente como objetivo de captación la intelectualidad de los ámbitos educativo y cultural, con pleno acceso a la juventud, más abierta a nuevos planteamientos[28]. Esta aproximación intelectual se complementó frecuentemente con otra económica, sobre el concepto de *dumping:* facilitar recursos incluso por debajo de los precios de mercado a los grupos que se pretendía captar para ganar su favor[29].

---

[27] Tal ha sido el caso de la ONU, en donde primero la URSS y ahora Rusia en su lugar se sientan como miembros permanentes en el Consejo de Seguridad, con derecho a veto. Requiere un estudio detallado sobre qué posiciones en qué Organizaciones son útiles para favorecer sus intereses como Estado.

[28] COLOMA, E., *El reto* (…) op. cit., págs. 40-43 y 74-77

[29] ARNAIZ HIDALGO, A., *La guerra subversiva en la defensa nacional*, CESEDEN (Centro Superior de Estudios de la Defensa

Los elementos disconformes de la sociedad, aunque inicialmente estuvieran en posiciones ideológicas muy divergentes de las de los Estados marxistas, acaban dependiendo de ellos, pues éstos patrocinan sus acciones. Así, la ideología acababa impregnando el objetivo inicial del grupo, desvirtuándolo y condicionándolo a los nuevos patrocinadores. Asociaciones culturales, de mujeres, lingüísticas, de minorías raciales, religiosas, etc, sin conexión ideológica aparente, acabaron bajo órbita ideológica marxista, hecho que en algunos casos, todavía tiene eco en nuestros días.

Sobre esa aproximación, se anticipó el control de grupos o colectivos, como «sindicatos, ligas juveniles, organizaciones femeninas, asociaciones raciales, religiosas, sociales, grupos culturales, revistas liberales, agencias de publicidad, etc.»[30]. El objetivo es claro: separar a la sociedad en *colectivos* para poderlos enfrentar a otros grupos o *colectivos* presentados como enemigos irreconciliables. Así, el enfrentamiento se traslada a todos los ámbitos y sustratos sociales, de forma que «los pobres se enfrentarán a los ricos, negros contra blancos, jóvenes contra viejos, inmigrantes contra residentes, etc»[31]. El papel del odio en el control de las masas es fundamental. Se trata de debilitar una

Nacional), Madrid, 1978, pág. 5, expone el concepto *dumping* y cómo fue usado durante la Guerra Fría para establecer una vía de penetración legal de carácter técnico y comercial con terceros países y sobre ella ampliar la esfera de influencia geopolítica.

[30] KENNAN, G., "The Kennan (…)" op. cit., pág. 4.

[31] KENNAN, G., "The Kennan (…)" op. cit., pág. 5.

sociedad polarizando a su población, para hacerla así más vulnerable y poder, a nivel global, prevalecer sobre ella más fácilmente.

Sobre esta misma base metodológica de colectivizar grupos para enfrentarlos a otros grupos se extendió durante la Guerra Fría una adaptación de gran éxito: la de reinterpretar los agravios raciales como lucha de clases[32]. Este punto de vista les valió para presentarse como "liberadores" durante la conocida como "descolonización". Así, China y la URSS ganaron influencia geopolítica al rellenar el vacío dejado por las potencias europeas en los nuevos Estados. Desgraciadamente para éstos, la libertad obtenida con patrocinio soviético o chino frecuentemente se transformaba en una dictadura marxista de partido único que desembocaba en una guerra civil. Mali, Guinea Bissao, Angola o Mozambique son algunos ejemplos.

Pero sin duda, la que probablemente es la acción de control de colectivos más audaz y sorprendente de la Guerra Fría es la conocida como Teología de la Liberación. A través de ella, el marxismo fue capaz de parasitar la propia doctrina de la Iglesia Católica para servir a sus fines geopolíticos de influencia en Hispanoamérica, llegando a provocar un cierto cisma. Tal

[32] MAO, T.-T., "La cuestión racial es una cuestión de clase", Pekín, 1963. [Online]. Disponible: https://www.marxists.org/espanol/mao/escritos/1963agosto08.htm Acceso: Marzo 29, 2023. En el referido encuentro con líderes africanos, Mao equipara los agravios imperialistas de Occidente en África con la opresión de clase, estableciendo así un vínculo de interés común entre China y los africanos.

y como explicaba el luego Papa Benedicto XVI, se consiguió cuando el marxismo redirigió la *opción preferencial por los pobres* de que habla el Evangelio hacia narrativas de lucha de clases y de enfrentamiento de pobres contra ricos, oprimidos contra opresores. Obvia intencionadamente que la doctrina cristiana no busca con la *preferencia por los pobres* el enfrentamiento, sino la empatía y hermandad entre seres humanos que son prójimos entre sí, nunca enemigos[33].

Nótese como una vez más se inocula el odio de clase como motor para el control de colectivos. Esta reinterpretación sesgada de la religión, apoyada desde los sermones de sus propios teólogos, sirvió para multiplicar la influencia de las potencias marxistas, especialmente la URSS, en una zona de gran importancia geopolítica global, pues Hispanoamérica se consideraba el "patio trasero de EEUU". También demostró que no había límites ni zonas seguras ante la metodología marxista. Obvia decir que, una vez puesta en juego una nueva forma de entender el enfrentamiento, ésta pasa a ser adoptada por los contendientes, tanto presentes como futuros, con las adaptaciones procedimentales, doctrinales o ideológicas necesarias. Esto tiene su eco en nuestros días cuando se acusa a Occidente, especialmente a EEUU, de estar detrás del hostigamiento

[33] RATZINGER, J., *Instrucción sobre algunos aspectos de la 'teología de la liberación',* Sagrada Congregación para la doctrina de la Fe, Roma, 1984. [Online]. Disponible: https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19840806_theology-liberation_sp.html Acceso: Febrero 01, 2023.

y derribo de regímenes no afines mediante aproximaciones indirectas, como los postulados de Gene Sharp[34] o las revoluciones de color[35].

Tras el fin de la Guerra Fría y el periodo subsiguiente dominio global occidental, todo apunta a que nuestro presente se corresponde con un nuevo periodo de lucha por la hegemonía. Hasta la invasión rusa de Ucrania, la posibilidad de una guerra *convencional* era harto improbable para un ciudadano occidental. Sin embargo, desde hace más de una década se han popularizado conceptos como la *Zona Gris*, que define esa parte del llamado *Espectro de los conflictos* en que los adversarios actúan de mala fe, pero con un nivel de hostilidad controlada, insuficiente para iniciar una guerra en el

[34] SHARP, G., *De la Dictadura a la Democracia. Un Sistema Conceptual para la Liberación*, The Albert Einstein Institution, Boston, 2003. [Online].
Disponible: https://www.aeinstein.org/wp-content/uploads/2013/09/DelaDict.pdf Acceso: Febrero 20, 2023, detalla toda una metodología sobre cómo enfrentarse a un sistema sociopolítico (una dictadura) mediante métodos de enfrentamiento no violentos. Abarca desde lo más general y estratégico hasta el mínimo nivel de detalle.

[35] KORYBKO, A., *Hybrid Wars: The indirect adaptative approach to regime change*. Institute for Strategic Studies and Predictions PFUR. Peoples' Friendship University of Russia, Moscú, 2015, estudia, desde la perspectiva rusa, cómo Occidente estaría amenazando su estabilidad mediante la llamada *Guerra no convencional.* Implicaría, entre otros métodos, la manipulación de las masas mediante acciones de influencia.

sentido militar, clásico[36]. En realidad, esta forma de actuar ya existía en la Guerra Fría bajo otras denominaciones, como por ejemplo *Salami Tactics*[37]

[36] ESTADO MAYOR DE LA DEFENSA (EMAD), *PDC-01 (A) Doctrina para el empleo de las FAS*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2018. Disponible: https://emad.defensa.gob.es/unidades/CCDC/Documentos_CCDC.html Acceso: Marzo 29, 2023, págs. 88-91, detalla conceptos que se adaptan a una nueva forma de entender el enfrentamiento, como *Amenaza Híbrida* o *Zona Gris*. El Espectro de los conflictos se corresponde con una representación gráfica de los diferentes niveles de intensidad posibles en un enfrentamiento, con la paz total en uno de sus extremos y la guerra (enfrentamiento de alta intensidad) en el lado opuesto.

[37] SCHELLING, T. C., *Arms and influence. With a new preface and afterword*, edición de 2008, New Haven and London Yale University press, 1966, págs. 66-69, detalla cómo las *Salami Tactics* se corresponden con una forma de actuar, de mala fe y en el límite de la legalidad (dentro o fuera), que busca alcanzar mediante pequeños pasos y política de hechos consumados, un objetivo relevante. Se estima que, de abordarlo directamente, causaría rechazo en el oponente. Un ejemplo de esto sería la pesca de pequeñas embarcaciones en aguas en litigio. Si no se actúa con firmeza desde el primer momento, mediante *Salami Tactics* se irían introduciendo muy lentamente más embarcaciones y de más entidad, hasta que las aguas en litigio, de facto, sean caladero habitual del Estado en disputa que fomentó la pesca. Legalmente se verían favorecidos sus intereses por la inacción acumulada de la parte que *no hizo nada* y la costumbre, pudiendo interpretarse como argumento factual que indique la conformidad con entregar dichas aguas al otro. Las *Salami Tactics*, como las acciones en la Zona Gris, gradúan su acción de forma que una reacción

Releyendo la Zona Gris desde una perspectiva leninista, ésta encaja perfectamente con su definición de guerra absoluta, presente en todos los momentos y ámbitos de la sociedad y que no termina hasta la victoria final, cuando se impone incondicionalmente la voluntad propia sobre el adversario, o se le aniquila. En frente, estaría un Occidente que seguiría pensando en términos de *guerra y paz*, sin llegar a comprender a qué tipo de adversario se enfrenta. La guerra de Ucrania sólo ha venido a confirmar que la guerra, que hoy es más absoluta que nunca, en modo alguno llegó a descartar el campo de batalla como uno de sus escenarios. Todo lo contrario, Ucrania 2022 nos recuerda que por muy nuevas que puedan parecer las formas, hay un principio básico del enfrentamiento que permanece inmutable: el tratar de enfrentar fortalezas propias a debilidades conocidas o percibidas del adversario. La probable percepción de una escasa predisposición europea a intervenir en Ucrania parece haber sido clave para la intervención militar rusa, aunque errasen sus cálculos y por ende el resultado.

Antes de la popularización de la Zona Gris y de manera mucho más discreta, se había acuñado el término *Unrestricted Warfare*, extraído de un estudio de los coroneles Qiao y Wang[38], de la República Popular de China, que se publicó en EEUU bajo ese mismo título. En

legal y ya no digamos militar para impedirlas puede ser entendida como "sobrerreacción".

[38] QIAO, L., y WANG, X., *Unrestricted Warfare*, PLA Literature and Arts Publishing House, Beijing, 1999. [Online]. Disponible: https://www.c4i.org/unrestricted.pdf Acceso: Feb. 16, 2021.

él se abordaba sobre un plano teórico la necesidad de romper los límites clásicos del enfrentamiento para cualquiera que se plantease ser alternativa global a EEUU. Así, habría que redibujar nuevas reglas e incluir dentro de la guerra misma aproximaciones como la guerra legal –*lawfare*-, cultural, ecológica, cibernética, ideológica, psicológica y otras tantas cuyo objetivo sería actuar de forma inesperada para el adversario, explotando sus debilidades y quebrando su cohesión.

Llegados a este punto, debemos hacer una llamada de atención. Nos hemos centrado en el estudio de los métodos de inspiración marxista por ser la base ideológica del adversario de Occidente en el último gran enfrentamiento por la hegemonía global, la Guerra Fría. La pertinencia de repasarlos en 2023 se basa en que quienes hoy se presentan como adversarios de Occidente son (casi) los mismos Estados: China y Rusia (en lugar de la URSS). El marxismo, per se, no es el adversario de Occidente. Pero sí es la inspiración ideológica/ metodológica según la que ese adversario ha actuado.

El marxismo-leninismo sigue siendo indiscutiblemente la base doctrinal del Partido Comunista de China. En el caso de Rusia, no son pocos los nostálgicos que desde el propio gobierno identifican la URSS estalinista como su último gran momento de esplendor. Los métodos de entonces, como veremos, no se diferencian tanto de los de nuestros días. Estén estos actores relacionados con la polarización de la sociedad occidental o no, parece obvio que pueden beneficiarse de ella.

V. DEL INDIVIDUO RESPONSABLE A LA MASA MANIPULABLE

Los periodos de crisis son grandes ventanas de oportunidad para los actores revisionistas que aspiran a derribar el sistema sociopolítico vigente y sustituirlo por otro de su agrado. Para ello, se debe minar los valores de la sociedad e instaurar otros en los que apoyar el nuevo modelo sociopolítico.

Esto, traducido al momento actual, implica que quien pretenda derribar el modelo democrático de Occidente (democracia liberal) deberá atacará valores que le son propios como la propiedad privada, la separación de poderes, la libertad de expresión o religiosa y la igualdad entre sexos y razas, entre otros. Pero, sobre todo, deberá atacarse el pilar central de nuestra democracia, sobre el que ésta se articula: el individuo.

La idea fuerza de la democracia liberal es que el individuo es inherentemente libre, aunque para facilitar la vida en sociedad cede parte de esa libertad voluntariamente, sujetándose a obligaciones recogidas en forma de ley. Esta ley es, a la vez, redactada, aprobada y empleada para juzgar por los representantes de los ciudadanos, según la consabida fórmula de separación de poderes. Así, a modo de resumen, podría decirse que el individuo, base del sistema democrático, está sujeto a un equilibrio entre su libertad inherente y sus obligaciones asumidas, y que de la estabilidad de ese equilibrio depende en buena medida la salud de la propia democracia.

