

Nº 10
Segundo trimestre
2017

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 10. Junio 2017

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA y VLEX

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

D^a Araceli Muñoz de Pedro

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

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

D. Roberto Mayor Gómez

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

D. David Larios Risco

Asesor jurídico de la Organización Médica Colegial de España.

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia

D. Jaime Pintos Santiago

Cuerpo Superior 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 Alvarez*"

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

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

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo. Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local Ayuntamiento de Vigo

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM

D. Jorge Fondevila Antolín

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

SUMARIO

EDITORIAL	9
El Consejo de Redacción	

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

“PUBLICIDAD ACTIVA Y GOBIERNO ABIERTO. SU REGULACION POR LA LEY 4/2016, DE 15 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO DE CASTILLA-LA MANCHA” D ^a Gema M ^a Ortega Expósito.....	15
--	----

“LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS: FRANCISCO SUÁREZ Y LOS LÍMITES DEL SILOGISMO” D. José Ignacio Herce Maza.....	78
--	----

“LA CLÁUSULA DE REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA” D ^a Mónica de la Cuerda Martín.....	154
--	-----

“EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR FRANCÉS: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES Y PERSPECTIVA ACTUAL” D. Carlos M ^a Rodríguez Sánchez.....	242
---	-----

SECCIÓN INTERNACIONAL

“NUEVOS PERFILES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL DERECHO ARGENTINO” D. Cristian Ricardo A. Piris.....	276
--	-----



RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 75/2016 DE 10 DE FEBRERO Y EL VALOR DE LA PRUEBA DE ADN D ^a Alicia Chaves Mora.....	344
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA Nº 10, DE 31 DE ENERO DE 2017 D. Juan José González López.....	360
BASES DE PUBLICACIÓN	378

EDITORIAL

Sabemos que la contratación pública electrónica nos va a reportar beneficios: centraliza la información y permite así compartirla con mayor agilidad; automatiza los procedimientos de conformidad con la normativa haciéndolos más simplificados y más y mejor documentados, regidos y controlados, permitiendo por ejemplo controles automatizados o la detección de alertas (de anuncios o plazos sin ir más lejos); consigue unos contratos públicos más accesibles a través de la eliminación de las barreras geográficas y también físicas, incrementando de este modo la concurrencia competitiva y por tanto no sólo el ahorro económico resultante de esta competencia. También la mejora de los servicios y una mayor especialización, que como consecuencia también provocan una mejora de la eficiencia y de la eficacia, con el consiguiente ahorro directo en logística y a su vez, nuevamente, en costes, tanto para la Administración como para los operadores económicos.

Ejemplos de esto son la eliminación del papel, la reducción de los desplazamientos, el ahorro de espacio físico para labores como las de archivo, etc. y es que el documento electrónico y su archivo permite una mejor custodia, preservación e integridad, permitiendo el acceso a la documentación exclusivamente a las personas autorizadas para ello, consiguiendo al mismo tiempo con la eliminación y automatización de todas estas tareas burocráticas un ahorro estimable de tiempo que se podrá dedicar a otras actividades más productivas; supone igualmente una fuente invaluable de información

permitiendo optimar los recursos a través del trabajo propio de la "minería de datos" identificando, por ejemplo, dónde se producen los cuellos de botella de los procedimientos para redistribuir así mejor los esfuerzos; por último supone un aumento de la garantía de los tan importantes e imprescindibles principios generales de la contratación pública.

La nueva Directiva clásica sobre contratación pública quería, en un primer término, que a partir de la fecha límite de transposición, 18 de abril de 2016, el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones electrónicas fueran obligatorios en lo que respecta a determinadas fases del procedimiento (por ejemplo, la notificación electrónica al TED o la publicación de los anuncios de licitación en Internet), y quiere después culminar de forma obligatoria la transición a la contratación electrónica en la Unión Europea: en un segundo término fijado en el pasado 18 de abril de 2017 para las centrales de contratación; en un tercer término establecido el 18 de abril de 2018, para dilatar la aplicación de lo dispuesto en el artículo 59.2 a efectos del documento europeo único de contratación (DEUC) y su ofrecimiento exclusivamente en formato electrónico; y en un cuarto y definitivo momento, para todos los órganos de contratación, en el 18 de octubre de 2018, con el objetivo último de conseguir una contratación pública electrónica de principio a fin en la que todas las fases del procedimiento se llevan a cabo por medios electrónicos como mecanismo estándar de comunicación.

La inminente aprobación por las Cortes Generales de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, abre el camino y el trabajo parlamentario para la aprobación de otros textos legales actualmente en trámite, tal es el caso del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público cuya tramitación sigue la vía de urgencia.

Es posible que contemos finalmente para después del periodo estival con un texto que lleve a cabo la tan esperada y necesaria transposición de las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE, si bien lo que realmente cabe esperar es que contemos con un texto que esté a la altura de las circunstancias y de las expectativas que una materia como la contratación pública puede generar.

EL CONSEJO DE REDACCIÓN

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCION NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

“PUBLICIDAD ACTIVA Y GOBIERNO ABIERTO. SU REGULACION POR LA LEY 4/2016, DE 15 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO DE CASTILLA-LA MANCHA”

D^a. Gema M^a Ortega Expósito

Funcionaria del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

RESUMEN

El presente estudio abordará el examen de la regulación de la transparencia efectuada por la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha, en adaptación y desarrollo de las exigencias marcadas por la legislación básica estatal, con especial detenimiento en el análisis de los conceptos de publicidad activa y gobierno abierto, ejes fundamentales de la efectiva garantía de la participación ciudadana y de la exigencia de responsabilidad a los dirigentes en asuntos de relevancia pública. El efectivo control sobre la inactividad de los sujetos obligados por la ley en materia de publicidad activa, así como la labor auditora desplegada sobre la identidad y la actividad de los entes intermediarios (grupos de interés) entre ciudadanos y poderes públicos, en el proceso de toma de decisiones relativos a cuestiones de interés general,

serán las claves de una gobernanza transparente y participativa, exenta de barreras.

PALABRAS CLAVE

Trasparencia, Publicidad Activa, Gobierno Abierto, Grupos de Interés, Auditoría y Responsabilidad.

ABSTRACT

This paper makes an exam of transparency regulation in Castilla-La Mancha, undertaken by the Law 4/2016, December 15th, of Transparency and Good Government of Castilla-La Mancha, in adaptation and development of the requirements marked by national legislation, with a special attention to the analysis of concepts of active publicity and open government, essential points in order to achieve the real guarantee of citizen participation and public responsibility. The effective control over the inactivity of the subjects obliged by the law in matter of active publicity, and also, the control made over the identity and the activity of the intermediate entities (groups of interest), between citizens and public powers, in the process of taking decisions related to issues of general interest, will be the keys to achieve a new transparency and participative governance, without barriers.

KEYWORDS

Transparency, Active Publicity, Open Government, Groups of Interest, Control and Responsibility.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.-

II. PUBLICIDAD ACTIVA.-

1. PRINCIPIOS INSPIRADORES.-

2. ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN Y SUJETOS OBLIGADOS.-

3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS AL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD ACTIVA.-

III. GOBIERNO ABIERTO: FORMAS ABIERTAS EN LOS FLUJOS DE INFORMACIÓN PÚBLICA.-

IV.- GRUPOS DE INTERÉS.-

V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la información ha experimentado una dilatada evolución en los últimos años, tanto desde el punto de vista material, en cuanto al contenido objeto de difusión, como desde la perspectiva formal, relativa a los medios portadores de los datos, habiendo contribuido como causas a este hecho, el desarrollo de las tecnologías de la información y los acontecimientos políticos y económicos, que han despertado en mayor medida la preocupación ciudadana por los asuntos de interés general.

Desde que en el texto constitucional el acceso a la información se reconociera como un derecho fundamental en su artículo 20.d), se habilitara al legislador en su precepto 105.b) a regular *el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, con las limitaciones de aquellos



asuntos relativos a *la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas*, o se impusiera a los poderes públicos en su artículo 9.2, el deber de procurar *la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra* y de facilitar *la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*, se han ido sucediendo en el panorama jurídico español manifestaciones normativas en desarrollo de lo predicado en la Norma Normarum, tales como, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTAIPBG), que constituye la legislación básica actual en materia de transparencia¹, sin olvidar las jóvenes Leyes 39/2015 y 40/2015, ambas de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y de Régimen Jurídico del Sector Público, respectivamente.

¹ Véase ORTEGA EXPÓSITO, G.M., *Transparencia versus Protección de Datos (I)*, http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Transparencia-versus-Proteccion-Datos_11_1032805002.html, último acceso: marzo de 2017.

La Disposición Final Novena *in fine* de la LTAIPBG establecía que *los órganos de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales* dispondrían de un *plazo máximo de dos años para adaptarse a las obligaciones contenidas en esa Ley*.

En el caso de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, su norma institucional básica, de forma similar al mandato constitucional recogido en el citado artículo 9.2, habilita a los poderes públicos de la región a garantizar la efectividad de la libertad y de la igualdad entre los individuos y a procurar *la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social de la región* (artículo 4.Dos de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha).

Si bien se podrían mencionar como antecedentes normativos en esta Comunidad Autónoma en materia de información, el Decreto 108/1983, de 21 de junio, sobre Registro de Altos Cargos, la Ley 6/1994, de 22 de diciembre, de Publicidad en el Diario Oficial de los Bienes, Rentas y Actividades de los Gestores Públicos de Castilla-La Mancha, desarrollada por el Decreto 37/1995, de 18 de abril, la Ley 19/2002, de 24 de octubre, de Archivos Públicos de Castilla-La Mancha o la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, no obstante, el mayor avance se alcanzaría con la aprobación de una ley de transparencia y buen gobierno en esa Comunidad Autónoma, que tuvo lugar el 15 de diciembre de 2016 por el Pleno de las Cortes de Castilla-La Mancha bajo la denominación de Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha (en adelante, LTBGCLM), publicada en el D.O.C.M. el 30 de diciembre

de 2016, con entrada en vigor al mes de su publicación (Disposición Final Segunda).

Aun cuando la LTAIPBG dedicaba su Título I a la regulación de la transparencia, tanto en su vertiente de publicidad activa, como desde la perspectiva de petición de información por parte del ciudadano, no obstante, resultaba evidente que aquellos preceptos quedaban necesitados de un desarrollo reglamentario o de la labor legislativa autonómica, en este último caso, con el objeto de dar por cumplida la obligación de adaptación a las exigencias de la legislación básica.