Como decíamos al principio de este artículo, es precisamente en las crisis cuando el individuo deja de

confiar en los valores que aparentemente lo han traído hasta ella. En las sociedades individualistas, esto se traduce generalmente en la tendencia a ceder libertad a cambio de la seguridad percibida al pertenecer a un grupo. Éstos, suelen constituirse en base a criterios de afinidad tradicionalmente asociados a etnia, lengua, cultura o religión, aunque no son las únicas opciones. He aquí el primer paso para pasar de un sistema individualista a otro colectivista: buscar refugio en un grupo donde sentirnos seguros, tendencia natural del ser humano[39].

El problema está cuando el individuo, como parte de ese grupo, deja que se difumine su carácter individual y pasa a ser un componente más de la masa. Esta deserción de las responsabilidades individuales no debería, a priori, ser tarea fácil en nuestra democracia, pues son su base fundacional. De ocurrir sería nefasto, pues es en el individuo y no el colectivo sobre quien descansa la soberanía popular y por lo tanto la democracia misma.

No obstante, cuando la crisis arrecia la *necesidad* condiciona las decisiones del individuo, haciéndolo más susceptible de echarse en manos de sistemas colectivistas sin libertad plena: «… la verdadera libertad individual no puede existir sin seguridad e independencia económica. Los hombres necesitados no son libres. Las personas que tienen hambre, las personas que no tienen empleo son la materia prima de la que están hechas las

[39] ARONSON, E., *El animal social*, 8a Edición, versión de Antonio Escohotado, Alianza Editorial, 1998.

dictaduras…»[40]. Si acaso alguien no se sintiese cómodo con la afirmación anterior de ROOSVELT, quizás sirva para complementarla otra similar, de GADDAFI, cuyas posiciones políticas no pueden estar más alejadas de las del estadounidense: «El ser humano carece de libertad si sus necesidades son controladas por otros, porque la carencia puede conducir al esclavizamiento de una persona por otra. Además, la explotación es ocasionada por la necesidad. La necesidad es un problema intrínseco, y el conflicto se crea cuando las necesidades de uno son controladas por otro»[41].

El efecto descrito, causado por la *necesidad* vendría a ser la puntilla a una degradación de la democracia que comienza cuando el propio ciudadano va paulatinamente perdiendo su conciencia de depositario de la soberanía. En ese escenario, se puede ceder la soberanía a los representantes electos pero (y aquí está el problema) sin demandar de ellos responsabilidades por la negligencia en su ejercicio. Sería, digamos, una cesión de soberanía

[40] ROOSVELT, F.D., 1944, en NEVADO-BATALLA MORENO, P. T., *Política VS gestión pública: la tentación del abuso*, COLEX, La Coruña, 2022, pág. 19.

[41] AL-QADHAFI, M. A. M. M. A. M., *El Libro Verde*, Gobierno de la Gran Yamahiriya Árabe Libia Popular Socialista, 1975. [Online]. Disponible: https://seryactuar.files.wordpress.com/2014/08/el_libro_verde_de_gadafi.pdf, pág. 20. Nos referimos a la misma persona con el vocablo "Gaddafi", por el que es más conocido en Occidente y "Al-Qadhafi", para respetar la transcripción del mismo apellido en la versión de *El libro Verde* con la que trabajamos. Es, efectivamente, quien gobernó Libia entre 1969 y 2011.

popular del individuo a sus representantes mediante un cheque en blanco.

Siguiendo un típico camino de degradación democrática, estos representantes podrían comenzar a tratar al ciudadano no como un adulto responsable, sino como un menor necesitado de tutela e incapaz de tomar sus propias decisiones. Este efecto es el del llamado *ciudadano-niño*[42], que favorece el advenimiento de una élite gobernante que se convierte en la depositaria real de la soberanía, en perjuicio del individuo. El *ciudadano-niño*, sujeto conformista, es feliz en esa nueva posición pasiva respecto al ejercicio de los derechos y obligaciones que la democracia le había otorgado. Así, se llega al punto de que «Periodos prolongados de intencionado paternalismo institucional ha hecho que a no pocos ciudadanos les gusta más estar tutelados, tratados con infantilismo político y social, que asumir el puesto de prioridad que la democracia les reserva»[43].

En una democracia degradada, podrán coincidir *ciudadano-niño* y periodo de *necesidad* (crisis). Cuando eso sucede, la élite en el poder ha tenido históricamente una herramienta para adormecer a la ciudadanía y mantenerla conformista: la *estadolatría.* El término, acuñado por GRAMSCI[44], se correlaciona con una serie de subsidios con los que se cubren las necesidades básicas del ciudadano en periodos de crisis, pero que

[42] NEVADO-BATALLA MORENO, P. T., Política VS (…) op. cit. págs. 33-
[43] NEVADO-BATALLA MORENO, P. T., *Política VS (…)* op. cit. pág. 35.
[44] GRAMSCI, A., *Pasado (…),* op. cit., págs. 210-211.

frecuentemente corren el riesgo de cronificarse y convertir al individuo en dependiente del Estado. Así, el ciudadano-niño acabaría convertido en «un esclavo voluntario de quien dirige el sistema, que decide y actúa con la legitimidad democrática y los medios que el propio ciudadano le otorga sin pedir nada más que un bienestar inmediato, cortoplacista y, sobre todo, grandes dosis de entretenimiento»[45]. Nótese que el resultado es muy similar al predicho por Roosvelt y Gaddafi para el individuo carente de independencia.

El individuo desindividualizado es mucho más susceptible de ser manipulado. Decíamos al principio que la organización sociopolítica oscilaba entre dos modelos de pares opuestos: individuo-libertad y colectivo-seguridad. Si se difumina el individuo, la tendencia hacia la colectivización se allana. Si a eso le añadimos una realidad como la de la Europa actual, en que la estabilidad política se sustituye por el electoralismo, el peligro se multiplica. GRAMSCI identificaba precisamente los periodos electorales como un momento extremadamente vulnerable del sistema democrático, pues la manipulación de la percepción del votante durante la campaña electoral puede condicionar su sentido del voto. Bajo influencia de una manipulación puntual del votante, pueden llegar a formarse mayorías parlamentarias muy diferentes de las que ese mismo grupo de votantes hubiera elegido de no haber estado condicionados.

[45] NEVADO-BATALLA MORENO, P. T., *Política VS* (…) op. cit., pág. 39.

GRAMSCI propone como formas de alterar el sentido del voto la inducción en el electorado de sentimientos de euforia, pánico, miedo, etc. Cuando esto sucede, y efectivamente se altera el resultado de las elecciones con respecto a los esperados, se está de alguna forma cometiendo un fraude a la democracia. GRAMSCI lo llama «boom» o «golpe de mano electoral»[46]. Casos como los atentados de Madrid en 2004 justo antes de las elecciones generales, las acusaciones de fraude en las elecciones estadounidenses que enfrentaron a Biden y Trump, o las acusaciones de injerencia rusa en las elecciones francesas encajan con ejemplos donde el ánimo del votante podría haber sido alterado. En un escenario de política electoralista donde el individuo se difumina en colectivos, el populismo tiene amplio espacio de crecimiento. Y la polarización es su herramienta predilecta.

VI. COLECTIVIZACIÓN Y POLARIZACIÓN

«Si estás con nosotros estás contra ellos, te guste o no ya no hay término medio»[47]

La colectivización se basa en la creación de grupos por criterios de afinidad. Religión, etnia, orientación sexual o comunidad lingüística son algunos de los clásicos, pero

[46] GRAMSCI, A., *Pasado (…)*, op. cit., pág. 202.
[47] La cita resume perfectamente lo que significa la polarización, pues no hay debate racional y pasa a ser una mera cuestión de enfrentamiento de grupos irreconciliables. Se ha extraído del tema "Poco pan", del grupo musical DEF CON DOS, y está disponible en https://www.youtube.com/watch?v=65xWwc62ips (2´43")

cualquier otra motivación es válida siempre que agrupe a un cierto número de personas bajo una identidad determinada. Pertenecer a un colectivo no es inherentemente negativo, en absoluto. De hecho, puede ser extremadamente útil y sano para que personas con determinados intereses comunes puedan defenderlos más eficazmente, como demandas de mejores condiciones laborales, por poner un ejemplo muy evidente.

Sin embargo, pasa a adquirir una connotación negativa cuando a la definición de identidad del grupo se le opone automáticamente un adversario. Explicado llanamente: que la gente de cabello rubio se conforme en colectivo identitario y sienta orgullo de pertenencia no es malo en absoluto. Lo es que sientan su condición de rubios como necesariamente enfrentada a quienes tienen el cabello moreno, pues esa confrontación dificultará los consensos y por ende la vida en sociedad entre ambos.

Ahora sustitúyase *rubios y morenos* por cualesquiera otras identidades, como por ejemplo mujeres y hombres, heterosexuales y homosexuales, feministas clásicas y *queer*, jóvenes y viejos, ricos y pobres… Si lo analizan objetivamente, ninguno de esos pares se corresponde necesariamente con identidades adversarias, sino más bien realidades objetivas o puntos de vista distintos. Sin embargo, ocasionalmente se nos presentan como si efectivamente fueran colectivos adversarios entre sí y se fomenta de ese modo el enfrentamiento social, la polarización. Esto, claramente, supone un factor de debilidad para la sociedad, bajo la clásica premisa de

"divide y vencerás". Y como tal debilidad, puede ser explotada por un adversario.

Una sociedad polarizada tenderá a quedar embelesada en sus propias disputas internas, tengan estas base real o sean mera percepción. Una sociedad cuya política interior esté lastrada por la polarización difícilmente tendrá una acción exterior clara, con líneas estratégicas diseñadas con amplios consensos. Y si algo caracteriza la acción exterior de los Estados, es que debe basarse en objetivos estratégicos que se mantengan en el tiempo independientemente del color político de cada legislatura. La polarización interna limitará, muy probablemente, esa acción exterior, creando vacíos en espacios de influencia que adversarios globales o regionales ocuparán.

En este sentido, Rusia parece estar explotando (y fomentando) hoy en día la polarización en Occidente, cosa que, como vimos, no es en absoluto una novedad. Mediante un complejo ecosistema de desinformación y propaganda, es capaz de colocar sus narrativas desde el propio gobierno y medios de comunicación estatales, así como de replicarlas mediante sitios *proxy* aparentemente independientes. Se crea así una atmósfera envolvente en que una misma idea puede llegarle a un mismo individuo con enfoques ligeramente distintos y desde fuentes aparentemente no conectadas entre sí. El resultado: la falsa percepción de que esa idea es compartida por *la mayoría,* o la presunción de credibilidad de dicha idea porque múltiples fuentes

coinciden en ella[48]. Esto contribuye a la polarización y la desconfianza, pues se complementa con teorías conspiranoicas y llamadas a la desobediencia y a la subversión. Este ecosistema de desinformación y propaganda actúa como una extensa red de pesca con anzuelos y cebos adaptados para una gran diversidad de presas potenciales.

Los enfoques y aproximaciones para la polarización pueden llegar a contradecirse entre sí, pues se trata de llamar la atención de grupos diversos, incluso opuestos, para atraerlos hacia ideas que fomenten la polarización y la desconfianza en las instituciones. Esto es posible al emplear sitios *proxy*, por ejemplo, páginas *web* de temáticas diversas (medicina, deporte, geopolítica, etc) no directamente relacionadas con los medios oficiales rusos pero que, o bien replican sus narrativas, o bien difunden otras que las complementan. Por ejemplo, durante la pandemia del COVID-19 abundaron los sitios *web* que teorizaban sobre el origen militar del virus, el

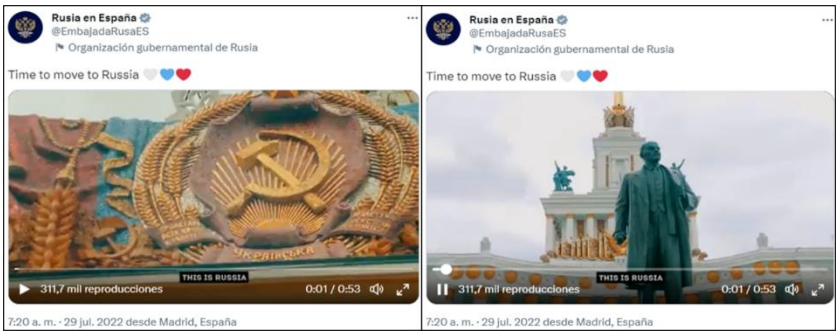
[48] GEC, *Pilares del ecosistema de desinformación y propaganda de Rusia*, Departamento de Estado de Estados Unidos, 2020. [Online]. Disponible: https://2017-2021.state.gov/wp-content/uploads/2020/08/Pilares-del-Ecosistema-de-Desinformacioi%CC%80n-y-Propaganda-de-Rusia.pdf desgrana, desde el punto de vista estadounidense, el complejo entramado de desinformación y propaganda de Rusia. Éste estaría constituido por cinco pilares, y abarcaría desde las propias comunicaciones oficiales del Estado hasta páginas y sitios *web* absolutamente desligados de él, pero cuyas narrativas y efectos buscan apoyar los mismos objetivos. Desde el punto de vista legal, esta forma de actuar desligada es difícilmente demostrable por la dificultad de atribución de las acciones en el ciberespacio.

concurso de potencias occidentales en su difusión o, incluso, la existencia de una especie de "Estado Profundo" globalista que controla a los principales gobiernos mundiales, convertidos en meras marionetas en sus manos. Multimillonarios como George Soros o Bill Gates han aparecido una y otra vez protagonizando estas teorías en la *web*, chats de *whatsapp*, publicaciones de *Facebook*, hilos de *Twitter*, etc. De esta manera, al mismo tiempo que las *webs* oficiales loaban la gestión rusa de la pandemia, los sitios *proxy* atacaban la gestión occidental, quedando esta para sus lectores, por comparación, en peor lugar.

Lo versátil y diverso de un ecosistema de desinformación y propaganda así conlleva varias ventajas. Por ejemplo, la capacidad de atraer a individuos críticos con los valores occidentales desde extremos opuestos. Hasta la invasión de Ucrania, era frecuente que desde la extrema izquierda y otros grupos de inspiración marxista se siguiese identificando a la Rusia actual como ese gran opositor al capitalismo occidental y al *imperialismo yankee* que fue la URSS. Al mismo tiempo, Rusia ha dirigido campañas de propaganda destinadas a captar a los sectores más conservadores de Occidente, que sienten las políticas de género, laicas, o de cancelación tan populares en EEUU y la UE como una amenaza a su modelo de familia y convivencia. Sirva de ejemplo el vídeo de propaganda difundido por la Embajada de Rusia en España[49] a través de su cuenta de Twitter, animando

[49] EMBAJADA DE RUSIA EN ESPAÑA, *Time to move to Russia*, Twitter, 2022.
Disponible: https://www.youtube.com/watch?v=5-cEY6DR7EU (acceso Mar. 18, 2023).

a mudarse a vivir a Rusia. Ofrecía, entre otras ventajas « […] valores tradicionales, cristianismo, sin culturas canceladas» tras comenzar, curiosamente, con la frase «Esto es Rusia» mientras vemos un escudo de la URSS y una estatua de Lenin.



A modo de resumen, podría valer la afirmación de que «Estos conceptos hablan de la formulación estratégica de Rusia de que está en un estado de conflicto perpetuo con sus adversarios percibidos»[50] lo cual, dicho antes de la invasión de Ucrania, cobra valor adicional. Nos recuerda la visión de Lenin de que la guerra perdura hasta la derrota final de los enemigos, trascendiendo el enfrentamiento los límites del campo de batalla puramente militar.

VII. SOBRE EL CONTROL REFLEXIVO

Un proceso de toma de decisiones puede resumirse de la siguiente forma: primero analizamos nuestra realidad y

[50] GEC, *Pilares del ecosistema (…),* op. cit., pág. 5.

su entorno, tratando de identificar aquellos aspectos que consideramos inaceptables (o mejorables). A continuación, visualizamos nuestra Situación Final Deseada; es decir, cómo nos gustaría que acabase siendo esa realidad para que nos parezca aceptable (o mejor). Por último, la parte más importante: analizamos qué acciones debemos acometer para pasar de la realidad inaceptable presente a la realidad aceptable futura. Decidimos la mejor opción y nos ponemos manos a la obra.

Pongamos un ejemplo muy sencillo: estamos en la playa tomando el sol y empieza a bajar la temperatura, de modo que tenemos frío (situación inaceptable). Nos visualizamos sin ese frío que nos molesta (situación aceptable), así que decidimos como posibles acciones para pasar de una situación a otra o bien permanecer en la playa pero abrigándonos o bien irnos para casa. Esto, básicamente es un proceso de toma de decisiones muy básico, con a priori varias opciones válidas.

Durante la Guerra Fría, la URSS desarrolló la conocida como "Teoría del Control Reflexivo" (TCR), basada en modelos matemáticos de teoría de sistemas y enfocada al ámbito de la acción psicológica para control de grupos humanos. Su objetivo: influir el proceso de toma de decisiones de sus adversarios de forma favorable a sus intereses, condicionando la información sobre la que se basa esa toma de decisiones. Puede definirse el Control Reflexivo (CR) como «un proceso por el que un enemigo

transmite las razones o bases para la toma de decisiones a otro»[51].

Volvamos a la playa. Sobre ese sencillo ejemplo trataremos de explicar la TCR. Llamaremos *Arco Reflejo* al proceso neurológico de pensamiento y análisis que nuestro cerebro diseña para tratar de pasar de la situación actual (*tengo frío en la playa*) a la situación deseada (*no tener frío*). El término se atribuye al neurólogo ruso Nikola BERNSTEIN (1929)[52].

La clave del CR está en que, una vez estudiamos cómo es el proceso de toma de decisiones de nuestro adversario (su código de valores, experiencias previas, etc) podemos, manipulando la información a su disposición, alterar notablemente la forma en la que construye su arco reflejo y por lo tanto su Situación Final Deseada. Y lo que es más importante: si conseguimos ejercer CR sobre él, haremos que tome decisiones ventajosas para nuestros intereses, convencido de que son una opción aceptable para los suyos.

Volviendo al ejemplo de la playa, imagínense que se nos impidiera mirar al cielo para valorar si va a llover o no, o

[51] MARTÍNEZ PONTIJAS, J., "Control reflexivo: mucho más que desinformación a la rusa," Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE) Documento de opinión. Diciembre 2020. [Online]. Disponible: https://www.ieee.es/en/Galerias/fichero/docs_opinion/2020/DIEEEO159_2020JUAMAR_controlreflexivo.pdf Acceso: Marzo 05, 2023, pág. 1.

[52] MARTÍNEZ PONTIJAS, J., "Control reflexivo (…), op. cit., pág. 4.

que se nos dijese una hora falsa sin mirar nosotros mismos el reloj. Podría faltarnos información muy relevante para saber si conviene quedarnos en la playa un rato más o si, por el contrario, es mejor irse para casa. Lo que es seguro es que construiríamos nuestro *arco reflejo* de forma distinta si tenemos toda la información que si sólo tenemos una parte sesgada.

El CR requiere una gran preparación y conocimiento detallado de la audiencia sobre la que queremos ejercerlo. Tendremos muchas más posibilidades de éxito si somos capaces de personalizar el mensaje. Evidentemente, este proceso se simplifica si somos capaces de inducir en los individuos-objetivo su adscripción a colectivos, de cualquier naturaleza, puesto que adaptando los mensajes manipulados a cada colectivo alcanzamos a los individuos que lo conforman.

Más allá del uso que actores como Rusia pudieran estar haciendo del CR en su propio beneficio, hoy en día asistimos a todo un proceso de manipulación de la información en beneficio de actores a veces inciertos. La colectivización y creación de grupos enfrentados y la difusión de narrativas polarizadoras tensiona la sociedad, dificulta la convivencia y amenaza a la democracia misma. La difusión de estas narrativas adaptadas a cada colectivo susceptible de ser enfrentado a otro es harto más fácil desde la irrupción de los Dispositivos Electrónicos Personales (PED[53]) y las Redes Sociales (RRSS). Éstos permiten no solo manipular a las masas de forma grupal, sino entrando de manera personalizada a cada individuo a través de su propio

[53] *Personal Electronic Device*

dispositivo electrónico, personalizando su acceso a información mediante *cookies* y algoritmos de búsqueda. Esto provoca un doble efecto: se empequeñece la amplitud de miras de la persona mientras se la satura de información que en realidad replica unas pocas ideas similares, reforzando la ya mencionada sensación de que en realidad *todo el mundo piensa así.*

La máxima perversión se alcanza cuando cada persona, en la intimidad que da estar a solas con la pantalla de su PED, cree estar tomando decisiones absolutamente libres, cuando lo probable es que su *arco reflejo* esté siendo alterado por la selección de información que se le presenta en pantalla. Así se favorece la forma más persistente de alteración de la conducta según la psicología social, la *interiorización*[54]. No olvidemos que la clave del CR es que la información presentada para alterar la percepción y proceso cognitivo debe parecer casual, de lo contrario no funcionará.

La TCR tiene una relación más que obvia con la manipulación de la opinión pública en base a la sobresaturación de información. La repetición de una misma serie de ideas fuerza desde enfoques múltiples crea la percepción en la población de que "todo el mundo piensa así". La naturaleza humana hace el resto: en caso de duda, tendemos a hacer nuestras las ideas defendidas por la mayoría, especialmente cuando la necesidad nos conmina a sentirnos seguros integrándonos en un grupo. A este efecto se le conoce como *efecto del consenso falso*. Este efecto es especialmente útil si se combina con

[54] ARONSON, E., *El animal (…)*, op. cit., págs. 49-50 y 463.

el *efecto de halo*[55], para crear mayorías reales sobre la base de una realidad percibida. Ingeniería social sobre cómo conseguir que la realidad acabe superando una ficción.

Para contrarrestar la TCR y el efecto de halo o similares es clave el pensamiento crítico. Solo mediante el pensamiento crítico individual seremos capaces de evaluar por nosotros mismos la situación y detectar así, con un poco de suerte y entrenamiento, cómo de condicionada está la información que recibimos y sobre la que tomamos decisiones.

Más allá del CR ruso o soviético, la manipulación para condicionar la información de base para la toma de decisiones ha trascendido el enfrentamiento geopolítico de bloques. Ejemplos actuales dentro de Occidente mismo son la "teoría de la cancelación" profusamente asociada al movimiento *Woke* o el revisionismo histórico. En el primer caso, se cancelan obras vistas como inaceptables a ojos de "alguien", como si el individuo fuese ese "ciudadano-niño" idiotizado al que hay que proteger de lecturas potencialmente peligrosas para su escaso discernimiento. Una vez más, un *grupo-víctima* al que se le niega acceso a recursos –en este caso intelectuales-, "por su bien".

En cuanto al revisionismo histórico, implica una reinterpretación de hechos históricos juzgando el pasado con ojos del presente, añadiendo frecuentemente narrativas de *buenos y malos.* Como en las películas de nuestra infancia, los buenos suelen ser

[55] ARONSON, E., *El animal (…),* op. cit., págs. 140 y 461.

inmaculadamente buenos y los malos *rematadamente malos*. Esto es tremendamente peligroso, pues si la historia sirve principalmente para aprender de ella, estudiar sobre fuentes "revisadas" nos llevará fácilmente a sacar conclusiones erróneas, quizás catastróficas, por pérdida de suficientes elementos de juicio. En términos de Control Reflexivo, una alteración de nuestro *arco reflejo* impecable. En términos de pensamiento crítico y analítico, un disparo en el pie.

VIII. PERVIRTIENDO LA DEMOCRACIA

Hemos visto someramente los procesos para la creación de grupos (colectivos) en el seno de una sociedad y cómo inducir el enfrentamiento entre ellos debilita la cohesión social. Además, hemos visto que las mayorías percibidas, inicialmente no reales, pueden acabar siendo mayorías reales capaces de alterar la organización sociopolítica si tienen éxito determinadas técnicas de manipulación. Estas técnicas no sólo están dirigidas a adversarios reales o potenciales, sino hacia neutrales (para hacer que nos apoyen o que no apoyen a otros), e incluso a la propia población, para que interiorice determinados valores o políticas. Una vez seguida la corriente percibida como mayoritaria, es más probable que cada individuo acabe adoptando esos postulados como propios, siendo desde entonces mucho más difícil que cambie su posicionamiento.

No obstante, con frecuencia no basta con crear grupos en torno a un criterio de identidad para poderlos enfrentar. Revisemos de nuevo los ejemplos de

KENNAN[56]: hombres y mujeres, ricos y pobres, jóvenes y viejos, migrantes y población establecida, etc. No son enemigos per se, en absoluto, aunque sus puntos de vista e incluso intereses puedan llegar a ser distintos. Una mujer y un hombre no son enemigos irreconciliables por el hecho objetivo de ser mujer y hombre respectivamente, y lo mismo podría decirse del resto de ejemplos. Para enfrentarlos, hace falta algo más.

Ahí entra en juego la *victimización*. Si queremos garantizar el poder enfrentarlos entre sí, debemos completar la identidad del grupo en cuestión con un enemigo claramente definido para él, al que odiar y quizás temer. Primero será necesario fomentar la sensación de inseguridad en el grupo designado como víctima, exagerando el nivel de amenaza al que está expuesto y favoreciendo que se auto-perciba como *despreciado.* En este estado de vulnerabilidad, será susceptible de echarse en manos de quien le muestre aprecio, por el efecto de psicología social de que «cuanto mayor es la inseguridad de una persona y mayores sus dudas acerca de sí misma, tanto más se encariñará con quien la aprecie»[57]. Esto favorece la aparición de un *protector*, sobre el que abundaremos más adelante, que podría ser precisamente quien haya inducido esos sentimientos de inseguridad.

Sobre los ejemplos de Kennan, podría construirse la siguiente mecánica de enfrentamiento: el grupo mujeres es, además de un grupo identitario, víctima del grupo enemigo hombres, enemistad que se construye sobre

[56] KENNAN, G., "The Kennan (…)" op. cit., pág. 5.
[57] ARONSON, E., *El animal (…)*, op. cit., pág. 356.

narrativas de maltrato, violación o desigualdad histórica. Estas narrativas, aunque apoyadas en un poso de verdad convenientemente sesgado y magnificado, no parece que sean en absoluto representativas de la realidad social. Obvia decir que aunque efectivamente hay quienes sí lo hacen, la mayoría de los hombres no se dedican a maltratar, violar o despreciar a las mujeres. Análogo razonamiento podría hacerse a la inversa: la mayoría de las mujeres no se dedican a denunciar en falso, quitarle la custodia de sus hijos o a esquilmar económicamente a los hombres, por sacar a colación algunos de los estereotipos más manidos. Como en el caso de violadores, maltratadores y machistas, el poso de verdad existe aunque no sea en absoluto representativo de la mayoría.

La definición de un grupo, la identificación clara de su enemigo y la inyección de odio para enfrentarlos sabemos que no es nuevo: Lenin es el gran inspirador de esta técnica para influir en las masas y, como ya vimos, otros como Mao[58] la perfeccionaron al reinterpretar en clave de lucha de clases al enfrentamiento entre cualquier grupo previamente definido como víctima y aquel al que claramente se define como su enemigo. La victimización de grupos es más fácil en periodos de crisis, pues la sociedad tiende a retraerse sobre grupos de afinidad (lo cual facilita la creación de grupos identitarios), y a percibir al distinto más fácilmente como

[58] Nos referimos concretamente al ejemplo de cómo Mao reinterpreta agravios raciales como lucha de clases para ampliar su influencia geopolítica. Nota 25.

enemigo competidor por los recursos (lo cual facilita la victimización y enfrentamiento de esos grupos).

La victimización de grupos tiene además otra gran ventaja para quien quiera controlarlos: toda víctima necesita un *protector*. Así, en clave política, quien aspire al ejercicio del poder con el respaldo de las masas, tendrá ventaja si se presenta antes ellas como su paladín o protector, para lo que éstas deben previamente auto-percibirse como víctimas. Tal y como sucedía con las *mayorías percibidas*, la autopercepción de un grupo como víctima puede no ser real, o bien ser una percepción magnificada artificialmente mediante acciones psicológicas.