En el caso de Castilla-La Mancha, la LTBGCLM regula en su Título II la transparencia, ofreciendo un amplio desarrollo de la publicidad activa en el Capítulo II de ese Título, otorgando, de esta forma, especial consideración a la predisposición por parte de los sujetos obligados por la ley, a proporcionar datos de relevancia pública a los ciudadanos, de oficio, sin necesidad de una solicitud previa, sin perjuicio del derecho de los individuos a solicitar información por propia decisión. En este sentido, parece que la ley muestra una tendencia hacia la iniciativa propia de los poderes públicos en la emisión de información, en cuanto al contenido, pues ofrece un desarrollo extenso del ámbito de aplicación objetivo de la publicidad activa, y en cuanto a la forma, al izar los medios tecnológicos como instrumentos del soporte de la información, que contribuirán a la generación de una comunicación más fluida y más abierta entre Administración regional y ciudadanía castellano-manchega, y entre entes públicos regionales, entre sí.

En efecto, el panorama jurídico español actual está tratando de cambiar las formas en las relaciones jurídico-administrativas porque el desarrollo social y

tecnológico así lo viene demandando, habiendo invadido ya el espacio de los entendimientos *inter privados*. Sin avanzar más lejos, y sin que haya supuesto una innovación revolucionaria en la regulación de la interactuación electrónica en el ámbito jurídico-público, pues ya hubo un acercamiento a la implantación de la Administración electrónica con la aprobación de la citada Ley 11/2007, de 22 de junio, resulta destacable la reciente legislación básica sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, materializada en las referidas Leyes 39 y 40/2015, ambas de 1 de octubre, que contribuyen a intensificar esa filosofía de comunicación electrónica en el ámbito del derecho público, si bien la realidad es que las formas de expresión en las Administraciones Públicas se encuentran aún muy ancladas en el tradicional papel y en la excesiva burocracia. En cualquier caso, lo cierto es que las nuevas formas están ejerciendo presión sobre el tráfico jurídico, de manera que los entes públicos no podrán ni deberán constituir una excepción al uso de los medios tecnológicos, máxime cuando los mismos contribuyen a la facilidad en las relaciones del ciudadano con las administraciones públicas, y al mismo tiempo, imprimen transparencia y apertura de la información. En este sentido, y regresando a la regulación de la publicidad activa por la LTBGCLM, la iniciativa pública en materia de información se arbitra como un auténtico deber para los sujetos obligados por el artículo 4 de la citada ley, de dar a conocer datos de importancia pública al ciudadano castellano-manchego, que ostenta un correlativo derecho a la obtención de esa información. De otro lado, en relación con la labor de transparencia de los datos públicos, la LTBGCLM, en el Capítulo III de su Título III, reconoce las denominadas medidas de Gobierno Abierto, que

implicarían, en consecuencia, un posicionamiento más activo del ciudadano de la región en la intervención en los asuntos públicos, a través del derecho a la recepción de una información pública más extensa y abierta, debiendo ser consultado, y de un contacto más directo con la Administración en asuntos de interés general. La concepción de interesado en materia de publicidad activa adquiere un vasto contenido, pues ya no es necesaria la acreditación de un interés legítimo para acceder a determinada información, sino que el ciudadano, por el hecho de serlo, tiene el derecho a ser informado, con ciertos límites, de los asuntos públicos que directa e indirectamente le atañen. No obstante, la relación directa entre entes públicos y sociedad civil suena aún demasiado utópica, dados los diferentes códigos de lenguaje que ostentan unos y otros, palpándose la necesidad de un acercamiento entre sendos estratos. En este sentido, la LTBGCLM, en el Capítulo IV del Título III, regula la intervención de los denominados grupos de interés en el escenario público, como actores jurídicos que actúan como intermediarios entre ciertos colectivos de ciudadanos, y el propio poder político, defendiendo la naturaleza de unos concretos intereses e incidiendo en la regulación de materias atinentes a los mismos. El objetivo del presente artículo es el estudio y análisis de la LTBGCLM, como adaptación y desarrollo de la legislación básica estatal en materia de transparencia, valorando sus aspectos positivos, sus repercusiones y sus carencias, efectuando dicho análisis con especial detenimiento en los conceptos amplios de publicidad activa y de gobierno abierto, ejes fundamentales de la garantía de la transparencia y de la participación ciudadana, en orden a la consecución de la modernización del actual modelo de estado democrático para que se torne más abierto, más dinámico, más flexible y exento de opacidad. La extensión de la

transparencia y de la participación ciudadana requiere de un concurso de voluntades entre los dirigentes públicos y los ciudadanos, pues no se trata necesariamente de una obligación para los poderes públicos y un derecho para el ciudadano, convirtiendo a éste en un mero sujeto pasivo, sino también de una iniciativa y una responsabilidad ciudadanas en los proyectos públicos, asumiendo este colectivo su posición activa en la recepción de información, en la contestación cuando es preguntado, y en la formulación, en su caso, de propuestas.

Lo deseable sería un diálogo constante entre sociedad civil e instituciones, mediante la asunción de obligaciones por ambas partes. Ello tiene su sentido en una sociedad como la actual en la que la diferencia entre la ciudadanía cada vez resulta más palpable, ante la inexistencia de patrones generacionales que obedezcan a unos objetivos y preferencias comunes. En el panorama político esa diferencia también se encuentra presente, ante la concurrencia de representantes políticos a los que les resulta complicado dialogar y transigir. Por esas razones de peso, la sociedad democrática está cambiando, de manera que, ya no es suficiente con que las políticas públicas queden legitimadas con la expresión de la opinión ciudadana en las urnas, sino que la población ha de contribuir a desplegarlas, expresando su opinión, siendo conocedora, al mismo tiempo, del panorama público, a todos los niveles, que le rodea. Esta relación no sólo haría al ciudadano más partícipe en los asuntos de interés general, sino que también los dirigentes tendrían un mayor acercamiento hacia los destinatarios de sus políticas, conociendo más profundamente sus opiniones, recibiendo su colaboración y siendo más acertados en sus actuaciones respecto a las exigencias



de la ciudadanía, a pesar de las diferencias. Sería *“un concepto de gestión pública cuyo protagonista principal sea el ciudadano, considerado un cliente de la administración pública y no simplemente un sujeto pasivo, así como un gobierno que sea capaz de controlar a los gobernados y de controlarse a sí mismo”*.² Ese modo de actuar supondría también una actividad de auditoría constante por parte de la ciudadanía hacia los responsables públicos, un sometimiento continuo a examen. En este sentido, la libre interacción implica una exigencia de responsabilidad con un conocimiento de causa mayor, fomenta las buenas prácticas en la actuación pública y permite un control hacia el poder político y las instituciones por parte de la ciudadanía más amplio. Si bien dicha utópica aproximación sería lo deseable, el abismo existente entre dirigentes públicos y sociedad civil es palpable.

En consecuencia, serán primordiales, por un lado, el efectivo control ejercido por parte de órganos independientes sobre la inactividad de los entes públicos en materia de publicidad activa, aplicando estrictas consecuencias jurídicas ante los incumplimientos, así como, la amplia regulación de la actividad de los profesionales influyentes en la toma de decisiones, como escalafón intermedio entre el poder político decisor y el ciudadano destinatario de las políticas.

² Véase LARACH DEL CASTILLO, C.A., “Transparencia y Buen Gobierno en España”, Revista digital de Derecho Administrativo, nº 13, Primer Semestre/2015, págs. 255-268.

II.- PUBLICIDAD ACTIVA

1.- PRINCIPIOS INSPIRADORES.

Si bien los principios inspiradores básicos de la transparencia y la publicidad activa ya se reflejaban en la LTAIPBG, en su artículo 11 (*accesibilidad, interoperabilidad y reutilización*), la LTBGCLM, no sólo los incluye también en su artículo 2, sino que añade otros, tales como, *responsabilidad, no discriminación tecnológica, veracidad* (que incluye, la *autenticidad, fiabilidad, integridad, disponibilidad y cadena de custodia*), *utilidad* (información ajustada a la finalidad requerida), la *gratuidad, la facilidad y comprensión* (forma sencilla de entender y de identificar la información), así como, la *celeridad y la eficacia*. Incluye también el artículo 7.1 la incorporación, en su caso, de la perspectiva de género y la eliminación de los obstáculos que restrinjan el acceso por parte de personas con discapacidad o de aquellas que tengan mayor dificultad de acercamiento a las instituciones. Asimismo, las tecnologías de la información ocupan un puesto preferente en el suministro de datos por iniciativa propia de los sujetos obligados por la LTBGCLM, al establecer su artículo 7 la preferencia en la utilización de medios electrónicos, de manera que se garantice el *acceso universal y el tratamiento libre, fácil y continuado* y en *formato abierto*. A propósito de este último concepto, parece que la ley muestra una clara tendencia a la apertura de información a la generalidad de la ciudadanía, pues incorpora a su texto el concepto de *software libre* y de *datos abiertos*. Entiende por datos abiertos (artículo 3.d)), los contenidos en cauces legibles por máquina y susceptibles de ser utilizados y reutilizados por cualquier persona, con la única condición de atribuirlos a la fuente y autoría de



procedencia. Esos datos habrán de ser actualizados con periodicidad, clasificados y accesibles (artículo 27.2), y habrán de emplear con preferencia un lenguaje marcado por la Administración General del Estado o la Unión Europea o si se utiliza otro código diferente, tendrá que ser de alcance público (artículo 27.3). Asimismo, se establece una preferencia por garantizar un acceso por parte de la ciudadanía a esos datos en *tiempo real* (artículo 7.1, 2º párrafo). En cuanto a la forma en la que esté almacenada esa información, la ley define como software libre (artículo 3.f)), el *programa informático de acceso completo a su código* con autorización para ser utilizado en cualquier máquina y en cualquier situación, para transformarlo y redistribuirlo. El espacio electrónico en el que se facilite la información a la ciudadanía sobre los datos con relevancia pública vendrá representado por el Portal de Transparencia. La LTAIPBG lo regula escuetamente en su artículo 10, como espacio para facilitar la información pública, dejando la vía abierta a su desarrollo reglamentario, así como a la adopción de medidas adicionales sobre transparencia por parte de las diferentes Administraciones Públicas Territoriales. En Castilla-La Mancha el Portal de Transparencia se prevé en el artículo 8 de la LTBGCLM, como una *dirección electrónica, disponible a través de las redes de telecomunicaciones*, cuya titularidad, gestión y administración corresponde a la Administración Regional, y cuyo fin es revelar información de interés público regional, pesando sobre los órganos administrativos obligados por la publicidad activa, el deber de comunicar al órgano directivo con competencia en materia de transparencia, los datos relevantes para su publicación en la referida sede electrónica.