Por último, el control de colectivos pasa a su nivel máximo cuando desde la figura del *protector* se tiende a agrupar los colectivos-víctima en uno mayor que contenga a todos los que se perciben como agraviados. La identidad de grupo se completa con un término que sirva como identificador común de todos aquellos que se perciban víctimas de algo o de alguien. Se trata, para ERREJÓN, de conseguir «la articulación de todos ellos en un sentido unitario, y su agrupación mediante una nominación que constituya el colectivo»[59]. Si la inspiración ideológica del *protector* es cualquiera de las variantes del marxismo-leninismo, un término muy

[59] ERREJÓN GALVÁN, Í., *Evo Pueblo. La hegemonía del MAS en Bolivia*, E-Prints Complutense, Madrid, 2011. [Online]. Disponible: https://eprints.ucm.es/id/eprint/37484/1/i%C3%B1igo%20errejon%20evo%20pueblo.pdf, pág. 82.

manido para referirse a este gran colectivo-víctima es *los oprimidos*. Siempre intentando enfrentarlo mediante el odio y la polarización a otro grupo enemigo, *los opresores,* que alguien definirá convenientemente.

Obvia decir que esta pirueta simplificadora provocará contradicciones y será un factor de debilidad para las narrativas del *protector* fácilmente explotable por sus adversarios. Imaginemos los colectivos-víctima (ejemplo ficticio): hombres víctimas de mujeres y jóvenes víctimas de viejos. Si se pretende integrar a hombres y jóvenes como víctimas en un colectivo genérico de oprimidos, tendremos algún problema para explicar, por ejemplo, si una mujer joven es opresora por ser mujer u oprimida por ser joven, pues entendemos que no puede ser ambas cosas simultáneamente si pretendemos crear un *nosotros* positivo que enfrentar a un *ellos* negativo.

Llegados aquí, debemos hacer notar una cierta coincidencia. Los colectivos victimizados acaban necesitando una élite protectora frente a su supuesto enemigo irreconciliable. Algo similar sucedía con ese ciudadano-niño que ha dimitido de sus responsabilidades individuales como depositario de la soberanía nacional y se deja tutelar por la élite política a la que ha cedido su representación. En ambos casos, difuminar al individuo conduce a masas en manos de unos pocos, que repiten mantras y consignas convenientemente interiorizadas. Eso es el fin de la democracia, el advenimiento de la oclocracia: el gobierno de las masas.

IX. CONCLUSIONES

Atacar y dañar profundamente una democracia occidental avanzada no es sencillo. La atomización del poder y la interrelación entre sus nodos hace del sistema un entramado complejo, pero a la vez adaptable y resistente ante las peores crisis. GRAMSCI equiparaba nuestra democracia a un entramado defensivo difícilmente penetrable: «Las estructuras macizas de las democracias modernas, tanto como organizaciones estatales que como complejo de asociaciones operantes en la vida civil, representan en el dominio del arte político lo mismo que las "trincheras" y las fortificaciones permanentes del frente en la guerra de posición»[60]. Siguiendo el bélico paralelismo gramsciano y con la seguridad que le dan al que suscribe el par de décadas largas dedicadas a estudiar táctica, nos atrevemos a asegurar que atacar en fuerza una posición fortificada es un suicidio. Debe buscarse una alternativa, una aproximación indirecta e imaginativa, si queremos tener alguna posibilidad.

Los principios del Control Reflexivo cumplen perfectamente con esas condiciones, pues evitan el choque contra las fortalezas de la democracia mientras que, de manera inadvertida, buscan provocar la progresiva inoperancia del sistema desde dentro del sistema mismo. Para ello, es necesario realizar un profundo estudio de los mecanismos y dinámicas de

[60] CAMPIONE, D., *Antonio Gramsci. Orientaciones introductorias para su estudio*. Rebelión, 2005. [Online]. Disponible: https://rebelion.org/docs/13842.pdf Acceso Marzo 29, 2023, pág. 57.

toma de decisiones y parasitarlas, manipulando la información en base a la cual se toman las decisiones. Y si conseguimos parasitar la fuente de fortaleza de la democracia misma, mejor que mejor.

Para identificar la fuente de fortaleza de la democracia podríamos hacer un sencillo análisis de Centro de Gravedad. El concepto, empleado en la milicia para análisis de entidades, se corresponde con aquello en que reside la fuerza del actor en cuestión. Sin ánimo de ser tediosos en la explicación, diremos que el Centro de Gravedad de la democracia es el ciudadano, el individuo, pues es él quien es capaz de llevar a cabo las acciones distintivas del sistema. Es el ciudadano en quien se deposita la soberanía nacional y quien cede parte de su libertad para someterse a la ley. Ley que desarrollan, interpretan y aplican los representantes por él elegidos y a quienes y pide cuentas de su gestión a través de las urnas, entre otras cuestiones de la vida en democracia.

La colectivización, tal y como hemos explicado, es una herramienta muy útil para difuminar al individuo y enfrentarlo a otros favoreciendo la polarización desde el enfrentamiento entre los grupos creados. Así se debilita la fuente de poder de la democracia misma, el sujeto individual, haciéndola débil y vulnerable. Los individuos colectivizados son más fácilmente influenciables para favorecer los intereses de terceros, sean éstos grupos de interés nacionales o actores extranjeros. En este último caso podrán estar, por ejemplo, otros Estados competidores por acceso a recursos, que se beneficien de la inestabilidad creada.

En la realidad de competición geopolítica entre bloques en la que estamos, la polarización de una sociedad la hace más débil. Esto da ventaja a sus adversarios, al tener que distraer parte de sus esfuerzos de acción exterior en solucionar los problemas internos que ésta le causa. Por este motivo la polarización, tanto si la promueven desde el exterior actores adversarios como si es causa de disenso interno, es una circunstancia clave con efectos globales. Es deber de responsabilidad estudiarla y tratar de protegerse de ella, especialmente cuando se la promueve con fines particulares aprovechando los vacíos legales y la difícil atribución de las acciones en los ámbitos cognitivo y ciberespacial.

Mediante la colectivización, la democracia de individuos responsables y críticos pasa a depender de mayorías constituidas como masa y vulnerables a acciones de influencia externas. Sin un ciudadano que ejerza como tal, la democracia será una caricatura de sí misma. La democracia así degradada se convierte en una oclocracia, el "gobierno de la muchedumbre".

Obviar el peligro que para la democracia supone la colectivización de sus ciudadanos es una irresponsabilidad democrática. Especialmente cuando esta colectivización hace palanca en la victimización de colectivos, la definición inequívoca de enemigos de éstos y la consiguiente necesidad de figuras protectoras. Muy al contrario, es fundamental devolver al individuo al centro del tablero democrático. No es tarea fácil tras más de una década de crisis económicas, políticas e institucionales que han hecho de la polarización la norma. Urge desempolvar la inspiración de los grandes

consensos, pues es la capacidad de gobernar mediante consenso la base de nuestra democracia.

Y por supuesto, hay una tarea imprescindible para que el individuo ejerza como tal: debe conocer profundamente los valores y principios del sistema democrático. Difícilmente alguien puede defender algo que no conoce, o que conoce de forma sesgada. Abandonemos las visiones edulcoradas del sistema. La democracia dota a la ciudadanía de un amplio abanico de derechos, pero también se le exigen a cambio una serie de obligaciones. El equilibrio entre ambos es la base de la estabilidad del sistema, la clave de su permanencia en el tiempo.

Fuentes bibliográficas

AGNEW, J., Geopolítica: Una Re-visión de la política mundial. Titivillus, 1998.

AL-QADHAFI, M. A. M. M. A. M., El Libro Verde. Gobierno de la Gran Yamahiriya Árabe Libia Popular Socialista, 1975. [Online]. Disponible:

https://seryactuar.files.wordpress.com/2014/08/el_libro_verde_de_gadafi.pdf

ARNAIZ HIDALGO, A., La guerra subversiva en la defensa nacional, CESEDEN (Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional), Madrid, 1978.

ARONSON, E., El animal social, 8a Edición, versión de Antonio Escohotado. Alianza Editorial, 1998.

AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, F., Entender la guerra en el siglo XXI, Editorial Complutense, Madrid, 2011.

AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, F., "La cultura como factor polemológico," IEEE (Instituto Español de Estudios Estratégicos) Documento de análisis, no. 61/2016, 2016, págs. 78–88, [Online]. Disponible:

https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6029254.pdf

CAMPIONE, D., Antonio Gramsci. Orientaciones introductorias para su estudio. Rebelión, 2005. [Online]. Disponible: https://rebelion.org/docs/13842.pdf Acceso Marzo 29, 2023.

COLOMA, E., El reto. Lo que pone en juego la subversión, Escelicer, Madrid, 1972.

EMBAJADA DE RUSIA EN ESPAÑA, Time to move to Russia, Twitter, 2022. Disponible: https://www.youtube.com/watch?v=5-cEY6DR7EU (acceso Mar. 18, 2023).

ERREJÓN GALVÁN, Í., Evo Pueblo. La hegemonía del MAS en Bolivia, E-Prints Complutense, Madrid, 2011. [Online]. Disponible:

https://eprints.ucm.es/id/eprint/37484/1/i%C3%B1igo%20errejon%20evo%20pueblo.pdf

ESCOHOTADO ESPINOSA, A., Los enemigos del comercio, 17ª edición. Editorial Planeta S.A., Barcelona, 2008

ESCOHOTADO ESPINOSA, A., "Conferencia magistral sobre 'Los enemigos de la realidad'", Centro de Investigaciones Culturales Universidad de Sevilla (CICUS), Sevilla, 2013. [Online] Disponible: https://www.youtube.com/watch?v=E-Z-xyvkue4 Acceso: marzo 28, 2023.

ESTADO MAYOR DE LA DEFENSA (EMAD), PDC-01 (A) Doctrina para el empleo de las FAS, Ministerio de Defensa, Madrid, 2018. Disponible: https://emad.defensa.gob.es/unidades/CCDC/Documentos_CCDC.html Acceso: Marzo 29, 2023.

FRAGA IRIBARNE, M., "La guerra sin límites", Revista de Estudios Políticos, nº 89, 1956, págs. 41–52. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2129114, Acceso: mar. 17, 2023

GEC, Pilares del ecosistema de desinformación y propaganda de Rusia, Departamento de Estado de Estados Unidos, 2020. [Online]. Disponible: https://2017-2021.state.gov/wp-content/uploads/2020/08/Pilares-del-Ecosistema-de-Desinformacioi%CC%80n-y-Propaganda-de-Rusia.pdf

GRAMSCI, A., El materialismo histórico y la filosofía de Benedetto Croce, Nueva Visión, Buenos Aires, 1971.

GRAMSCI, A., Pasado y presente, Juan Granica, Barcelona, 1977.

IEEE (Instituto Español de Estudios Estratégicos), "Análisis factorial de las causas que originan conflictos bélicos," Cuadernos de Estrategia, nº 69, Ministerio de Defensa, Madrid, Octubre 1994.

ILICH "LENIN", V., "La guerra de guerrillas", Proletari, vol. 5, 30 de septiembre de 1906, Biblioteca de textos marxistas, [Online]. Disponible: https://www.marxists.org/espanol/lenin/obras/1900s/30-ix-06.htm Acceso: Marzo 29, 2023.

KENNAN, G., "The Kennan 'Long Telegram,'" Moscú, 1946. [Online]. Disponible: http://www.ntanet.net/KENNAN.html Acceso: Marzo 29, 2023.

KORYBKO, A., Hybrid Wars: The indirect adaptative approach to regime change. Institute for Strategic Studies and Predictions PFUR. Peoples' Friendship University of Russia, Moscú, 2015.

MAO, T.-T., "La cuestión racial es una cuestión de clase.", Pekín, 1963. [Online]. Disponible: https://www.marxists.org/espanol/mao/escritos/1963agosto08.htm Acceso: Marzo 29, 2023.

MARTÍNEZ PONTIJAS, J., "Control reflexivo: mucho más que desinformación a la rusa," Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE) Documento de opinión. Diciembre 2020. [Online]. Disponible: https://www.ieee.es/en/Galerias/fichero/docs_opinion/2020/DIEEEO159_2020JUAMAR_controlreflexivo.pdf Acceso: Marzo 05, 2023.

NEVADO-BATALLA MORENO, P. T., Política VS gestión pública: la tentación del abuso, COLEX, La Coruña, 2022.
PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo sobre la importancia de la memoria histórica europea para el futuro de Europa (2019/2819(RSP)) de 19 de septiembre de 2019.

QIAO, L., y WANG, X., Unrestricted Warfare, PLA Literature and Arts Publishing House, Beijing, 1999. [Online]. Disponible: https://www.c4i.org/unrestricted.pdf Acceso: Feb. 16, 2021.

RATZINGER, J., Instrucción sobre algunos aspectos de la 'teología de la liberación', Sagrada Congregación para la doctrina de la Fe, Roma, 1984. [Online]. Disponible: https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19840806_theology-liberation_sp.html Acceso: Febrero 01, 2023.

SHARP, G., De la Dictadura a la Democracia. Un Sistema Conceptual para la Liberación, The Albert Einstein Institution, Boston, 2003. [Online]. Disponible: https://www.aeinstein.org/wp-content/uploads/2013/09/DelaDict.pdf Acceso: Febrero 20, 2023.

SCHELLING, T. C., Arms and influence. With a new preface and afterword, edición de 2008, New Haven and London Yale University press, 1966.

SCHMITT, C., Teoría del partisano, acotación al concepto de lo político, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

VÁZQUEZ MUÑOZ, M. D. P. y VALBUENA DE LA FUENTE, F., "La Pirámide de Necesidades de Abraham Maslow", UCM, Madrid, 2010. [Online]. Disponible: https://www.academia.edu/40517751/La_Pir%C3%A1mide_de_Necesidades_de_Abraham_Maslow Acceso: marzo 07, 2023

Gabilex
Nº 36
Diciembre 2023
http://gabilex.castillalamancha.es

REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA

SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO

ARTÍCULOS DOCTRINALES

Gabilex

Nº 36

Diciembre 2023

http://gabilex.castillalamancha.es

MUNICIPIOS ZOMAC EN SANTANDER (COLOMBIA): DESAFÍOS EN TRIBUTOS TERRITORIALES PARA GENERAR DESARROLLO ECONÓMICO[1]

D. César Augusto Romero Molina[2]

Director del Observatorio de Hacienda Pública-Abogado-Universidad Santo Tomás, Seccional Bucaramanga (Colombia)

Dª Karen Daniela Diaz Ortiz[3]

---

[1] Esta ponencia es un avance de la investigación denominada "Beneficios tributarios territoriales en municipios ZOMAC (zonas más afectadas por el conflicto) del departamento de Santander" desarrollo desde el Observatorio de Hacienda Pública de la Universidad Santo Tomás- Seccional Bucaramanga (Colombia).

[2] Abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga; Doctor en Derecho Administrativo por la Universidad San Pablo CEU-Madrid, España; Doctor en Derecho Cum Laude (Fiscalidad Internacional y Comunitaria) por la Universidad Castilla La Mancha-UCLM-de España; Miembro de colegio internacional de doctores de la misma universidad como asesor de tesis doctorales y jurado en el tribunal internacional de doctorado. Actualmente es docente universitario de la Universidad Santo Tomás en Bucaramanga.

[3] Estudiante de Derecho (Pregrado) de la Universidad Santo Tomás seccional Bucaramanga, Asistente de la Coordinación

Estudiante de Pregrado- Facultad de Derecho- Universidad Santo Tomás, Seccional Bucaramanga (Colombia)

Dª Gissette Carolina Benavides Mendoza[4]

Decana- Facultad de Derecho-Abogada-Universidad Santo Tomás, Seccional Bucaramanga (Colombia)

Resumen: El régimen constitucional colombiano en materia de tributos territoriales destaca que los impuestos municipales generan la mayor parte de los ingresos tributarios en los entes territoriales -ICA y Predial- por lo cual, tienen la potestad de crean beneficios tributarios por medio de exenciones o deducciones de los impuestos locales. Tales incentivos se consideran herramientas para promover e impulsar el desarrollo económico y social.

Existen algunos beneficios tributarios en Colombia, pero en esta ocasión nos enfocaremos en las Zonas Más Afectadas por el Conflicto Armado (ZOMAC) que a través de una deducción tributaria en el impuesto sobre la renta

de Investigación y Miembro del Observatorio de Hacienda Pública de la Universidad Santo Tomás.

[4] Abogada Cum Laude de la Universidad Santo Tomás. Especialista en derecho administrativo. Magíster en Derecho por la Universidad Santo Tomás, Doctor en Derecho por la Universidad Castilla La Mancha de España. Docente e investigadora del grupo Estado, Derecho y Políticas Públicas de la facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás en Bucaramanga.

busca promover la economía de los municipios que fueron mayormente afectados por el conflicto armado.

Sin embargo, este tipo de políticas no han sido suficientes para el desarrollo de los municipios, por lo que resulta necesario crear nuevos incentivos a nivel municipal para aplicarse de manera regular y que estas medidas estén direccionadas al cumplimiento de los objetivos de la ZOMAC, con el fin de mejor las cadenas productivas agroalimentarias y la protección del medio ambiente.

Palabras Clave: Zomac, Incentivos Tributarios, Municipios, ICA, Impuesto Predial, Impuesto sobre la Renta, Potestad tributaria, Plan Nacional de Desarrollo.

Abstract: The Colombian constitutional regime regarding territorial taxes highlights that municipal taxes generate most of the tax revenues in the territorial entities -ICA and Property- therefore, they have the power to create tax benefits through exemptions or deductions from the local taxes. Such incentives are considered tools to promote and boost economic and social development.

There are some tax benefits in Colombia, but on this occasion, we will focus on the Zones Most Affected by the Armed Conflict (ZOMAC), which through a tax deduction in income tax seeks to promote the economy of the municipalities that were most affected by the armed conflict.

However, these types of policies have not been sufficient for the development of the municipalities, so it is necessary to create new incentives at the municipal level to be applied regularly and for these measures to be

aimed at meeting the objectives of the ZOMAC, with the aim of improving agri-food production chains and environmental protection.

Keywords: Zomac, Tax Incentives, Municipalities, ICA, Property Tax, Income Tax, Tax Power, National Development Plan.

Sumario: I. Régimen Constitucional De Los Tributos Territoriales En Colombia. **II.** Beneficio Tributario Zonas Más Afectadas Por El Conflicto Armado (ZOMAC). **III.** Posibilidad de Desarrollo para los Municipios. **IV.** Conclusiones. **V.** Bibliografía. **VI.** Webgrafía. **VII.** Jurisprudencia.

I. Régimen Constitucional De Los Tributos Territoriales En Colombia

El artículo 1º constitucional determina que Colombia es una República unitaria, descentralizada, pero con autonomías de las entidades territoriales. Se ha resuelto por la Corte Constitucional que sí es compatible esta relación Estado unitario con las autonomías, puesto que la tradición organizacional a través de la historia muestra que Colombia tiene una vocación unitaria y que, bajo las nuevas formas de estructurar el Estado, se admite la institución jurídica de la autonomía con sus vertientes en planeación, presupuestal y tributaria[5].

Consecuente con ello, sólo hay un Congreso de la República al tenor de lo consagrado en el artículo 150

[5] Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-478 de 1992.

Superior, el cual es el único órgano que en normalidad administrativa-tiempos de paz- puede expedir normas con fuerza de ley, entre ellas las tributarias. Es decir, hay una competencia originaria congresal para este tipo de leyes, afirmándose la competencia primigenia.[6]

De los artículos 287[7] y 338 [8]constitucionales se desprende que los municipios tienen una competencia derivada, esto es, una ley previa debe crear el tributo y autorizar a los entes territoriales a establecerlos en su jurisdicción mediante los actos administrativos denominados acuerdos municipales.

En sentencia C-035 de 2009 la Corte Constitucional determinó que el legislador al crear la ley no pude vaciar de competencias a los entes territoriales, para los municipios en especial la conferida en el artículo 313-4, de expedir las normas tributarias territoriales.[9] Lo

[6] Colombia. Constitución Política. Artículo 150-12: Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.

[7] Colombia, Constitución Política, artículo 287-3: 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

[8] Colombia, Constitución Política, artículo 338: En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales.

[9] Constitución Política, artículo 313-4: Artículo 313. Corresponde a los concejos: 4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales.

anterior implica que la ley debe determinar o hacer determinable el hecho generador como elemento esencial de la obligación tributaria. Así el profesor César A Romero expuso: "(…) Su atribución constitucional se reduce a establecerlos o ignorarlos en su jurisdicción, conservando así su competencia derivada".[10]

Sintetizando, los entes municipales tienen la facultad de establecer en su jurisdicción los tributos territoriales derivados de la ley, entre esas competencias las de posibilitar las exenciones o beneficios tributarios para nuevas empresas que se domicilien o creen en su territorio. Veamos: los principales impuestos municipales que más generan ingresos propios o rentas endógenas que son industria y comercio, avisos y tableros con impuesto predial.

Como lo reseña la Federación Colombiana de Municipios, estos impuestos implican el mayor grado de ingresos tributarios municipales[11], estableciendo la ley la competencia de fijar sus propios beneficios tributarios. En esta misma línea, encontramos: "Los beneficios tributarios otorgados por las entidades territoriales en el marco de la autonomía territorial son considerados como

[10] Romero Molina, César A. El Principio de Legalidad Tributaria en la expedición de Normas territoriales. Revista Dixi, ISSN 0124-7255, Edición No.12, Abril 2010, página 119

[11] Federación colombiana de municipios. https://www.fcm.org.co/wp-content/uploads/2021/03/Tributacion-Municipal-para-la-equidad-y-el-desarrollo2.pdf. Página 31. Consultado 19 de octubre 2023.

instrumentos para incentivar el desarrollo económico y social de las jurisdicciones"[12]

En este orden de ideas, la ley 14 de 1983, "Por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones", en su artículo 38 dispone que por un lapso de 10 años pueden los entes municipales otorgar exenciones tributarias sobre sus impuestos, no pudiendo el legislador generar beneficios sobre las rentas endógenas derivadas de ingresos tributarios, conforme lo reza el artículo 294 constitucional.[13]

El Consejo de Estado, en su sección 4ª, sobre estas exenciones ha sentenciado: "Lo cierto es que, en vigencia de la Constitución Política de 1991 y, concretamente, del artículo 294, para la Sala, la Ley 14 de 1983, en cuanto a la potestad de las entidades territoriales para fijar exenciones o tratamientos preferenciales debe interpretarse de manera amplia, pues, a diferencia de la potestad para fijar los tributos, la potestad para conceder exenciones o tratamientos preferenciales en relación con los tributos de propiedad de las entidades territoriales es plena para estas y restringida por la Ley.

(…) Ahora bien, la potestad de exonerar o de establecer tratamientos preferenciales puede implicar que las autoridades territoriales consideren que una actividad o

[12] Cardona B., Juan Camilo. file:///Users/cesar/Downloads/ecoinstitucional,+JuanCardona.pdf. Consultado 19 Octubre 2023.
[13] Colombia, ley 14 de 1983, artículo 38: Los municipios sólo podrán otorgar exenciones de impuestos municipales por plazo limitado, que en ningún caso excederá de diez años, todo de conformidad con los planes de desarrollo municipal.

sujeto determinado son sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio pero a una tarifa de 0% (exención), o que esas actividades que son generadoras del impuesto de industria y comercio no lo causan por determinadas circunstancias (exclusión) o que hay actividades que simplemente no califican como industriales, comerciales o de servicios y, por tanto, no están sujetas al impuesto."[14]

En tal entendido, los incentivos tributarios constituyen aquellas deducciones, exenciones y tratamientos tributarios especiales, presentes en la legislación que implican disminuciones en la obligación tributaria para los contribuyentes, con el fin de progresar en los diversos factores económicos, sociales y ecológicos. La legislación colombiana, contempla beneficios destinados al desarrollo de las regiones, a la generación de empleo, la conservación ambiental y el fomento a la inversión nacional o extranjera.[15]

Estas mismas consideraciones, son aplicables a los incentivos tributarios territoriales en búsqueda de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes y van en consonancia con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) determinados en las siguientes metas:

---

[14] Colombia. Consejo de Estado, Sección 4ª. Sentencia del 7 de abril de 2011, Exp. 16949, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

[15] DIAN - Coordinación de Estudios Económicos, Cuaderno de Trabajo No. 54: "Beneficios tributarios en el impuesto sobre la renta, en el impuesto sobre la renta para la equidad CREE y en el impuesto al valor agregado (IVA) - año gravable 2014 (cifras preliminares)"

11-Ciudades y Comunidades Sostenibles, 12-Producción y consumo responsable y 13-Acción por el clima.

II. Beneficio Tributario Zonas Más Afectadas por el Conflicto Armado (ZOMAC)

De los beneficios tributarios existentes en Colombia, nos enfatizaremos al denominado Zonas Más Afectadas por el Conflicto Armado (ZOMAC), deducción tributaria creada con la finalidad de promover la economía de los municipios que fueron mayormente afectados por el conflicto armado, debido a que las épocas de violencia socavaron los espacios sociales, económicos y educativos de estas localidades.

Este incentivo fue creado con temporalidad del año 2017 al 2027, establecido en los artículos 235, 236, 237 y 238 de la Ley 1819 de 2016[16] cuenta con el objetivo de cerrar las brechas de desigualdad socioeconómicas de los 344 municipios denominados a nivel nacional como ZOMAC por el Ministerio de Hacienda, el Departamento Nacional de Planeación y la Agencia de Renovación del Territorio; entidades que consideraron los índices de pobreza multidimensional derivados del conflicto armado.

De tal forma, es aplicable a las nuevas sociedades que instauren su domicilio principal en algunos de los municipios ZOMAC, de las cuales, la deducción tributaria será determinable con base al tipo de sociedad que pertenezca. En este sentido, se clasifican en

[16] Ley 1819 de 2016. Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones. Diciembre 29 de 2016. DO.N° 50101

microempresas, pequeñas empresas, medianas empresas y grandes empresas de la siguientes forma:

PERSONA JURÍDICA	ACTIVOS TOTALES
Microempresa	<501 SMMLV
Pequeña Empresa	502 SMMLV- 5001 SMMLV
Mediana Empresa	5002 SMMLV – 15000 SMMLV
Grande Empresa	>15000 SMMLV

Gráfica 1. Cuadro para determinar qué tipo de persona jurídica aplica. Cuadro elaborado por César Augusto Romero Molina con base al artículo 236[17] de la ley 1819 del 2016 y decreto 1650 de 2017 en el artículo "Análisis aplicado a los beneficios ZOMAC en Santander"[18] SMMLV = SALARIOS MINIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES

De conformidad, con el decreto 1915 de 2017[19] el objetivo económico a cumplir con este beneficio tributario se define en dos ejes, el primero consta de generar empleo en el municipio por medio de la

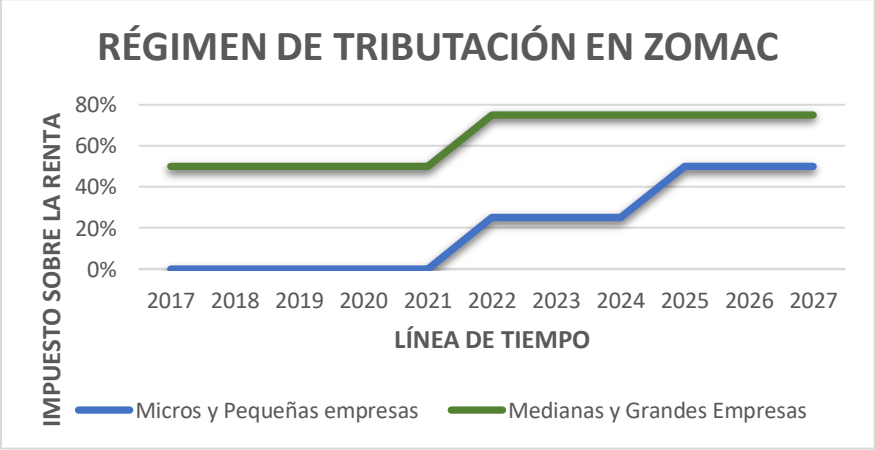
[17] Ley 1819 de 2016. Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones. Diciembre 29 de 2016. DO.N° 50101. *Artículo 236. Definiciones de Microempresa, Pequeña Empresa, Mediana Empresa y Grande Empresa.*

[18] César Augusto Romero Molina, Análisis aplicado a los beneficios ZOMAC en Santander, 23 REVISTA DE DERECHO FISCAL 237, (2023), https://doi.org/10.18601/16926722.n23.10 (accedido el 19 de octubre de 2023)

[19] Decreto 1915 de 2017. Por el cual se adiciona el título 5 de la parte 6 del libro 1 al Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en Materia Tributaria, para reglamentar el artículo 238 de la Ley 1819 de 2016. Noviembre 22 de 2017.

instauración de nuevas personas jurídicas, y el segundo, se regula con el mecanismo de obras por impuestos, opción que ha sido poco utilizada hasta la fecha debido a los requisitos que se deben cumplir para aplicar esta modalidad como forma de deducción del impuesto sobre la renta.