Prevé también la ley la posibilidad de arbitrar cauces de colaboración entre los entes del sector regional institucional (artículo 8.4), así como, el deber por parte de otros sujetos no integrantes de la administración autonómica, pero también obligados por la ley a suministrar información (artículo 8.5), de efectuar la publicidad de los datos de importancia pública mediante sus páginas webs. Con el objetivo fundamental de lograr de manera efectiva y extensa el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa, a través de dicha sede electrónica, la ley establece el deber de fomentar una interconexión de los datos con el Portal de Transparencia (artículo 8.3). Dichas previsiones encuentran su fundamento en el espíritu de la ley por garantizar una facilidad en la accesibilidad a los datos y al mismo tiempo, una interrelación de la información, que posibilite una mayor apertura de la información.

Asimismo, el Título V desarrolla la estructura organizativa regional para garantizar la transparencia, arbitrando un entramado de órganos que habrán de ser los encargados de impulsar esta labor y de los que hablaré en el apartado II.3 del presente estudio. En este sentido, se prevén en dicho organigrama, las unidades de transparencia, la Oficina de Transparencia, la Comisión Interdepartamental para la Transparencia y el Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno, distinguiendo dentro de éste, la Comisión Ejecutiva y la Comisión Consultiva.

Visto lo anterior, parece que la cualidad fundamental que subyace al entramado inspirador de las prescripciones sobre transparencia, contenidas en la LTBGCLM, es la apertura, tanto desde el punto de vista formal, como material. Desde la primera perspectiva, los soportes conductores de la información habrán de

ser electrónicos, accesibles, susceptibles de adaptarse a cualquier máquina, de alcance gratuito y libre y en formatos que posibiliten su reutilización. Desde la segunda perspectiva, el contenido habrá de ser comprensible, actualizado, fiable, seguro y útil. A mayor abundamiento, la labor desempeñada por las Administraciones Públicas en su concepción amplia, y de otros entes obligados, habrá de ser abierta igualmente, lo que implica, un suministro amplio de información pública a la ciudadanía, y una labor de colaboración y coordinación interna que hagan posible la entrega permanente y coherente de datos a la ciudadanía, y en la medida de lo posible, en tiempo real.

2. ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN Y SUJETOS OBLIGADOS

La comunicación electrónica constituye, sin duda, el elemento formal preponderante en la garantía de la publicidad activa de la información pública porque sus propios cauces de difusión invitan a una transmisión más rápida y fluida de los datos. La publicidad activa viene a constituir la tendencia revolucionaria en materia de transparencia, fundamentalmente, de la mano de Internet, de manera que el suministro de información por parte de los poderes públicos *motu proprio* se ha convertido en una exigencia democrática universal³. En consecuencia, la publicidad activa, como modo de proporcionar información al ciudadano sin que éste lo solicite, se hace patente en la forma y cauces de

³ Véase GUICHOT, E. (Coordinador), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, editorial Tecnos (Grupo Anaya), Madrid, 2014, págs. 143 y 144.

difusión de la información y también en el contenido de los datos objeto de difusión.

La LTAIPGB ya regulaba la publicidad activa, mencionando como información objeto de propagación, la de naturaleza institucional, organizativa, de planificación, de relevancia jurídica, económica, presupuestaria y estadística (artículos 6 a 8 de la LTAIPBG), si bien la legislación autonómica castellano-manchega trata de desarrollar en mayor medida ese contenido, expresando más detalladamente el objeto de la publicidad activa en los artículos 9 a 22 de la LTBGCLM.

La cuestión atinente a los sujetos obligados en materia de publicidad activa también es relevante, pues el deber legal de suministrar información agrupa a un amplio elenco de personificaciones públicas. Si bien la LTAIPBG ya contemplaba un ámbito de aplicación subjetivo muy extenso, la LTBGCLM sigue la misma directriz, remitiéndose en su Capítulo II del Título II (*Publicidad activa*), al artículo 4 (*sujetos obligados*), incardinado este precepto en el Capítulo I del Título II (*Transparencia en la actividad pública*). Dicho precepto incluye, en su apartado 1, a los entes públicos, en sentido extenso, del territorio de Castilla-La Mancha, que contribuyan de una manera u otra a la satisfacción de las necesidades de interés general, esto es, a la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y a su sector público institucional (*organismos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de ella, fundaciones públicas, sociedades mercantiles y consorcios de la Comunidad Autónoma, la Universidad de Castilla-La Mancha y los organismos y entidades dependientes o vinculados a la misma*), así como, al resto de organismos o entidades con personalidad jurídica propia formados para atender

exigencias de interés general sin naturaleza industrial o mercantil cuya actividad esté financiada, controlada, dirigida o vigilada por alguno de los sujetos citados anteriormente. Incluye también como entes sometidos a la transparencia, las asociaciones creadas por las entidades referidas anteriormente, salvo en las que participe la Administración General del Estado o algunos de los entes de su sector público; y las corporaciones de derecho público incluidas en territorio castellano-manchego, en relación a sus acciones sometidas a derecho administrativo. La Administración Local en sentido amplio también queda sometida a la transparencia, resultándole de aplicación, tanto la legislación estatal básica sobre esta materia, como la legislación castellano-manchega sobre transparencia en lo que pueda ser aplicable (artículo 4.2).

Visto lo anterior, la extensa variedad de personificaciones administrativas no constituye óbice para el sometimiento a control de toda actividad con trascendencia para el interés regional. La misma ha de quedar en evidencia por propia iniciativa pública, de manifiesto al conocimiento de los ciudadanos de la región, quienes, al disponer de una información más amplia de la actividad corriente de los operadores públicos, podrán asumir una participación más extensa en los temas de interés general. En consecuencia, la LTBGCLM se muestra generosa en el ámbito material y subjetivo de la publicidad activa, exigiendo a la dilatada gama de entes públicos una diligencia informativa amplia, proyectada sobre cualquier asunto de interés general, estableciendo un listado al respecto en los artículos 9 a 21, e incluso dejando el camino abierto para incluir en el elenco de la transparencia por iniciativa propia, cualesquiera otros datos que el devenir social demande como susceptibles de interés (artículo 22).

Procediendo al análisis concreto de los contenidos exigidos legalmente como propios de la transparencia por decisión de los entes públicos, la materia institucional y organizativa constituye uno de ellos. El despliegue de datos de esta naturaleza es crucial, tanto en el escenario interno de la Administración Pública, como en su proyección a nivel externo, en la esfera de la sociedad civil. En desarrollo de tales afirmaciones, desde la perspectiva *ad extra*, los datos institucionales y organizativos resultan esenciales para el conocimiento ciudadano sobre los servicios públicos que le son proporcionados, pues una información amplia sobre la cualificación, funciones y competencia de los profesionales que integran el sector público, ayuda a conocer la calidad del trabajo, que, en última instancia, afecta al interés general de la ciudadanía. Asimismo, un conocimiento más extenso de la ubicación física de los empleados públicos y de los trámites concretos que desempeñan, genera cercanía del ciudadano hacia las instituciones. El acceso a esos datos imprime también seguridad jurídica al usuario, al tomar conocimiento de los elementos materiales y humanos a los que dirigirse para realizar cualquier gestión pública. También la publicidad sobre los procesos selectivos y la provisión de puestos de trabajo revela información de interés, pues genera una visión en la ciudadanía sobre las cualidades profesionales que atesoran los gestores públicos, y por extensión, sobre la calidad en el desempeño y en el resultado de las labores de trascendencia general. Los datos sobre la identidad y currículos de los dirigentes públicos se tornan aún más necesarios porque su selección no queda sometida a las exigencias propias del acceso a la función pública.

De otro lado, la transparencia *ad intra* en el seno de las Administraciones Públicas resulta relevante para el mantenimiento de una efectiva profesionalización. En

el campo de la promoción en la carrera profesional, se considera fundamental la publicidad, mediante convocatoria pública, de las relaciones de puestos de trabajo, cualquiera que sea su forma de provisión, así como, la definición pública detallada de los méritos y criterios sobre capacidad, preparación y aptitudes a valorar en el proceso de cobertura de puestos públicos.

Estas cuestiones son de suma importancia para imprimir calidad en el desempeño de funciones y en el resultado obtenido, pues fomentarán el valor de la competencia técnica y la conciencia del deber de actuación en pro del interés general. Los propios profesionales públicos y la sociedad civil en general son merecedores de estas exigencias; los primeros, como titulares de un legítimo derecho al despliegue de sus méritos en la promoción en la carrera administrativa, y el colectivo de la ciudadanía, por ostentar el derecho a disfrutar de una adecuada gestión de los servicios públicos.

Los requerimientos de publicidad activa en materia institucional y organizativa, previstos por la LTAIPBG en el artículo 6.1 y en los apartados f)-h) del artículo 8, son reforzados y ampliados por la LTBGCLM en su artículo 9, dividiendo esas exigencias en tres apartados, en función de los sujetos obligados a proporcionar los datos. En este sentido, el apartado 1 se refiere a aquel conjunto de materias, cuyo contenido habrá de darse a conocer por parte de la totalidad de los entes mencionados en el artículo 4.

Con detalle, cita el artículo 1, las siguientes: funciones que desempeñan; normativa que les resulte de aplicación en la regulación de su organización y funcionamiento; estructura organizativa; sede física; horarios; teléfono y direcciones electrónicas;

competencias y delegaciones de competencias; resoluciones de compatibilidad de los empleados públicos, identificación de las personas que ocupan altos cargos; así como, la identificación del personal eventual, de confianza o de asesoramiento especial. El apartado 2 del artículo 9 relata otra ristra de información a publicitar, pero tan sólo exigible a los entes contemplados en el artículo 4.1, esto es, a los sujetos incluidos en la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y en su sector público institucional, a saber: relaciones de puestos de trabajo, acuerdos o pactos que normen las condiciones de trabajo, oferta pública anual de empleo, procesos de selección y de provisión de personal, así como, relación de las personas que integran los órganos de representación del personal. El apartado 3 de dicho precepto incluye también como materia objeto de publicidad, los acuerdos del Consejo de Gobierno y las agendas de trabajo de los titulares de órganos directivos, de apoyo y asistencia de la Administración castellano-manchega, sus entes instrumentales y el resto del sector público regional. Sobre la cuestión relativa a la publicación del contenido de las agendas de los responsables públicos, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y la Agencia Española de Protección de Datos adoptaron criterio en informe emitido el 5 de julio de 2016⁴. Además de la información relativa a la materia objeto de las agendas de trabajo, y en relación con la información sobre altos

⁴ Véase ORTEGA EXPÓSITO, G.M., *Transparencia versus Protección de Datos (II)*, http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Proteccion-Datos-transparencia-cesion-datos_11_1034680001.html, último acceso: marzo de 2017.

cargos, la LTBGCLM regula otro tipo de contenido a publicitar por la totalidad de los sujetos obligados por la transparencia en el artículo 4, a saber: retribuciones anuales e indemnizaciones por cese en el cargo, resoluciones que autoricen el ejercicio de la actividad privada a la finalización del cargo o las declaraciones de bienes, rentas y actividades. Para los sujetos mencionados en el artículo 4.1, respecto de los altos cargos, prevé la obligación de publicación de la siguiente información: mención de los incluidos en el ámbito de aplicación de la normativa sobre incompatibilidades de altos cargos de la administración regional, currículos, dietas, gastos de representación y protocolarios, declaraciones responsables, incentivos y productividades o contratos de Alta Dirección.