En la siguiente gráfica se estudia la variación del porcentaje de la tarifa del impuesto sobre la renta comparado con una línea de tiempo, la cual varía según el año en que las Micro, Pequeñas, Medianas y Grandes Empresas inicien sus actividades en la Zomac. Partiendo del siguiente ejemplo, una pequeña empresa que inicie sus actividades en el año 2023 tendrá una deducción del 50% del impuesto mencionado.



Gráfica 2. Elaboración propia con base el artículo 237[20] de la Ley 1819 de 2016. Tiempo del Beneficio ZOMAC 2017-2027

[20] Ley 1819 de 2016. Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos

Por consiguiente, se considera que el beneficio tributario ZOMAC fue creado con el objetivo de ofrecer una paz real y duradera para los municipios que sufrieron las consecuencias por la intervención de las Fuerzas Armadas Revolucionas de Colombia (FARC) durante

---

para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones. Diciembre 29 de 2016. DO.N° 50101.
ARTÍCULO 237. RÉGIMEN DE TRIBUTACIÓN DE LAS NUEVAS SOCIEDADES QUE INICIEN ACTIVIDADES EN LAS ZOMAC. Las nuevas sociedades, que sean micro, pequeñas, medianas y grandes empresas, que tengan su domicilio principal y desarrollen toda su actividad económica en las Zomac, y que cumplan con los montos mínimos de inversión y de generación de empleo que defina el Gobierno nacional, cumplirán las obligaciones tributarias sustantivas correspondientes al impuesto sobre la renta y complementarios, siguiendo los parámetros que se mencionan a continuación:

a) La tarifa del impuesto sobre la renta y complementarios de las nuevas sociedades, que sean micro y pequeñas empresas, que inicien sus actividades en las Zomac por los años 2017 a 2021 será del 0%; por los años 2022 a 2024 la tarifa será del 25% de la tarifa general del impuesto sobre la renta para personas jurídicas o asimiladas; para los años 2025 a 2027 la tarifa será del 50% de la tarifa general; en adelante tributarán a la tarifa general;

b) La tarifa del impuesto sobre la renta y complementarios de las nuevas sociedades, que sean medianas y grandes empresas, que inicien sus actividades en las Zomac por los años 2017 a 2021 será del 50% de la tarifa general del impuesto sobre la renta y complementarios para personas jurídicas o asimiladas; por los años 2022 a 2027 la tarifa será del 75% de la tarifa general; en adelante las nuevas grandes sociedades tributarán a la tarifa general.

décadas. Sin embargo, no en todos los 344 municipios existen empresas zomac, debido a la alta exigencia legal y los factores demográficos de la zona.

A modo de ilustración, está el caso de Santander que es uno de los 32 departamentos que tiene Colombia, ubicado en el nororiente del país, con un total de 87 municipios en su territorio, de los cuales 10[21] son catalogados como ZOMAC.

En el artículo denominado "Análisis aplicado a los beneficios ZOMAC en Santander"[22] se concluyó que para el año 2022 en el departamento de Santander solamente se han instaurado nuevas empresas ZOMAC en los municipios de Sabana de Torres, Rionegro y El Playón, en virtud, a las ventajas demográficas de estas zonas por el cultivo de palma africana ejercida como una actividad derivada del sector agricultor, beneficiando a la comunidad en la generación de empleo por la incorporación en el municipio de medianas y grandes empresas.

Sin embargo, como este incentivo tributario dirige su aplicación a los municipios con una población no tan extensa[23], lo que se deriva que las entidades territoriales

[21] Municipios ZOMAC Santander. Bolívar, Charta, El Playón, La Belleza, Landázuri, Matanza, Rionegro, Suratá, Sabana de Torres y Sucre

[22] César Augusto Romero Molina, Análisis aplicado a los beneficios ZOMAC en Santander, 23 REVISTA DE DERECHO FISCAL 237, (2023), https://doi.org/10.18601/16926722.n23.10 (accedido el 19 de octubre de 2023)

[23] Decreto 1650 de 2017. Por el cual se adiciona un artículo a la Parte 1 del Libro 1; la Sección 1 al Capítulo 23 del Título 1

de Bolívar, Sucre, Landázuri y La Belleza se encuentren en estado de desventaja porque su ubicación demográfica se encuentra lejana a la capital y las condiciones estructurales no son llamativas para que nuevas empresas se instauren en alguna de estas localidades

III. Posibilidad de desarrollo para los municipios

Por consiguiente, se logró evidenciar que para este incentivo tributario se aplique en su mayor rubro es necesario crear más políticas públicas que estén direccionadas al cumplimiento de los objetivos ZOMAC en los municipios ubicados en el departamento de Santander, debido a que, esta deducción tributaria se considera poco conocida por sus habitantes.

---

de la Parte 2 del Libro 1 y los Anexos No. 2 y 3, al Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en Materia Tributaria, para reglamentar los artículos 236 y 237 de la Ley 1819 de 2016.

Anexo 2 Metodología. *5. Finalmente, con el propósito de minimizar la concentración de inversiones en zonas que cuentan con una mayor demanda y de incentivar las nuevas inversiones en vez de un traslado para obtener los tratamientos tributarios especiales, se excluyeron las ciudades de más de 450.000 habitantes y se eliminaron las ciudades (medidas por las categorías de ruralidad de la Misión para la Transformación del Campo) que se encontraran a menos de 60 minutos de la capital del departamento, Esto, siempre y cuando la capital no se encontrara seleccionada en los pasos anteriores. Como resultado fueron seleccionados 344 municipio.*

De tal manera, se realizarán sugerencias para que las entidades territoriales de Santander pertenecientes a ZOMAC, por medio de exenciones o deducciones de impuestos de carácter municipal vuelvan atractiva la propuesta de crear nuevas sociedades en alguno de los 10 municipios del departamento en los próximos cuatro años restantes a la terminación del beneficio.

Ahora bien, para poder aplicar exenciones o deducciones a nivel local estas deben incorporarse en el estatuto tributario del municipio, por lo que, las nuevas empresas que se regirán por el beneficio ZOMAC podrían tener dos deducciones de impuesto, de los cuales, el primero es el impuesto sobre la renta que es a nivel nacional, y el subsiguiente de nivel territorial como por ejemplo la deducción del impuesto de Industria o Comercio y también el impuesto predial.

De forma reciente, la ley 2294 de 2023 "Por el cual se expide el plan Nacional De Desarrollo 2022- 2026 Colombia Potencia Mundial De La Vida"[24] estableció la importancia de seguir con la ejecución del incentivo tributario ZOMAC en los municipios de país, por medio del apartado Ambiente y Desarrollo Sostenible que tiene como finalidad la recuperación, protección y conservación de ecosistemas estratégicos de los municipios Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial[25] y ZOMAC. Así mismo, desarrollar la garantía

[24] Ley 2294 de 2023. Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 "Colombia Potencia Mundial de la Vida "Mayo 19 de 2023. DO.N° 52400.

[25] Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) tienen como objetivo estabilizar y transformar los territorios

de rellenos sanitarios y planta de tratamiento de agua residual de estos municipios, con base a un proyecto ecológico y sostenible en el tiempo.

En tal entendido, resulta viable que los requisitos para acceder a las posibles exenciones o deducciones tributarias territoriales estén conferidos en beneficio de un desarrollo sostenible de carácter ambiental. Por consiguiente, la incorporación de economía circular en Colombia ha sido relevante debido a que su inclusión optimiza los recursos, reduce el consumo de materias primas y genera un mejor manejo de los residuos alargando su vida útil para convertirlos en nuevos productos[26].

En este sentido, la generación de estrategias para el cuidado del medio ambiente indicadas en el actual Plan Nacional de Desarrollo (PND) como lo es la creación del programa denominado **Basura Cero**, el cual, consta de articular las instancias del Gobierno nacional, las entidades territoriales, las empresas de servicios públicos y la sociedad civil, para impulsar tratamiento y

más afectados por la violencia, la pobreza, las economías ilícitas y la debilidad institucional.

[26] Qué es la economía circular y por qué es importante | Repsol, REPSOL, https://www.repsol.com/es/sostenibilidad/ejes-sostenibilidad/medio-ambiente/economia-circular/index.cshtml#:~:text=Con%20la%20economía%20circular%20promovemos,para%20convertirlos%20en%20nuevos%20productos. (accedido el 20 de octubre de 2023).

gestión de residuos con base a la economía circular[27]. Serviría como condición para cumplir por parte de las nuevas empresas instauradas en los municipios Zomac, para que estas sean beneficiarias del incentivo tributario territorial.

Así mismo, en las líneas de inversión en Santander el PND indica que en la región existe el deber de implementar el proyecto denominado **Hidrogeno Verde** definido como el hidrogeno producido a partir de Fuentes No Convencionales de Energía Renovable (FNCER), tales como la biomasa, los pequeños aprovechamientos hidroeléctricos, la eólica, el calor geotérmico, la solar, los mareomotriz, entre otros[28]. De tal forma, se les atribuiría beneficios a empresas que desarrollen la productividad del hidrogeno verde, dependiente al municipio que se encuentre su domicilio principal y demás requisitos Zomac.

Considerando el actual Plan Nacional de Desarrollo,[29] el cual prioriza la Economía Circular y la protección del medio ambiente como uno de sus ejes fundamentales[30],

[27] Ley 2294 de 2023. Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 "Colombia Potencia Mundial de la Vida "Mayo 19 de 2023. DO.N° 52400. Artículo.227

[28] Ley 2099 de 2021. Por medio de la cual se dictan disposiciones para la transición energética, la dinamización del mercado energético, la reactivación económica del país y se dictan otras disposiciones. Julio 10 de 2021. DO.N°51.731.

[29] Colombia. Ley 2294 de 2023. Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=209510. Consultado 19 Octubre 2023.

[30] Colombia. Ministerio de Hacienda.ABC del Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026.

desde ésta óptica los municipios Zomac pueden generar acuerdos municipales que beneficien a quienes se instalen en sus territorios desarrollando actividades relacionadas con la Economía Circular desde las disposiciones de las Naciones Unidas y las leyes internas, esto es, "Impulsada por el diseño y sustentada por el uso de energías y materiales renovables, la economía circular revoluciona la forma en que diseñamos, producimos y consumimos. El modelo se basa en tres principios: eliminar residuos y contaminación; mantener productos y materiales en uso, y regenerar sistemas naturales."[31]

He aquí una clara fuente de desarrollo subnacional fundado en la economía verde o ecológica puesto que es perfectamente posible generar empleos productivos y formalizados, fortalecer la igualdad de género en la política tributaria e incrementar los ingresos tributarios endógenos.

IV. Conclusiones

Bajo los criterios expuestos todas las actividades industriales y comerciales iniciadas por empresas radicadas en municipios ZOMAC podrían beneficiarse por el lapso de 10 años y generar empleo productivo,

---

https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=/ConexionContent/WCC_CLUSTER-220636. Consultado 19 de Octubre 2023

[31] Naciones Unidas. Noticias ONU. https://news.un.org/es/story/2021/03/1490082. Consultado 19 Octubre de 2023

desarrollando también políticas de género en materia tributaria y mejoramiento de las cadenas productivas agroalimentarias y promover políticas de protección al medio ambiente.

No obstante, se evidenció que el beneficio tributario ZOMAC creado por el Congreso de la República en la ley 1819 de 2016 no ha sido suficiente para satisfacer las necesidades de las localidades que fueron afectadas por el conflicto armado, en razón, a que no en todos los 344 de municipios se han instaurado nuevas empresas para beneficiarse de este incentivo.

De la misma forma, se evidenció que en el departamento de Santander de los 10 municipios catalogados como ZOMAC, solo en Rionegro, Sabana de Torres y el Playón han hecho utilización de este incentivo, debido a que por sus condiciones geográficas es económicamente más sostenible.

Como el caso del municipio de Sabana de Torres, en el cual, el 70% de las empresas que son beneficiarias de este incentivo se dedican a la producción de aceite derivado de la palma africana, un producto que por las condiciones agrícolas y climáticas de la zona facilita su producción. Es por esto, que en los demás 7 municipios de Santander no se han instaurado empresas de estas categorías debido a que por sus condiciones geográficas no es económicamente sostenible la creación de nuevas sociedades y que a la vez cumplan con los requisitos establecidos en los artículos 235, 236, 237 y 238 de la ley 1819 de 2016.

Por lo tanto, es totalmente necesario la inclusión de un nuevo beneficio a nivel territorial que incentive la

creación empresa en los municipios ZOMAC, al utilizar un modelo ambiental sostenible como lo es la aplicación de la economía circular enfocado en reducir, reciclar y reutilizar los productos que tenían como fin más cercano ser desechados.

Por ende, como se indico en el transcurso del escrito las entidades territoriales, en este caso los municipios gozan de autonomía en la potestad tributaria en la forma de aplicación y ejecución de los impuestos que han sido declarados netamente de carácter municipal. Es por eso, que al adicionar un nuevo incentivo que confiera una deducción en el impuesto de industria y comercio o el impuesto predial, volvería más atractivo el actual beneficio tributario Zomac, al recalcar que se deben cumplir dos requisitos esenciales, como lo es la forma en que la nueva sociedad aplique la economía circular y que cumpla con los requisitos exigidos para ser declarados ZOMAC.