La exigencia tan desarrollada de la información objeto de publicidad, atinente a los altos cargos y asimilados, tiene su sentido en los efectos que genera para la ciudadanía su ámbito de actuación, pues son aquellos sujetos más cercanos a la actividad política, fuente material de la que emanan las decisiones sobre los asuntos de interés general. Una publicidad extensa sobre todos aquellos aspectos que informan sobre sus condiciones económicas, contenido de sus agendas de trabajo y actividades privadas desempeñadas tras el cese del cargo público, es un instrumento valioso en manos de la ciudadanía, a los efectos de exigir, en su caso, el cumplimiento de conductas públicas debidas y pedir responsabilidad ante el planteamiento de conflictos de intereses que menoscaben la necesaria tarea objetiva e imparcial de los dirigentes.

La información que, relativa a la planificación, relevancia jurídica y estadística sobre la evaluación de la calidad de los servicios públicos, es objeto de publicidad, se contiene en la legislación básica sobre

transparencia en los artículos 6.2 y 7, y en el apartado i) del artículo 8. La LTBGCLM desarrolla estas previsiones en sus preceptos 11 y 12, añadiendo en su artículo 13, como información a publicitar, la relativa a procedimientos administrativos y a calidad de los servicios.

En cuanto a los datos de importancia jurídica, la LTBGCLM incluye un listado más amplio de información a publicar sobre esta materia que la establecida por la LTAIPBG. En este sentido, el artículo 12.2 impone a los entes de la Administración de Castilla-La Mancha y sus organismos autónomos la obligación de publicitar: la referencia actualizada a normas en proceso de creación, las conclusiones de la participación ciudadana en los procedimientos de producción de disposiciones de carácter general sometidos a consulta pública, los dictámenes del Consejo Consultivo u otros órganos cuya opinión sea preceptiva en el proceso de creación de disposiciones, y la normativa vigente y actualizada de la Comunidad Autónoma. Asimismo, el artículo 12.1 reproduce la información objeto de publicidad, ya prevista en el artículo 7 de la LTAIPBG, a saber: normativa interna administrativa (directrices, instrucciones, acuerdos, circulares) y contestaciones a consultas, en tanto que tengan efectos jurídicos o interpreten el Derecho; anteproyectos de ley, proyectos de decretos legislativos (cuando se pida dictamen a órganos consultivos) y proyectos de reglamentos, cuya iniciativa les compete; memorias e informes que sean parte de los procedimientos de creación de normas, y otros documentos que hayan de quedar sujetos a un plazo de información pública. En efecto, la puesta a disposición de la ciudadanía de los datos relativos a los trámites de elaboración de la normativa con alcance general ayuda a crear normas más cercanas al ciudadano, al constituir reflejo de la voluntad popular

expresada en la participación. En cuanto a la normativa administrativa interna, si bien en principio no pareciera constituir una materia objeto de interés público, pues sencillamente se destina a regir la actuación de los operadores públicos en el ejercicio de sus funciones, sin embargo, es lógico que cuando esta regulación tenga efectos jurídicos para terceros o refleje un contenido interesante para el análisis del derecho, aportando criterios en su aplicación, se convierta en materia objeto de publicidad. Esta cuestión no es baladí, hasta el punto de que la legislación básica el sector público (artículo 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre), prevé la publicación en el boletín oficial de que se trate, de las instrucciones y órdenes de servicio, cuando así lo diga una norma y por causa de los sujetos a los que afecte y las consecuencias que puedan generarse.

En refuerzo de lo anterior, el artículo 13.1.a) de la LTBGCLM menciona como materia objeto de transparencia, la indicación actualizada de los procedimientos administrativos que son competencia de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de sus organismos autónomos, incluyendo los diferentes trámites que los integran, su objeto, plazos o formularios. Ello resulta útil para facilitar al ciudadano el acceso a los servicios públicos, simplificando las tareas de gestión administrativa, y contribuyendo a reducir las barreras burocráticas entre Administración-ciudadano.

También dicho precepto establece como datos a publicar, las cartas de servicios (artículo 13.1.b), el Plan anual de calidad y el Informe de la Inspección General de Servicios de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha sobre la conclusión de las acciones en materia de calidad de los servicios, y el resultado de las encuestas de satisfacción de los servicios públicos

(artículo 13.2). La publicidad sobre estos contenidos refleja la evaluación ciudadana sobre la prestación de los servicios públicos, en tanto destinataria de los mismos. Constituye un modo de participación indirecta de la ciudadanía en los asuntos de interés general. Es un instrumento para que los dirigentes se informen y tengan conciencia del parecer ciudadano sobre su gestión, y a su vez, consideren su opinión en el planteamiento de posibles cambios. Asimismo, la publicidad en materia de planificación y evaluación (artículo 11), constituye un instrumento valioso para controlar el grado de ejecución de los objetivos marcados en las políticas públicas.

Otra información fundamental objeto de transparencia, cuyo conocimiento es especialmente demandado por parte de la ciudadanía, es la atinente a los datos económicos, presupuestarios y financieros, contenidos sensibles, al estar directamente relacionados con la contribución de la generalidad al mantenimiento de los servicios públicos. En este sentido, el artículo 14 de la LTBGCLM viene a desarrollar ampliamente la obligación de publicidad que en este sentido imponen los apartados d) y e) del artículo 8 de la LTAIPBG. En asuntos presupuestarios, señala el artículo 14.A) de la LTBGCLM, como datos objeto de publicidad, toda la documentación relativa al Proyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y, en buena lógica, los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha una vez aprobados. La ejecución del presupuesto se prevé como una materia no sólo objeto de control, sino también destinataria de la transparencia, a través de la publicación de los informes mensuales expedidos, indicativos de tal extremo. Desde el punto de vista del control interno de la actividad financiera y de los actos

administrativos con contenido económico del sector público regional, la LTBGCLM señala como información a publicar, los planes anuales aprobados por la Intervención General que contienen datos de actuaciones susceptibles de control financiero, así como, los informes de control financiero propiamente dichos, definitivos y de seguimiento, y sin olvidar, los informes obligatorios de auditoría anual de las cuentas de las empresas públicas, fundaciones públicas regionales y consorcios controlados por la Administración regional. También el control externo realizado sobre las entidades públicas regionales es objeto de transparencia. Incluye además como datos a evidenciar relacionados con el presupuesto regional, el límite del gasto que no tenga naturaleza financiera y que haya sido aprobado en los últimos tres ejercicios presupuestarios, no pudiendo tampoco quedar exenta de publicidad aquella información atinente a la finalidad de estabilidad presupuestaria, esto es, los planes económico- financieros, de reequilibrio y de ajuste, así como, los de seguimiento de los anteriores. La rendición de cuentas constituye otra materia de interés, quedando sujetas a publicidad, la Cuenta General de la Administración regional y las cuentas anuales de todos los entes que integren su sector público pero que no se encuentren incluidos en la Cuenta General. Finalmente, las inversiones y la financiación de las empresas de la región tampoco quedan fuera de control y se reconoce su publicidad.

Visto lo anterior, la LTBGCLM disecciona con detalle la información a publicitar en materia económico-presupuestaria y contable, incluyendo una exhaustiva lista de todos aquellos instrumentos con contenido económico, que suponen el reflejo de un control apriorístico, de seguimiento, final y de previsión de la actividad de esa naturaleza de los entes que

integran el sector público regional, desde un punto de vista amplio. A mayor abundamiento, la publicidad de dicha información otorga un plus de control externo en manos de la ciudadanía, que, conocedora de la expresión cifrada de las políticas públicas, podrá exigir las oportunas responsabilidades cuando las líneas de gestión pública no sean las deseables.

En definitiva, la mayor información sobre aspectos económico-presupuestarios implica la concesión a la sociedad civil de un mecanismo de fuerte auditoría hacia los dirigentes en materia de gestión pública, adicional al control ya previsto y regulado por la normativa de Hacienda autonómica. Este ambicioso contenido material sobre el que se asienta la transparencia en cuestiones económicas y presupuestarias encuentra su razón de ser en la relevante repercusión que tienen las líneas de gestión económica, al quedar reflejadas en la inversión en los servicios públicos expuestos al disfrute del ciudadano, y cuyo coste se nutre, a su vez, de la contribución económica de la sociedad civil.

En cuanto a la transparencia en los ingresos, gastos y pagos, la LTBGCLM cita en su artículo 14.B) como materias a publicitar, los datos elementales relativos a la financiación de la región; los contenidos actualizados de la cifra que representa el déficit y superávit público autonómico sobre el PIB regional, de los ingresos fiscales por ciudadano, del reflejo económico de las diferentes políticas y su porcentaje sobre el gasto total, de los costes por habitante en la región, de los gastos de personal, con especial mención a los atinentes al personal directivo, eventual y liberados sindicales, y su porcentaje sobre el gasto total, del coste en razón de arrendamiento de bienes inmuebles, de los gastos empleados en campañas

publicitarias y de promoción institucional, del desembolso total empleado en ayudas para actividades y destinatarios vulnerables y de la inversión efectuada por habitante en la región; el *plan anual de disposición de fondos*; y el *plazo medio de pago a proveedores y a beneficiarios de ayudas y subvenciones, así como los informes de morosidad*. En relación a la transparencia en el endeudamiento de la región, cita la ley como información a publicar, *el importe de la deuda pública, las operaciones de préstamo, crédito y emisiones de deuda pública, los avales y garantías, y las operaciones de arrendamiento financiero*, todas ellas atinentes a la actividad del sector público regional. La publicación de datos relativos a la incidencia o repercusión que los ingresos y gastos por ciudadano generan sobre la representación cifrada de la economía regional, unida a la expresión de la información sobre operaciones de financiación desplegadas por la administración regional, son datos indicativos del sentido del desarrollo económico del territorio, elementos de necesario conocimiento para entender la situación del desarrollo de la economía regional en su globalidad y adoptar una posición crítica completa sobre la ejecución de políticas públicas económicas.

En relación con lo anterior, otros elementos que ayudan a comprender la situación económica regional y su gestión, son los datos relativos a los bienes y derechos de los entes públicos que, directa o indirectamente, se encuentran dirigidos a la satisfacción de necesidades públicas, así como, los datos estadísticos sobre la marcha de la economía. En este sentido, además de la obligación que pesa sobre los entes integrantes del sector público regional de informar sobre la relación de bienes inmuebles sobre los que ostenten derecho de propiedad u otro derecho real (apartado 1 del artículo 15 de la LTBGCLM), el

apartado 2 del citado precepto cita una lista de materias también objeto de publicidad: el inventario de entes del sector público regional; el Inventario General de Bienes y Derechos de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, el conjunto de bienes inmuebles sobre los que la Administración autonómica sea arrendataria; el conjunto de vehículos oficiales; estadísticas acerca de la utilización del ciudadano de los servicios públicos, sobre materia tributaria y acerca de la economía real y de los indicadores necesarios para comprender la situación económica en cada momento concreto. La LTBGCLM también incluye dentro del contenido de la publicidad activa, el reflejo de la actividad económica corriente de los entes públicos, que enlaza con la filosofía propia de la apertura de la información. A tal efecto, el artículo 21 habla del deber de transparencia sobre los datos atinentes a las cuentas abiertas titularidad del sector público regional, si bien sometida a los naturales límites de la protección de datos de carácter personal y los que marquen otras leyes que declaren el carácter secreto de algún tipo de información.

En cuanto a la transparencia en materia de contratación, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, ya establecía en su artículo 1, como uno de los fines en la aplicación de la contratación del sector público, la publicidad y la transparencia, siendo que en su artículo 53 preveía el instrumento del Perfil del Contratante como medio electrónico desde donde difundir la información sobre los procesos en este ámbito. La LTAIPBG recoge la publicidad en materia contractual en su artículo 8.a), que alcanza a la totalidad de los contratos, incluyendo el tipo de procedimiento, su objeto, duración, elemento económico, adjudicatarios, licitadores, modificaciones,

desistimientos y renunciaciones, así como datos estadísticos sobre su incidencia en el volumen presupuestario, previendo también la posibilidad de publicar los datos de contratos menores, trimestralmente. La LTBGCLM, en su artículo 16, desarrolla esa información, tanto desde el punto de vista subjetivo, al exigir la identificación plena de los órganos de contratación, proporcionando enlaces a sus páginas webs, y al imponer a la Administración la obligación de publicar los miembros integrantes de las mesas de contratación y su nombramiento; como desde el punto de vista objetivo, pues cualquier actuación administrativa contractual queda sometida a control publicitario, tanto los contratos ya formalizados, su proceso de elaboración, incluyendo las actas levantadas en las reuniones en las mesas de contratación, como los instrumentos contractuales programados incluyendo los acuerdos marco, los contratos adjudicados, los declarados desiertos, sobre los que ha recaído desistimiento o renuncia o las licitaciones anuladas.

Las cuestiones atinentes a negocios jurídicos que afectan a los contratos regulados por la legislación contractual del sector público también se han considerado como objeto de transparencia, tales como cesiones y subcontrataciones, así como la identidad subjetiva de los intervinientes y el elemento económico del contrato. Las incidencias surgidas en la ejecución contractual son objeto, igualmente de publicidad, mencionando, al respecto, modificaciones, prórrogas, suspensiones u otras variaciones. Relacionado con el coste del contrato y su ejecución, aparecen como elementos sometidos a transparencia, la revisión de precios o la separación del coste último de la prestación convenida respecto del precio adjudicado, así como la cuantía y porcentaje de la liquidación del contrato a la fecha de su terminación. Desde el punto de vista de la

información estadística, la LTBGCLM la amplía respecto de los contratos adjudicados por el procedimiento negociado sin publicidad, quizá por los requisitos menos exigentes de concurrencia que subyacen a ese tipo procedimental. Prevé también la publicación, al menos, trimestral, de los datos relativos a los contratos menores, pues las condiciones procedimentales son más laxas en estos tipos contractuales. Los contratos cuya efectividad fuere infructuosa, no se quedan en el escenario de la opacidad, sino más al contrario, se publicará la relación de los que hayan sido resueltos, así como las penalidades impuestas al contratista en los casos de incumplimientos. El ámbito de aplicación material tan amplio sobre publicidad activa en el escenario de la contratación pública encuentra su fundamento, por un lado, en el derecho de los licitadores a quedar garantizados por la máxima transparencia, objetividad e igualdad en todos los aspectos del proceso, y por otro lado, en el derecho del ciudadano a obtener una prestación o un servicio de calidad, que se alcanzará con la adjudicación a la oferta más adecuada a las condiciones técnicas y económicas establecidas en los pliegos, y con el control de la ejecución contractual de acuerdo a esos postulados.

Además de lo anterior, existen en el tráfico jurídico-administrativo otras fórmulas de actuación en la ejecución de los servicios públicos, merecedoras también de la transparencia. Con ello me estoy refiriendo a los convenios administrativos y a las encomiendas de gestión, materias objeto de publicidad activa en la LTAIPBG en su artículo 8.1.b). En desarrollo de lo anterior, la LTBGCLM hace alusión a las figuras anteriormente dichas como contenidos a publicitar por los sujetos relacionados en el artículo 4 de esa ley, añadiendo además la información sobre los encargos de ejecución a medios propios, ofreciendo, a

su vez, una publicidad amplia sobre el ámbito objetivo y subjetivo de dichos instrumentos jurídicos. A mayor abundamiento, obliga la ley a la Administración regional y a sus entes instrumentales a dar publicidad respecto de los *conciertos o convenios singulares de vinculación para la prestación de servicios sanitarios a través de medios ajenos*. La preocupación por establecer un control amplio sobre estas figuras se ha reflejado también en la reciente Ley 40/2015, de 1 de octubre, que dedica sus preceptos 47 a 53 a detallar la regulación de los convenios, a saber, su tipología, contenido, efectos, procedimiento, o incluso el control a efectuar por el Tribunal de Cuentas sobre determinados tipos de convenios. En su artículo 11 regula las encomiendas de gestión, si bien dependiendo del objeto de la prestación, puede quedar sujeta esta figura al control de la Ley de Contratos del Sector Público (artículo 24).

Visto lo anterior, la actividad relacionada con el servicio público puede quedar materializada en variados instrumentos jurídicos, dada el volumen de actuación pública y la necesidad de una gestión eficaz, de manera que, resulta lógico que la ley haya incluido como objeto de publicidad los aspectos objetivos, subjetivos y de ejecución de tales instrumentos, tratando de garantizar el conocimiento global por parte de la ciudadanía de la actividad organizativa pública y los recursos empleados en su despliegue.

Otras materias objeto de interés y, *por ende*, incluidas dentro del ámbito de aplicación objetiva de la publicidad activa, son las subvenciones y ayudas públicas, por razón del coste económico público invertido en su concesión, de forma que la ciudadanía se encuentra en la posición lógica de conocer el destino objetivo y subjetivo de tales cantidades.

La obligación de publicidad de las subvenciones y ayudas públicas se introdujeron en la LTAIPBG en su artículo 8.1.c), alcanzando dicho deber de transparencia a su *importe, objeto, finalidad y beneficiarios*. A su vez, la referida ley vino a inspirar la nueva redacción dada el 17 de diciembre de 2014 al artículo 20 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones por el artículo 30.3 de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre de 2014, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa. Dicho precepto de la Ley General de Subvenciones dedica su contenido a la Base de Datos Nacional de Subvenciones, que tiene como objetivo impulsar la transparencia, servir como cauce para la organización y mejora de las políticas públicas y ayudar a la lucha contra el fraude de subvenciones y ayudas públicas.

Por su parte, la LTBGCLM refleja la obligación de transparencia en materia de subvenciones, en su artículo 18.1, respecto de los sujetos incluidos en su artículo 4, incluyendo, en paralelismo a lo dispuesto en la legislación básica, el *importe, objeto o finalidad y beneficiarios*. A mayor abundamiento, sobre las entidades recogidas en tal precepto que no ostentan el carácter de administración pública, pesa un deber más amplio de transparencia respecto de subvenciones y ayudas percibidas de una administración pública, alcanzando a la entidad concedente, al objeto, al fin, plazo, cantidad y porcentaje que la ayuda recibida implica sobre el coste total de la obra subvencionada, expresando si es compatible con otras ayudas o subvenciones, y si se han recibido otras ayudas o subvenciones.

Para la administración pública regional y sus entes instrumentales, la LTBGCLM ofrece una lista

adicional a publicitar sobre esta materia, en el apartado 2 del artículo 18, que alcanza, fundamentalmente, a información programática y estadística, a saber: a los *planes estratégicos de ayudas y subvenciones aprobados*; a la expresión de ayudas y subvenciones dadas en el ejercicio, expresando, en los casos donde no haya habido concurrencia competitiva, el motivo de la inexistencia de convocatoria pública; a la información estadística sobre la cuantía global y el porcentaje que implican las ayudas y subvenciones públicas en el volumen presupuestario; así como, a los *procedimientos de gestión y justificación*, como mínimo en cuanto al período de ejecución, pagos anticipados o a cuenta, cuantía justificada, cantidades pagadas, controles financieros realizados en su caso, resoluciones de reintegro y sanciones impuestas.

Visto lo anterior, las exigencias de publicidad activa en la LTBGCLM, se tornan amplias, pues alcanzan al concepto extenso de transparencia en materia de subvenciones, no solamente a la relación de ayudas públicas materialmente concedidas, sino también al control del proceso de ejecución de las mismas, así como a los programas a desarrollar sobre materia de subvenciones, y sin olvidar tampoco, su incidencia sobre el presupuesto público. Incluso la legislación autonómica en materia de transparencia trata de conceder facilidades para el acceso a la información sobre estos aspectos, que permita tener una visión global acerca de los datos que manejen los distintos organismos, generando la interrelación entre esa información, para lo que, el apartado 3 del artículo 18, arbitra, a través del Portal de Transparencia, un *buscador electrónico*. No obstante, el valioso reconocimiento de la transparencia en el ámbito de la actividad de fomento de las administraciones públicas no constituye óbice para el respeto hacia otros valores

constitucionales, como el honor o la intimidad personal o familiar, con los que, en ocasiones, puede friccionar. La LTBGCLM, en el apartado 4 de su artículo 18, expone tales derechos fundamentales como límites a la publicidad activa en materia de subvenciones, cuando la exposición de datos de los beneficiarios colisione con la protección de tales bienes jurídicos.

De otro lado, el contenido sobre organización territorial y urbanística viene a constituir un tema de especial interés, pues en ocasiones han saltado a la luz desafortunados casos de corrupción, que han tendido a la pérdida de la confianza ciudadana y a la exigencia de una mayor información en este campo. La LTBGCLM dedica un precepto, concretamente, su artículo 19, al contenido que sobre esta materia habrá de ser objeto de publicidad activa por parte de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus entes instrumentales. Si bien esa información a publicitar se refunde en cinco apartados (letras a)-d) del apartado 1), aglutina un ambicioso contenido al respecto, pues no sólo incluye la gran variedad de instrumentos regulatorios de la ordenación de la actividad urbanística, así como los datos incluidos en los registros que publicitan la actividad urbanizadora y la identidad de los entes con competencia en materia urbanística, sino que también hace alusión a los datos relativos al control sobre la ejecución de la actividad de la ordenación del territorio, así como, a los actos emitidos por los órganos con competencia en materia urbanística, sin olvidar la publicidad sobre las convocatorias de adjudicaciones de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública.