Deduciendo así que los municipios Zomac pueden generar un espacio de prosperidad económica expidiendo sus acuerdos municipales mediante los cuales en los términos constitucionales y legales aquí expuestos otorguen beneficios tributarios a las nuevas empresas que se instalen en su jurisdicción toda vez que no alteran el marco fiscal de mediano plazo.

I. Bibliografía

Colombia, Constitución Política de 1991.

Colombia, ley 14 de 1983, artículo 38: Los municipios sólo podrán otorgar exenciones de impuestos municipales por plazo limitado, que en ningún caso excederá de diez años, todo de conformidad con los planes de desarrollo municipal.

Decreto 1650 de 2017. Por el cual se adiciona un artículo a la Parte 1 del Libro 1; la Sección 1 al Capítulo 23 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 1 y los Anexos No. 2 y 3, al Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en Materia Tributaria, para reglamentar los artículos 236 y 237 de la Ley 1819 de 2016

Decreto 1915 de 2017. Por el cual se adiciona el título 5 de la parte 6 del libro 1 al Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en Materia Tributaria, para reglamentar el artículo 238 de la Ley 1819 de 2016. Noviembre 22 de 2017.

DIAN - Coordinación de Estudios Económicos, Cuaderno de Trabajo No. 54: "Beneficios tributarios en el impuesto sobre la renta, en el impuesto sobre la renta para la equidad CREE y en el impuesto al valor agregado (IVA) - año gravable 2014 (cifras preliminares)"

Ley 1819 de 2016. Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones. Diciembre 29 de 2016. DO.N° 50101

Ley 1819 de 2016. Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los

mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones. Diciembre 29 de 2016. DO.N° 50101.

Ley 2099 de 2021. Por medio de la cual se dictan disposiciones para la transición energética, la dinamización del mercado energético, la reactivación económica del país y se dictan otras disposiciones. Julio 10 de 2021. DO.N°51.731.

Ley 2294 de 2023. Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 "Colombia Potencia Mundial de la Vida "Mayo 19 de 2023. DO.N° 52400.

Romero Molina, César A. El Principio de Legalidad Tributaria en la expedición de Normas territoriales. Revista Dixi, ISSN 0124-7255, Edición No.12, Abril 2010 .página 119

II. Webgrafía

Cardona B., Juan Camilo.

file:///Users/cesar/Downloads/ecoinstitucional,+JuanCardona.pdf. Consultado 19 Octubre 2023.

César Augusto Romero Molina, Análisis aplicado a los beneficios ZOMAC en Santander, 23 REVISTA DE DERECHO FISCAL 237, (2023), https://doi.org/10.18601/16926722.n23.10 (accedido el 19 de octubre de 2023)

Colombia. Ministerio de Hacienda.ABC del Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026.

https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=/ConexionContent/WCC_CLUSTER-220636. Consultado 19 de Octubre 2023

Federación colombiana de municipios. https://www.fcm.org.co/wp-content/uploads/2021/03/Tributacion-Municipal-para-la-equidad-y-el-desarrollo2.pdf. Página 31. Consultado 19 de octubre 2023.

Naciones Unidas. Noticias ONU.

https://news.un.org/es/story/2021/03/1490082. Consultado 19 Octubre de 2023

Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET) tienen como objetivo estabilizar y transformar los territorios más afectados por la violencia, la pobreza, las economías ilícitas y la debilidad institucional.

Qué es la economía circular y por qué es importante | Repsol, REPSOL,

https://www.repsol.com/es/sostenibilidad/ejes-sostenibilidad/medio-ambiente/economia-circular/index.cshtml#:~:text=Con%20la%20economía%20circular%20promovemos,para%20convertirlos%20en%20nuevos%20productos. (accedido el 20 de octubre de 2023).

III. Jurisprudencia

Colombia. Consejo de Estado, Sección 4ª. Sentencia del 7 de abril de 2011, Exp. 16949, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-478 de 1992.

Gabilex

Nº 36

Diciembre 2023

http://gabilex.castillalamancha.es

REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

Gabilex

Nº 36

Diciembre 2023

http://gabilex.castillalamancha.es

LA SUBSANABILIDAD DE LA DOCUMENTACIÓN ACREDITATIVA PREVIA A LA ADJUDICACIÓN EX ARTÍCULO 150.2 DE LA LCSP ES UN TRÁMITE QUE NO PUEDE OMITIRSE.

THE RECTIFICATION OF THE ACCREDITATION DOCUMENTATION PRIOR TO THE AWARDING OF THE CONTRACT EX ARTICLE 150.2 OF THE LCSP IS A PROCEDURE THAT CANNOT BE OMITTED.

Dr. Jaime Pintos Santiago
Socio-Director del Despacho Jaime Pintos Abogados & Consultores
Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo en UDIMA
Funcionario de Carrera en Excedencia
Orcid: 0000-0002-1622-5162

Dª. María Dolores Fernández Uceda

Abogada Senior en Jaime Pintos Abogados & Consultores
Especialista en Contratos Públicos

Resumen: Análisis amplio de la doctrina relativa a la subsanabilidad de la documentación acreditativa previa a la adjudicación ex artículo 150.2 en concordancia a la Resolución nº 283/2023, de 2 de junio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (Recurso nº 245/2023), que estima un recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la exclusión de la oferta y posterior adjudicación del lote 6 al siguiente licitador mejor clasificado, en relación al contrato de "Suministro de materiales para ejecución de las obras: "Reurbanización C/ Batalla de Munda", "Reurbanización C/ Levante", "Reurbanización Varias Calles Barriada Generación del 27(Fase III)" y "Reordenación del Acceso al Polideportivo y Gimnasio Municipal", (Expte. 2022/6964/GEX 2022/5964), convocado por el Ayuntamiento de Nueva Carteya (Córdoba).

Abstract: Extensive analysis of the doctrine relating to the rectifiability of the supporting documentation prior to the award ex article 150. 2 in accordance with Resolution no. 283/2023, of 2 June, of the Administrative Tribunal for Contractual Appeals of the Andalusian Regional Government (Appeal no. 245/2023), which upheld a special appeal in contracting matters filed against the exclusion of the bid and subsequent award of lot 6 to the next best classified bidder, in relation to the contract for "Supply of materials for the execution of the works: "Reurbanización C/ Batalla de Munda", "Reurbanización C/ Levante", "Reurbanización Varias Calles Barriada Generación del 27(Fase III)" and "Reordenación del Acceso al Polideportivo y Gimnasio Municipal", (Expte.

2022/6964/GEX 2022/5964), announced by the Nueva Carteya Town Council (Córdoba).

Palabras clave: Solvencia técnica – Requerimiento de subsanación – Exclusión

Keywords: Technical solvency – Request for correction – Exclusion

SUMARIO:

I.- Motivos de la impugnación

II.- Consideraciones del Tribunal

III.- Conclusiones: doctrina vinculante

I. MOTIVOS DE LA IMPUGNACIÓN

Sustantivamente, se recurrió la exclusión de la oferta de este licitador respecto a los lotes 6.

Con respecto al lote 6, el recurrente había sido propuesto como adjudicatario y requerido para aportar la documentación previa a la adjudicación, en los términos previstos en el artículo 150.2 de la LCSP. La Mesa de Contratación, comprobada la documentación aportada por los licitadores propuestos como adjudicatarios, concluyó que el recurrente no había aportado determinada documentación acreditativa de la solvencia técnica dentro del plazo concedido y directamente lo excluyó, sin haberle requerido para subsanar. Según el

pliego, en el caso de que se observasen defectos subsanables en la documentación aportada, se debía conceder un plazo improrrogable de tres días hábiles para su corrección, requerimiento que, según el recurrente, no tuvo lugar.

Por este motivo, solicitaba la anulación de la exclusión, con retroacción de las actuaciones, a fin de que por la Mesa de Contratación se concretase exactamente el defecto u omisión que debía subsanarse y se concediera el preceptivo plazo de subsanación, con indicación precisa de la documentación específica que consideraba pertinente que el licitador debía aportar para llevar a cabo la misma.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En relación al lote 6, entiende el Tribunal que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 150.2 de la LCSP, el licitador propuesto como adjudicatario que fracasa cumplimentando el trámite de aportación de la documentación acreditativa dentro de plazo no sólo pierde la posibilidad de que se le adjudique el contrato sino que, además, se le puede imponer una penalidad del 3% del presupuesto base de licitación, aunque esta posibilidad sólo procede, según el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCJA), cuando el incumplimiento de los requisitos para ser adjudicatario es grave y claro, y el licitador no ha actuado de buena fe y media dolo, culpa o negligencia.

Según el TARCJA, *"La existencia de esta penalidad hace necesario, más que nunca, que se conceda al licitador*

propuesto como adjudicatario la posibilidad de subsanar los errores cometidos al presentar su documentación".

A diferencia del plazo general de subsanación de diez días hábiles previsto en el artículo 73.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los artículos 141.2 de la LCSP y 81 del RGLCAP, de aplicación preferente en cuanto normativa especial de acuerdo con la D.F. 4ª de la LCSP, establecen un plazo de subsanación de tres días, que el propio PCAP, que es *lex contractus*, precisa en tres días hábiles.

Ahora bien, según el TARCJA, la interpretación que se ha de hacer es si verdaderamente existió el trámite de subsanación, ya que la recurrente la obvia en el escrito del recurso especial como si no hubiese existido, en contra de lo que sostiene el órgano de contratación en el informe al recurso especial, si bien señala que lo realizó vía telefónica.

A tal efecto, recuerda que la D.F. 15ª de la LCSP determina que la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas de los procedimientos de adjudicación de los contratos se efectuará por medios exclusivamente electrónicos, pudiendo realizarse realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica. En la LCSP la notificación electrónica no es preferente como en la Ley 39/2015 sino que es el medio exclusivo de notificación, aplicable tanto a personas jurídicas como a personas físicas, condición que reunía el recurrente.

Con cita del informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, 1/18, sobre "diversas

cuestiones relacionadas con las notificaciones electrónicas", concluye el TARCJA que el legislador no ha querido establecer diferencia alguna entre las notificaciones establecidas en el marco de la adjudicación del contrato y las que puedan tener que verificarse en un momento anterior o posterior. Y, dado que según alega el órgano de contratación, se habría hecho un llamamiento de subsanación – "*que la recurrente obvia o desconoce*", aunque consta en el expediente la aportación de documentación subsanatoria – procede analizar si pudieran existir otros medios de comunicación equivalentes a las direcciones de correo electrónico habilitadas.

En este sentido, según el artículo 140.1.4º de la LCSP, en el DEUC debe designarse una dirección de correo electrónico en que efectuar las notificaciones, que deberá ser "habilitada", de conformidad con lo dispuesto en la D.A. 15ª, en los casos en que el órgano de contratación haya optado por realizar las notificaciones a través de la misma. Esta circunstancia deberá recogerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Según el Tribunal, *"la dirección electrónica habilitada a que se refiere la DA 15ª, es la misma que la de la LPAC, consistiendo en un sistema mediante el cual cualquier persona física o jurídica, tras solicitarlo cumpliendo con los requisitos técnicos pertinentes, dispone de una dirección electrónica para la recepción de las notificaciones que por vía telemática puedan practicar las distintas Administraciones Públicas".* De esta manera, *"aquel que consienta a ello dispondrá de un buzón electrónico en el que recibirá las notificaciones*

electrónicas correspondientes a aquellos procedimientos a los que voluntariamente se decida suscribir. *Es decir, este es el único medio para poder relacionarse en el procedimiento con el licitador, no surtiendo efecto cualquier otra notificación".*

En el caso concreto, manifiesta el Tribunal que un requerimiento de subsanación formulado telefónicamente no permite conocer el contenido y alcance de la comunicación, que resulta de gran relevancia, pues de dicho requerimiento depende la continuidad en el procedimiento de contratación y la propia adjudicación. Por ello entiende que, no constando la fehaciencia de la notificación, no procede entrar en la forma en que se habría subsanado, y procede estimar el recurso, ordenando la retroacción del procedimiento al momento del requerimiento ex artículo 150.2 de la LCSP, anulándose los acuerdos impugnados, y una vez resuelto y retrotraído el procedimiento al trámite viciado de nulidad, proseguir con el procedimiento de adjudicación.

III. CONCLUSIONES: DOCTRINA VINCULANTE

Por otro lado, analizamos la doctrina relativa a la subsanabilidad de la documentación acreditativa previa a la adjudicación.

Es criterio del TARCJA – Resolución nº 247/2020, de 9 de julio - que una vez calificada la documentación presentada como insuficiente para acreditar los requisitos previos, procede otorgar un trámite de subsanación, por entender que estos requisitos son esencialmente subsanables.

La Resolución del TACRJA nº 309/2018, de 9 de noviembre, analiza si se debió conceder al recurrente la posibilidad de subsanar la documentación presentada, apelando a la Resolución de ese mismo Tribunal nº 279/2018, de 10 de octubre, en la que, con invocación de los principios antiformalista y de proporcionalidad, estima que procede conceder a la licitadora propuesta como adjudicataria en determinados supuestos, un plazo para la subsanación de la documentación presentada, siendo la exclusión de las licitadoras por defectos de los documentos administrativos una medida excepcional.