Los datos sobre los instrumentos urbanísticos se extienden a una materia muy amplia, dada la gran variedad de elementos reguladores de la actividad

urbanística que el Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo de 2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, define en su artículo 17 y posteriormente, desarrolla a lo largo de su articulado, a saber: Supramunicipales (Planes de Ordenación del Territorio y Planes y Proyectos de Singular Interés), Municipales (Planes de Ordenación Municipal, de Delimitación de Suelo Urbano, Parciales y Especiales de Reforma Interior, Catálogos de Bienes y Espacios Protegidos y de Suelos Residenciales Públicos, Estudios de Detalle y Proyectos de Urbanización) y Especiales.

Relacionado con lo anterior, el Decreto 29/2011, de 19 de abril de 2011, por el que se aprueba el Reglamento de la Actividad de Ejecución del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, contempla, en la Sección Quinta del Capítulo III del Título I, el Registro de Administración de Programas de Actuación Urbanizadora y de Entidades Urbanísticas Colaboradoras, a los que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 19 de la LTBGCLM como un sector de los datos en materia urbanística a publicitar. Esta información parece que viniese a reforzar la publicidad que sobre el contenido objetivo de los instrumentos urbanísticos estaría obligada a realizar el sector público regional, pues el apartado 3 del artículo 28 del citado Decreto 29/2011, incluye como contenido de las diferentes secciones del referido Registro, y que expongo muy sucintamente, los Programas de Actuación Urbanizadora, que comprenderán las certificaciones de los actos de su aprobación y adjudicación, informe técnico jurídico municipal, así como las resoluciones que aprueben los instrumentos de gestión redactados en ejecución del programa

(artículo 29.1), las Agrupaciones de Interés Urbanístico, cuyo contenido será el documento de su constitución y los actos y acuerdos realizados (artículo 29.2) y las Entidades Urbanísticas Colaboradoras de Conservación, incluyéndose en esa sección, su constitución, apoderamientos especiales, estatutos, acuerdos sobre los nombramientos y ceses de las personas que se encarguen de su gestión, y su disolución y liquidación (artículo 29.3). A su vez, cada una de esas secciones, integrada por un libro registro, comprende una serie de asientos con la siguiente información (apartado 4 del artículo 28): inscripción del programa o constitución de la entidad, modificaciones, anotaciones complementarias, cancelaciones, anotaciones de rectificación y notas marginales. Si bien el apartado 6 del artículo 28 reconoce el derecho de cualquier ciudadano a acceder a estos registros, la previsión establecida en la letra b del apartado 1 del artículo 19 de la LTBGCLM, implica la obligación por parte del sector público regional de la proporción por iniciativa propia de esa información al ciudadano, sin necesidad de que el mismo lo solicite. Además de la extensa materia objeto de publicidad activa sobre actos e instrumentos de ordenación territorial, que ofrece el apartado 1 del artículo 19, importante previsión también es la contenida en el apartado 2 del referido precepto, que insta a la Administración autonómica a hacer efectivo un sistema público constante de obtención de información sobre el planeamiento vigente regional, en coordinación y colaboración con otras administraciones públicas.

Otro tema de fundamental interés o, al menos, sobre el que habría de subsistir una particular preocupación en los tiempos actuales por parte de la ciudadanía, es el atinente al asunto medioambiental, pues el mantenimiento de un medio natural aceptable y



sano es el presupuesto esencial para la supervivencia permanente del planeta y la protección de las futuras generaciones, y por supuesto, no es de menor importancia, la intervención de los ciudadanos en esos asuntos, tras la obtención plena de una información al respecto. La Constitución Española ya venía a reconocer dentro del Capítulo III del Título I, "*De los principios rectores de la política social y económica*", en su artículo 45, el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, y la obligación por parte de los poderes públicos por garantizar el uso racional de los recursos naturales.

El desarrollo en el ordenamiento jurídico español sobre la información medioambiental y la participación ciudadana en asuntos de esta materia ha tenido una clara influencia internacional y comunitaria, siendo que la regulación actual sobre tales aspectos se contiene en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medioambiente, producto de la trasposición de las directivas comunitarias 2003/4/CE y 2003/35/CE, que a su vez, fueron origen de los postulados contenidos en el Convenio sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente (el denominado Convenio de Aarhus).

La LTBGCLM no se ha olvidado de la relevancia de este tipo de información, reconociéndola como objeto de la publicidad activa en su artículo 20, si bien remitiéndose a la citada Ley 27/2006, de 18 de julio. La transparencia en cuestión medioambiental viene a arbitrarse en el artículo 5 y en el Capítulo II del Título II de esa Ley. Como deberes genéricos en cuestiones de información en esta materia por parte de las

autoridades públicas, destacan las siguientes (artículo 5): dar a conocer al ciudadano sus derechos y los cauces para su ejercicio, especificar la relación de autoridades que ostenten información ambiental y procurar garantizar la correcta asistencia a la ciudadanía por parte de empleados públicos con funciones en esta materia, tender a la utilización de las tecnologías de la información en dicha labor, así como, fomentar la agilidad en la obtención de los datos. En lo relativo a la forma de difusión de la información, dando contenido al principio inspirador de las tecnologías de la información en la concesión de los datos, el artículo 6 obliga a la utilización de medios electrónicos en la tarea suministradora de la información ambiental.

Como contenido mínimo de esa publicidad activa, se encuentra el siguiente (artículo 7): cualesquiera instrumentos jurídicos comunitarios, estatales, autonómicos o locales en materia medioambiental, políticas y programas desplegados en ese asunto, avances obtenidos por la aplicación de tales cauces normativos y de organización, informes sobre el estado del medio ambiente, información sobre el seguimiento de las actividades en esa materia, actos administrativos de autorizaciones en el ámbito medioambiental, así como estudios y evaluaciones de impacto ambiental. También incluye la ley como obligación que pesa sobre las autoridades públicas, la publicación de la información atinente a los informes anuales y plurianuales sobre la marcha del medioambiente (artículo 8), así como, la urgente información a la ciudadanía en los casos de amenaza inminente para la salud humana o el medio ambiente (artículo 9).

Con independencia de la previa exposición de los asuntos sobre los que la ley de transparencia de Castilla-La Mancha efectúa como obligatorios de la

publicidad activa, y que se tornan bastante amplios, no impide ello que puedan plantearse otros temas que la ciudadanía considere de interés, de tal manera que, el apartado 2 del artículo 22 de la LTBGCLM habilita al Consejo de Gobierno para que, vía reglamentaria, pueda ampliar las obligaciones de publicidad activa, que se encuentran contempladas en esa Ley, como desarrolladoras de la LTAIPBG.

En definitiva, los preceptos expuestos sobre el número de asuntos objeto de publicidad activa, así como, su carácter y contenido, parecen revelar la derivación en las autoridades públicas de un extenso deber en la difusión de la información sobre los asuntos que son de su competencia, materializada esa obligación de iniciativa pública en la proporción de información relativa a cualquier disposición o acto administrativo que derive de la labor pública, haciendo que los temas sobre los que el ciudadano pida explicación mediante el procedimiento de solicitud de información (publicidad pasiva) se reduzcan al menor número posible, pues incluso la ley deja la puerta abierta a incluir en el futuro como objeto de la publicidad activa, otras materias de interés.

En este sentido, cuanto mayor sea la lista de asuntos sobre los que las autoridades públicas revelen información de oficio, sin necesidad de petición, menor carga pesará sobre el administrado en conocer el origen de las políticas públicas, que en última instancia le afectan, pues no se verá en la obligación de generar una respuesta por parte de los poderes públicos, previa petición de información y tramitación del oportuno procedimiento. La publicidad activa conforma, en definitiva, un instrumento fundamental y un presupuesto básico en la garantía de la transparencia, que viene a manifestarse como una obligación más de

la labor propia de las instituciones. Un mayor conocimiento por parte de la ciudadanía sobre los asuntos públicos permitirá arbitrar una participación más profunda en los temas de interés general.

Para hacer efectivo todo esto, y como se ha hecho constar líneas atrás, resulta esencial, no solamente el contenido que se difunde, sino la forma en que se transmite ese material, de manera que, en este punto, es donde se acentúa la relevante posición de las tecnologías como medios portadores de los datos. Tales cauces de difusión proporcionan cualidades, tales como, rapidez, agilidad, apertura a la información, fluidez, facilidad en el acceso o inmediatez en la respuesta. En este sentido, "las formas" adquieren en la actualidad más relevancia de lo que *grosso modo* parecería, en la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos, pues un conocimiento más amplio de la información, unido a medios electrónicos que permitan expresar la opinión de manera permanente, constante y a través de flujos multidireccionales, facilitarán una mayor comunicación entre instituciones y sociedad civil.

Para garantizar los efectos positivos de la publicidad activa será necesario un compromiso real por parte de los sujetos obligados en el suministro de la información, así como, un correlativo interés por parte de la ciudadanía como receptora de los contenidos públicos. Sin embargo, su efectividad no podrá reducirse a la simple voluntad de las partes, sino que será preciso arbitrar un efectivo control sobre la inactividad de los sujetos obligados por la LTBGCLM en materia de publicidad activa, pues de nada sirve establecer un ambicioso listado de asuntos objeto de transparencia, tanto en el número como en el contenido, si no se garantiza su cumplimiento, si no se edifica un sistema que haga posible exigir

responsabilidades ante la falta de actuación. Esa labor auditora habrá de ser verdaderamente autónoma al entramado de personificaciones públicas respecto de las que pesa el deber de proporcionar la información.

3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS AL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD ACTIVA

El órgano con competencia en el control del cumplimiento por la Administración General del Estado de los deberes relativos a la publicidad activa viene representado por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (artículo 9 de la LTAIPBG), cuyos fines, composición, funciones y régimen jurídico se contienen en el Título III de la citada Ley. En el ámbito castellano-mancheño, la LTBGCLM contempla en el Título V, Capítulo II, el Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno, distinguiendo dentro de éste, la Comisión Ejecutiva y la Comisión Consultiva, estableciendo también en el Capítulo I un entramado de órganos administrativos encargados de hacer efectiva la transparencia, a saber, las unidades de transparencia, la Oficina de Transparencia y la Comisión Interdepartamental para la Transparencia.