Dicha Resolución precisa que "*respecto a la documentación acreditativa de los requisitos previos … cuando su aportación se sustituye por una declaración responsable o por el DEUC…, se permite la posibilidad de subsanar la misma con ocasión de su aportación por la licitadora propuesta adjudicataria con carácter previo a la adjudicación, por lo tanto, procede hacer extensiva dicha posibilidad a la documentación exigida con carácter previo a la adjudicación, por cuanto es en ese mismo momento cuando se aporta la misma y se procede a su calificación, siendo con ocasión de su presentación cuando se pueden apreciar los defectos subsanables en su caso, y sin que haya razón o justificación alguna para que se otorgue plazo de subsanación en el primer caso y no en este segundo".*

Y añade que para entender que el licitador ha retirado injustificadamente su oferta – artículos 151.2 del TRLCSP y 150.2 de la LCSP – se requiere que exista un comportamiento inequívocamente incumplidor de lo requerido, que evidencie que efectivamente la licitadora propuesta quiere retirar su oferta, como es el caso de la

no constitución de la garantía definitiva en plazo, un incumplimiento total y de gravedad suficiente para proceder a la incautación y ejecución de la garantía provisional. Sin embargo, cuando el requerimiento de aportación de documentación dentro de plazo se ha atendido pero de forma incompleta, no cabe considerar que no se ha cumplido con dicho trámite, más aún cuando se ha aportado la documentación solicitada con carácter previo al acuerdo de exclusión. Dicha aportación evidencia el deseo de no retirar su oferta y de resultar adjudicataria, por lo que no procede acordar su exclusión de forma automática, sin concederle previamente la posibilidad de subsanar la documentación aportada.

Dicho criterio es el que ha seguido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), entre otras, en las Resoluciones 439/2018, de 27 de abril, 582/2018, de 12 de junio y 747/2018, de 31 de julio. Y también por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias en su Recomendación 2/2018.

Por su parte, el TARCJA analiza en su Resolución nº 366/2021, de 8 de octubre la doctrina del TACRC sobre la subsanabilidad, sintetizada en la Resolución 747/2018 de 31 de julio, que admite incluso la subsanación de la garantía incompletamente constituida. Según el TACRC, el artículo 150.2 de la LCSP establece una presunción iuris tantum sobre la retirada de la oferta del licitador, quien no sólo pierde la posibilidad de que se le adjudique el contrato, sino que además se le puede imponer una penalidad del 3% del presupuesto base de licitación. Y declara que "*admitir la subsanabilidad de la documentación presentada por el licitador propuesto*

como adjudicatario no se considera que infrinja el principio de igualdad entre licitadores, pues es un trámite obligado para la Administraciones Públicas por la LPAC, y que por ello siempre se aplicará en el mismo sentido". De acuerdo con ello, el TARCJA concluye que es subsanable la presentación de documentación en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, si bien la subsanabilidad debe ser entendida como acreditación del cumplimiento de los requisitos en plazo, no como la concesión de un plazo complementario para dar cumplimiento a los mismos.

Debemos recordar, como señala la Resolución del TACRC nº 747/2018, de 31 de julio, que *"cumplimentar significa, según el DRAE, rellenar un impreso o poner en ejecución una orden superior. No significa cumplir perfectamente algo, en este caso lo requerido, sino simplemente poner en ejecución lo requerido, supuesto en el que existirá cumplimentación de lo ordenado, aunque no se haga perfectamente… el precepto asocia una consideración determinada a la no cumplimentación, pero no a la cumplimentación aunque sea defectuosa o imperfecta.*

…la técnica de equiparar determinadas conductas a la retirada injustificada de la oferta se limita a incumplimientos totales de ciertas obligaciones, y si el requerimiento no se cumple, todo ello al fin de ejecutar la garantía por las causas citadas, por lo que en nuestro caso sólo concurre cuando no se cumple en modo alguno lo requerido o no se constituye en modo alguno la garantía definitiva en el plazo señalado. Sólo en tal caso, estaríamos ante incumplimientos de gravedad suficiente para afirmar que se ha retirado la oferta y procede la

incautación y ejecución de la garantía provisional, pero no en otro caso, pues el efecto atribuido si se cumple defectuosamente lo requerido, ya no recaería sobre su no cumplimentación sino sobre su cumplimentación defectuosa, supuesto en el que no cabe afirmar retirada alguna de la oferta, y sólo cabría, en buena técnica, excluir la oferta por incumplimiento del trámite, efecto gravísimo y perjudicial para el interés público ante una conducta de cumplimiento defectuoso no grave sin que previamente se dé la oportunidad, como se prevé en la Ley 39/2015, de subsanar el defecto u omisión cometido por el interesado en el trámite conferido…

…con la nueva LCSP el licitador que fracasa en este trámite no sólo pierde la posibilidad de que se le adjudique el contrato (siendo la empresa mejor valorada), sino que además se le puede imponer una penalidad del 3% del presupuesto base de licitación (entiende este Tribunal que la penalidad sólo procede cuando el incumplimiento de los requisitos para ser adjudicatario es grave y claro, y el licitador no ha actuado de buena fe y media dolo, culpa o negligencia). La existencia de esta penalidad hace necesario, más que nunca, que se conceda al licitador propuesto como adjudicatario la posibilidad de subsanar los errores cometidos al presentar su documentación".

Por último, debemos traer a colación cómo debe ser el requerimiento de subsanación ex artículo 150.2 de la LCSP. En este sentido, el TARCJA pone de manifiesto en Resoluciones como la nº 65/2017, de 31 de marzo que *"al ser defectuoso o incompleto el requerimiento de subsanación, tanto el acuerdo de exclusión como la resolución de adjudicación…, al traer causa o no ser*

independientes de aquél, resultan, igualmente, inválidos". Y en la resolución nº 228/2021, de 10 de junio, viene a señalar: *"Y posteriormente, en plazo de subsanación, volvió a solicitar la misma documentación inicial,.., sin expresar cuál era el defecto u omisión observada que debía ser subsanada….Su requerimiento fue impreciso, genérico e incompleto y coadyuvó a que la subsanación no se efectuara correctamente, impidiendo el principio de proporcionalidad (artículo 132.1 de la LCSP) en estas circunstancias acudir a una decisión tan gravosa para la licitadora como es la exclusión".*

REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA

BASES PARA LA PUBLICACIÓN

BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA GABILEX, REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA

I. LENGUA DE LOS TRABAJOS

El idioma oficial de la **Revista GABILEX** es el español y los trabajos que se publiquen deberán estar escritos por regla general en esta lengua. Si bien, por su especial relevancia, podrán publicarse artículos que estén escritos en otras lenguas como el inglés, francés, portugués o italiano, entre otros, publicándose en esos mismos idiomas con un resumen y las palabras claves también en español.

II. CARÁCTER INÉDITO DE LAS INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES

En la **Revista GABILEX** se publicarán principalmente artículos de investigación concebidos para la revista, esto es, de carácter **original e inédito.** Se consideran inéditos aquellos estudios que, no obstante, a haber sido publicados en un idioma distinto del español, se traduzcan por primera vez a esta lengua. Estos casos se

encontrarán justificados en la relevancia jurídica y social de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.

Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

1. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas.
2. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.
3. En el caso de RECENSIONES, la extensión es variable y no debiera superar las 5 páginas. La edición del libro recensionado, impreso y/o electrónico, en ningún caso debe superar un máximo de diez (10) años desde su publicación. El libro recensionado debe pertenecer al campo de las Ciencias Sociales de acuerdo a los ejes de la revista señaladas en temáticas y alcances.

También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso, coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.

III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES

Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema de selección de los trabajos que aparezcan en la misma (**"EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS"**).

Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección y Consejo de Redacción de la Revista.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.

Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.

IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS

Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.

Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:

1. Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
2. El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
3. Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:

a) Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
b) Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.
c) Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
d) Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.
e) Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de la

publicación y las materias objeto de estudio e investigación.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.

Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vítae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Tanto los ARTÍCULOS como las RESEÑAS deberán remitirse en formato *Word* o compatible por correo electrónico a la siguiente dirección de la Revista: **revistagabinetejuridico@jccm.es**

La presentación de trabajos se ajustará a las reglas de formato y estilo que se especifican a continuación siguiendo la tipografía en la organización de los epígrafes que consta en la plantilla adjunta como anexo al final de este documento.

Los trabajos que no se ajusten a las pautas de presentación indicadas serán devueltos a su autor para que los corrija de acuerdo con las mismas, antes incluso de pasar el filtro del Consejo de Redacción.

VII. TÍTULO, RESUMEN, *ABSTRACT*, PALABRAS CLAVE, *KEY WORDS* Y SUMARIO

Tal y como se indicaba los trabajos necesariamente contendrán el **título** en español y en inglés. Tras el título incluirán un breve **resumen** o *abstract* de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla. En el resumen, que ha de estar en español y en inglés, se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo atendida la aportación o avance científico que implica.

A continuación se incluirán cinco a diez **palabras clave** o *key words* tanto en castellano como en inglés.

Tras los datos anteriores se incluirá un **sumario** en el que figurarán todos los epígrafes del artículo en la forma que luego se concreta.

Si el artículo se publica en alguno de los otros idiomas de la revista que no sea el español, el título, el resumen, y las palabras clave deberán aparecer en el idioma en el que se publica y en español (si el idioma en el que se publica el artículo no es el inglés, deberán aparecer: en el idioma en el que se publique el artículo, en español y en inglés).

VIII. FORMATO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos han de remitirse en formato *Word* para *Windows* en letra Verdana[32]. El cuerpo del texto principal se presentará en el tamaño 11 de dicha letra y tendrá interlineado sencillo. Las notas a pie de página tendrán tamaño 10 de letra y también tendrán interlineado sencillo y el mismo tipo de letra. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3…), a pie de página, mediante el uso de superíndice. El espaciado entre párrafos será de 12 puntos.

No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados ni subrayados.

Márgenes del documento:

Margen superior: 2.5 cm

Margen inferior: 2.5 cm

Margen derecho: 3 cm

Margen izquierdo: 3 cm

IX. CITA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

[32] Se utiliza tipografía "Verdana", ya que los expertos en discapacidad aconsejan utilizar este tipo de letra al ser considerada como la más accesible a las personas con discapacidad, considerándose de este modo como sinónimo de accesibilidad.

Las reglas de presentación de las citas y referencias que a continuación se recogen siguen las pautas más comunes a las que se adaptan las publicaciones jurídicas, y en este sentido son orientativas en dicho campo temático. Si el trabajo presentado respeta las pautas formato expuestas en el epígrafe anterior pero su sistema de citas se adecua a otros usos académicos propios del ámbito científico en el que se inscriben, no tendrán que adecuarse al que a continuación se explica.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

La primera vez que una obra sea citada se hará una cita completa en nota a pie, con arreglo a los siguientes formatos:

Identificación del autor o autores: apellido (en su caso, apellidos) e inicial del nombre del autor, en mayúsculas o versalitas, separados por coma y terminando con un punto.

A continuación, habrá de diferenciarse según el tipo de trabajo citado:

- **Libro:** título del libro en cursiva, seguido del número de edición (si hay más de una), la editorial, la localidad de edición y el año de la misma.

La separación entre el nombre del autor y el título del libro se hará a través de coma, y la separación del resto de indicaciones referidas a través de comas.

- **Artículo en publicación periódica (revista):** título del artículo entre comillas, título de la revista –si la revista se conoce comúnmente con algún acrónimo se pondrá éste, pero se hará constar también el título completo de la revista entre paréntesis-, año de edición, página inicial y final del artículo.

- **Capítulo en colección de escritos de varios autores:** título del capítulo o aportación escrita entre comillas, título de la obra de conjunto en cursiva, mención –en su caso- del nombre del coordinador, director o editor de la obra conjunta, y, a continuación, mención de la localidad y del año de edición.

- **Obra en co-autoría:** los autores serán mencionados por el orden en el que figuren en el libro o artículo u otro tipo de escrito. La separación entre nombres de autores se hará a través de punto y coma.

Las posteriores citas de la misma obra serán abreviadas, mencionándose, únicamente, el apellido (los apellidos, en su caso), del autor o de los autores, y una abreviatura del título de la obra, seguida tres puntos suspensivos entre paréntesis y de la indicación "*op. cit*.," de que ya ha sido citada y la página correspondiente.

Modo de indicar las páginas de la obra a las que se refiere la cita: se hará constar tras la abreviatura "pág." el número de la página; por ejemplo: pág. 15. Si el número es superior a mil la cifra irá sin puntos; por ejemplo: pág. 1099. En caso de ser varias páginas, tras

la abreviatura "págs." se citará la primera última página separadas con un guión; por ejemplo: págs. 345-350.

Cita de documentos oficiales de organismos reconocidos: se empleará el modo de cita oficial de los mismos.

Cita de trabajos localizables en páginas web: Si la cita es de carácter general se coloca el sitio Web (*home page*) y si es de carácter especial se debe colocar en primer lugar, la referencia al trabajo que se quiere referir y la dirección del enlace (*link*) donde aparece alojada la información. Debe indicarse también la última fecha de la consulta, debido a la posible volatilidad de la información alojada en Internet.

X. CESIÓN DE LOS TRABAJOS Y ACEPTACIÓN DE LAS BASES DE PUBLICACIÓN

Los autores cuyos trabajos sean publicados en la **Revista GABILEX** ceden los derechos de su obra a los solos fines de ser incluidos en la Revista y recibirán un certificado acreditativo de la publicación. La remisión de los trabajos implica la aceptación de estas bases.

XI. RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES SOBRE LAS OPINIONES QUE MANIFIESTEN EN LA GABILEX

La **Revista GABILEX** no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por los autores en los trabajos

firmados que se reproducen en ella. Son los autores de los estudios los responsables únicos de las mismas.

Ejemplo visual del formato de presentación con indicación de la manera en que han de señalarse los distintos epígrafes de los que conste el trabajo

TÍTULO

TITLE

Autor

Cargo-Universidad. Profesión-Entidad (País)

Correo electrónico del autor[1] (no es obligatorio, figurará en la breve reseña curricular que se debe adjuntar)

Resumen:(De 12 a 25 líneas de Resumen del trabajo)

Palabras clave: (Cinco a diez palabras clave separadas por comas)

Abstract: (Abstract)

Key words: (Five to ten key words)

Sumario: I. PRIMER EPÍGRAFE.- 1. Segundo epígrafe.- *A) Tercer epígrafe*.- *a) Cuarto epígrafe*

I. PRIMER NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de notal al pie, en su caso

1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de notal al pie, en su caso

A) ***Tercer nivel de epígrafe***

Texto normal y texto de notal al pie, en su caso

a) *Cuarto nivel de epígrafe*

Texto normal y texto de notal al pie, en su caso