Las unidades de transparencia se integrarán dentro de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de sus órganos instrumentales bajo la dependencia orgánica y funcional de la secretaría general técnica, secretaría general u órgano equivalente, y desempeñarán tareas de gestión y coordinación en asuntos de transparencia (artículo 58.1 de la LTBGCLM). También en el ámbito de la administración regional y sus órganos

dependientes, se prevé la existencia de la Oficina de Transparencia (artículo 59 de la LTBGCLM), como *“órgano adscrito a la consejería competente en materia de transparencia, a quien corresponderá el diseño, coordinación, evaluación y seguimiento de las políticas de transparencia desarrolladas por el Consejo de Gobierno”*. Como antecedentes a la previsión de este órgano administrativo en la ley autonómica sobre transparencia, y en respuesta a las obligaciones que ya estaban previstas en la legislación básica estatal sobre esta materia, mediante Decreto 80/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica y se fijan las competencias de los órganos integrados en la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, se creó la Oficina de Transparencia y Control Presupuestario, órgano con competencia, entre otras, en el impulso de la normativa regional en materia de transparencia, ente que fue sustituido posteriormente por la Oficina de Transparencia y Buen Gobierno, mediante Decreto 220/2015, de 01/12/2015, por el que se modificaban el Decreto 80/2015, de 14 de julio, y el Decreto 82/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica y competencias de la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas.

En lo que respecta a las funciones de los órganos contemplados en el Capítulo I en lo que a cuestiones de publicidad activa se refieren, las unidades de transparencia desempeñarán las labores de obtención, confección y transmisión de información pública, perpetrando una comunicación y coordinación con los órganos administrativos dependientes, de los contenidos a publicitar, facilitando el acceso a los mismos y prestando la necesaria asistencia técnica, así como, mantendrán al día *un mapa de contenidos*, donde queden expresados los datos que se encuentran

a disposición del órgano (letras a) y b) del apartado 2 del artículo 58 de la LTBGCLM).

Las funciones en materia de publicidad activa que recaen sobre la Oficina de Transparencia son más exigentes, alcanzado a labores de dirección, coordinación, seguimiento e incluso iniciativa en la proposición de nuevas materias a publicitar. En este sentido, el apartado 2 del artículo 59 de la LTBGCLM menciona: la coordinación y desarrollo de la planificación de la transparencia, la labor directiva sobre los datos a publicitar en el Portal de Transparencia, la función formativa en materia de transparencia, las tareas de seguimiento y control (la obligación de confeccionar un informe anual sobre el cumplimiento por los órganos administrativos de sus deberes en asuntos de transparencia, que verá la Comisión Interdepartamental de la Transparencia y luego se elevará al Consejo de Gobierno y al Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno, o la obligación de realizar informes periódicos sobre la naturaleza y accesibilidad de la información pública), la interrelación con los órganos administrativos directivos para garantizar el avance y puesta en marcha de las medidas de transparencia, la coordinación y asesoramiento técnico a las unidades de transparencia, el apoyo y la asistencia técnica a la Comisión Interdepartamental para la Transparencia, sin olvidar la iniciativa en proponer a la persona titular de la consejería con competencia en transparencia, la ampliación del objeto material de la publicidad activa, u otras funciones que sean necesarias para la efectividad de la transparencia. Las tareas de la Comisión Interdepartamental para la Transparencia tienen un ámbito de aplicación más global dentro del organigrama de la administración regional, pues sus funciones se centran en iniciar, coordinar y poner en funcionamiento

los mandatos en materia de transparencia que impone la LTBGCLM, ejerciendo una labor de planificación sobre las acciones que los distintos órganos administrativos han de seguir en materia de transparencia, elaborando las oportunas instrucciones y fijando criterios, expresando su voz sobre el informe de seguimiento anual de transparencia elaborado por la Oficina de Transparencia, con anterioridad a su elevación al Consejo de Gobierno, así como, cualesquiera otras materias que le sean asignadas (artículo 60.1).

Visto lo anterior, la imposición del citado elenco de obligaciones en materia de transparencia a los entes mencionados en el Capítulo I del Título V, es positivo, si bien tales órganos se incardinan en el seno de la estructura de la administración regional, con las consecuencias de dependencia y jerarquía que ello implica. En este sentido, resulta destacable, en cuanto a la composición de la Comisión Interdepartamental de la Transparencia (artículo 60.2 de la LTBGCLM), que las personas que integran la presidencia, la vicepresidencia y las vocalías tienen carácter político y directivo. Por ello, la previsión en la ley de tales órganos administrativos y las funciones que tienen encomendadas se encuentran necesitadas de un refuerzo mayor, que venga materializado en entidades que ejerzan un control más autónomo sobre las obligaciones en materia de suministro de la información. En este sentido, el Capítulo II del Título V de la LTBGCLM regula el Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno, definido por su artículo 61.1 como un *“órgano adscrito a las Cortes de Castilla-La Mancha, con plena capacidad, autonomía e independencia, para garantizar los derechos de acceso a la información pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa y garantizar y promover las disposiciones de buen gobierno en el*

ámbito de la aplicación de esta ley o de aquellas otras que le puedan atribuir competencias”.

Los órganos integrantes de dicho ente serán, la Comisión Ejecutiva y la Comisión Consultiva (artículo 60.2). La atención a la forma de nombramiento e identidad de los miembros integrantes de esos órganos resulta interesante, en la medida en que son indicadores de sus cualidades sobre competitividad y grado de autonomía. En este sentido, la Comisión Ejecutiva estará compuesta por una Presidencia y dos Adjuntías (artículo 61.2.a) de la LTBGCLM), que serán elegidas por las Cortes de Castilla-La Mancha entre expertos de reconocido prestigio y competencia, sin afiliación a partidos, federaciones de partidos o agrupaciones de electores. Estos requisitos son positivos, en tanto en cuanto propician la competencia técnica y la desafectación a cualquier interés político. Los candidatos serán propuestos por los entes e instituciones que compondrán la Comisión Consultiva (artículo 62.1 y artículo 63.2 de la LTBGCLM), que estará presidida por la persona que ocupa la Presidencia del Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno y la integrarán un máximo de 14 miembros, a propuesta de: las Cortes de Castilla-La Mancha, sobre cuatro personas con especial conocimiento en materia de transparencia y buen gobierno, la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sobre una persona experta en protección de datos y otra en materia de transparencia y buen gobierno, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, la Federación de Municipios y Provincias de Castilla-La Mancha, la Universidad de Castilla-La Mancha, las entidades representativas de consumidores y usuarios, las entidades representativas de los intereses económicos y sociales y las corporaciones de derecho público.

En cuanto al período del mandato, para los miembros integrantes de la Comisión Ejecutiva, el artículo 62.1, párrafo segundo, lo establece en cinco años, renovable, en su caso, por una sola vez. Esta previsión, que limita el mandato a un plazo no superior a diez años imprime compromiso con la transparencia, incitando a una actividad activa en esa materia, evitando el anquilosamiento propio de la permanencia en los cargos electos de manera indefinida. También los miembros integrantes de la Comisión Consultiva tienen limitado su mandato, en este caso, a los cuatro años (artículo 63.3), no percibiendo retribución alguna por su colaboración en el referido órgano (artículo 63.4). Otro aspecto que representa imparcialidad, objetividad y autonomía es el hecho de que la ley exija a los miembros de la Comisión Ejecutiva realizar sus cargos en régimen de dedicación exclusiva, estando sometidos al régimen de incompatibilidades del Consejo de Gobierno y el de sus integrantes (artículo 62.5).

Desde el punto de vista funcional, y atendiendo al desarrollo y mejora de la publicidad activa como uno de los presupuestos en la garantía de la transparencia, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno aportará, a través de la Comisión Ejecutiva, una labor interpretativa de los deberes derivados de la LTBGCLM, una tarea de análisis sobre el grado de cumplimiento de la normativa sobre transparencia, así como una labor de recomendación para la mejora de su cumplimiento, debiendo elaborar, al efecto, un plan de trabajo anual y una memoria (artículo 62.3), y a través de la Comisión Consultiva, otorgará una función de auxilio, apoyo y asesoramiento en materia de transparencia a la labor de la Comisión Ejecutiva, siendo competente para aprobar el plan de trabajo y la memoria anual propuestos por ésta (artículo 63.5 de la LTBGCLM).

Visto lo anterior, la LTBGCLM arbitra una variedad de órganos administrativos, con mayor o menor autonomía, en función de su incardinación o no en la estructura administrativa del sector público regional en sentido estricto, con relevantes competencias sobre tareas propias de la transparencia. Ello no es baladí, considerando que los contenidos sobre los que se despliegan las obligaciones de publicidad activa detallados en la ley son ambiciosos. La predisposición por parte de los sujetos obligados es primordial en la efectividad del suministro de la información pública, de manera que un cumplimiento concienzudo, por parte de tales entes, de los postulados marcados por el legislador, cubriría en gran medida la satisfacción ciudadana del derecho a la información. No obstante, y dada la necesidad de la implantación de formación y cultura en los valores de la transparencia, se hace necesario arbitrar un sistema de exigencia de responsabilidad ante los incumplimientos. En este sentido, la LTBGCLM prevé en el artículo 48, letra a), de los apartados 1, 2 y 3, las infracciones sobre el incumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad activa, que gradúa en muy graves, graves y leves, dependiendo del nivel de transparencia infringido. El sujeto titular de la responsabilidad por este tipo de infracciones será, según establece el artículo 52.1.a), 1º, la persona que, ostentando la naturaleza de alto cargo o equivalente de los sujetos previstos en el artículo 4, tenga competencia en materia de transparencia en el órgano de que se trate. Los órganos competentes para el ejercicio de la potestad sancionadora (artículo 56.1.A), b), apartados 1º y 2º) serán, para este tipo de infracciones, en el supuesto de que el presunto responsable sea un alto cargo o equivalente del sector público regional, el titular de la consejería de que dependa, esté vinculado o adscrito, ejerza la tutela administrativa o tenga la

competencia sobre relaciones institucionales, en este último caso, si se trata de corporaciones de derecho público. En otros supuestos de incumplimientos a este tipo de infracciones, la LTBGCLM se remite a otra normativa para determinar el órgano con competencia en materia sancionadora, como sucede en el supuesto de que el presunto infractor fuera miembro del Consejo de Gobierno, en cuyo caso será la ley reguladora del régimen jurídico del Consejo de Gobierno y el de sus componentes, el instrumento jurídico que lo establecerá (artículo 56.1.A), a). También en el caso de presuntos infractores que sean altos cargos o equivalentes en la Universidad de Castilla-La Mancha, la ley se remite a sus Estatutos para el establecimiento de dicha competencia (artículo 56.1.A), b), 3º). Asimismo, la legislación de régimen local será la que determine la competencia sancionadora de los entes de la Administración Local en el territorio de Castilla-La Mancha (artículo 56.1, B). Visto lo anterior, la exigencia de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones en materia de transparencia, y más concretamente, en las exigencias de publicidad activa, se reduce a una especie de procedimiento disciplinario, cuyos órganos con potestad para la imposición de sanciones forman parte de la propia organización administrativa. Para garantizar un control más exhaustivo de la actividad pública en la evidencia de información, sería necesario una auditoría con un cariz externo a ese organigrama, con una visión más objetiva e imparcial sobre la inactividad de los sujetos obligados por la transparencia, sin que sea suficiente con derivar en el ciudadano la carga de impulsar un procedimiento de obtención de información en los casos de falta de actividad por los sujetos obligados a informar.

III. GOBIERNO ABIERTO: FORMAS ABIERTAS EN LOS FLUJOS DE INFORMACIÓN PÚBLICA

La puesta a disposición de la ciudadanía de datos de naturaleza pública a través de medios electrónicos y en formatos abiertos que hagan factible la transmisión dinámica de la información y el acceso fácil a la misma, tiene como objetivo fundamental, una participación más directa de la ciudadanía en los asuntos públicos. Para garantizar esa intervención mayor en las decisiones que afectan al interés general se precisa de un cambio de mentalidad y de hábitos en la organización administrativa, que posibiliten un mayor dinamismo en su actuación y una eliminación de la excesiva burocracia con la que tienden a toparse los interesados cuando proceden a realizar cualquier gestión administrativa. La eliminación de barreras entre ciudadano y entramado público constituye un paso crucial en la evolución de la participación ciudadana en las cosas propias del interés general. En este sentido, la implantación de medidas de gobierno abierto responde a la evolución del concepto de democracia representativa a una gobernanza más directa, que habilite la conversación y la colaboración entre dirigentes y ciudadanos⁵.

La LTBGCLM incorpora en el Capítulo III del Título III, el concepto de Gobierno abierto. En su artículo 40 establece que *"la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos y entidades públicos vinculados o dependientes, promoverán medidas de gobierno abierto*

⁵ Véanse definiciones de Gobierno Abierto en CALDERÓN, C.; LORENZO, S. (Coordinadores), *Open Government: Gobierno Abierto*, Algón Editores, Alcalá la Real (Jaén), Abril 2010, págs. 11-13

que, sustentadas en la transparencia y en la información públicas como marco de referencia, permitan hacer efectiva la participación de la ciudadanía en los asuntos de interés general". Ello requiere la concreción del contenido objeto de esa participación y la concesión de los cauces que permitan la interacción Administración-ciudadano. La LTBGCLM extiende esa intervención ciudadana a los aspectos especificados en el apartado 1 del artículo 41: *definición de los planes, programas y servicios públicos, evaluación de políticas públicas y calidad de los servicios públicos, propuestas de elaboración de disposiciones de carácter general, formulación de alegaciones y observaciones en los trámites de exposición pública que se abran para ello y formulación de propuestas de actuación y sugerencias.* Dicho precepto ofrece un contenido tan amplio como genérico en la fijación del ámbito material de participación ciudadana. Para poder hacer efectiva esa intervención popular, será necesario un constante trabajo de suministro de información por parte de las entidades públicas, en cuanto a los trámites de los procedimientos en curso, su plazo y forma de intervenir, así como, su predisposición a recibir alegaciones y propuestas del ciudadano y a darles respuesta. Los cauces de transmisión y recepción de la información jugarán un papel esencial en esta interrelación, y a tal efecto, las Administraciones Públicas habrán de adaptarse a las exigencias de las tecnologías de la información. Regresando a la regulación que al respecto ofrece la LTBGCLM, los apartados 2 y 3 de su artículo 41 señalan el derecho de la ciudadanía a ser informada sobre los distintos medios de participación y colaboración y a tener conocimiento de la resolución de los procedimientos en que hubiera participado, pudiendo elegir el ciudadano el medio por el que relacionarse con el sector público regional, quien, a su vez, tendrá la

obligación de ofrecer al ciudadano los medios electrónicos de que disponga.

Como mecanismos de colaboración, el artículo 42.2 de la LTBGCLM cita las encuestas, al reconocer el *derecho* de los usuarios de los servicios públicos *"a ser consultados periódicamente, de forma regular y anónima, sobre su grado de satisfacción respecto de los mismos, así como de las actividades gestionadas por la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y los organismos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de ella"*. Para ello el Portal de Transparencia se posiciona como el espacio electrónico adecuado, tanto para proporcionar información, como para posibilitar esa participación. Los mecanismos de colaboración servirán *"para atender las propuestas de actuación y sugerencias, detectar las necesidades de interés general, concretar el contenido de las medidas con que las mismas deben desarrollarse y evaluar su ejecución práctica"* (artículo 42.1 de la LTBGCLM). El interrogatorio a la ciudadanía sobre la calidad de los servicios públicos se convierte en un instrumento enriquecedor en la adopción última de las decisiones públicas, si bien no ha de quedar en un mero juego de preguntas y respuestas en las que el ciudadano se convierta en la posición pasiva de la relación jurídica, ciñéndose únicamente a responder afirmativa o negativamente a los aspectos preguntados, sino que ha de reflejar una predisposición a colaborar, a plantear propuestas y a ofrecer soluciones ante los problemas.

En definitiva, la garantía de un gobierno abierto y por extensión, la efectiva intervención ciudadana en los asuntos de interés general, se asienta sobre la base de la tenencia de una información pública plena y de calidad, y del acceso a los trámites de los

procedimientos empleados en la realización de políticas públicas, mediante la utilización de medios formales ágiles, soportes que permitan el acceso a los contenidos sin restricciones de formatos, que posibiliten una mayor transparencia, así como, la reutilización de esa información pública para hacer efectiva su optimización. En este sentido, el artículo 3 de la LTBGCLM habla de varios conceptos que entiendo claves en los avances formales del gobierno abierto, a saber, los datos abiertos, el software libre y la reutilización. Los dos primeros conceptos ya fueron mencionados en el apartado II.1 de este estudio, expresando su definición, en alusión a los apartados d) y f) del citado artículo 3, así como, también se habló de la forma, espacio de difusión y lenguaje de expresión de los datos abiertos (artículo 27). En este sentido, en palabras de Cerrillo, A, *“los portales de datos abiertos constituyen un instrumento útil para facilitar tanto el aprovechamiento de los datos públicos de la forma más efectiva como la transparencia de la administración, al poner en estos sitios web a disposición de los ciudadanos cientos de miles de conjuntos de datos en formatos procesables automáticamente”*⁶. Para garantizar esa disponibilidad abierta y amplia de datos serán necesarias aplicaciones informáticas con códigos de acceso libre. El conocimiento sin restricciones del lenguaje de las aplicaciones informáticas que sirven de soporte a los flujos de información generados entre entes públicos y ciudadanos tiene efectos positivos para ambas partes; por un lado, permite a la población ejercer los derechos sobre sus datos y, por otro lado, posibilita a las Administraciones Públicas ejercer el control sobre los mismos, evitando usos indebidos y

⁶ Véase CERRILLO, A., “Los principios de los datos abiertos en la legislación española”, Revista de Estudios de Derecho y Ciencia Política, número 19 (Octubre 2014), pág. 63

protegiendo la supervivencia permanente de la información pública⁷.

Esa exigencia de apertura formal y material en la transmisión de la información se encuentra en conexión con la reutilización de los datos, definida en el artículo 3.e) de la LTBGCLM, como *“el uso de documentos que obran en poder de las Administraciones y organismos del sector público, por personas físicas o jurídicas, con fines comerciales o no comerciales, siempre que dicho uso no constituya una actividad administrativa pública y que el mismo no esté sujeto a las limitaciones establecidas legalmente”*. En desarrollo de lo anterior, esto es, en cuanto al ámbito objetivo de aplicación del derecho de reutilización, sus límites y condiciones, los artículos 26 y 28 se remiten a la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre la reutilización de la información del sector público. La referida ley, producto de la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2003/98/CE, de 17 de noviembre de 2003, del Parlamento Europeo y del Consejo, responde, según se establece en su exposición de motivos, a la necesidad de fomentar el desarrollo de la información generada por los entes públicos a través de los medios proporcionados por la sociedad de la información, permitiendo la explotación de esos datos por cauces electrónicos, compilados por los entes públicos sobre las materias de interés que son de su competencia, para crear productos o servicios de información basados en documentos del sector público, reforzando, de este modo, la calidad en la labor de los entes privados, y fomentando el desarrollo amplio del derecho al conocimiento mediante la publicidad de datos de los entes públicos, que constituyen

⁷ Véase CALDERON, C.; LORENZO, S. (coordinadores), O.G... (“op. cit”), págs. 234-236

documentos de libre disposición. La finalidad de la ley se encuentra ligada al valor de la transparencia en la información producida y custodiada por el sector público, y a su vez, al tratamiento optimizado de la misma, si bien, en buena lógica, bajo ciertos límites, contenidos en el artículo 3.3 de esa ley: documentos sobre los que pese una prohibición en el derecho de acceso, los datos respecto de los que la normativa marca un deber de reserva, secreto y confidencialidad, datos para cuyo acceso se exija ostentar un interés legítimo, documentos con un fin distinto a la labor de servicio público, datos sobre los que pese el derecho de propiedad intelectual o industrial por parte de particulares, documentos custodiados por entes que gestionen servicios básicos de radiodifusión, datos generados o guardados por instituciones educativas, de investigación o culturales, elementos de documentos que sólo incluyan distintivos, datos sobre los que exista limitación por razón de protección de datos personales, información producida por entes del sector público empresarial o fundacional o estudios efectuados por el sector público con intervención del sector privado. Es tarea de los entes públicos procurar que los documentos a los que resulta de aplicación la citada normativa puedan ser reutilizados para fines comerciales o no comerciales (artículo 4.2), bajo diferentes formas: documentos cuya puesta a disposición de la ciudadanía no se encuentre sometida a límites, los que se sujetan a requisitos previstos en licencias-tipo, los documentos cuya reutilización requiere de solicitud previa o la adopción de acuerdos exclusivos cuando ello sea preciso para la realización de algún servicio de interés público (artículo 6). El artículo 8 prevé la posibilidad de que los órganos del sector público puedan fijar requisitos a la reutilización: no alterar el contenido de los datos, no desvirtuar el sentido de la información, la mención a la fuente de

procedencia y la fecha de la última actualización, los fines específicos para los que es posible la reutilización futura de la información cuando ésta incluya datos personales, o la prohibición de revertir el proceso de disociación.

Visto lo anterior, la Ley 37/2007, de 17 de noviembre, contempla determinada información pública que se encuentra protegida por prevalencia de otros bienes jurídicos, o que queda limitado su uso bajo ciertos condicionantes. Pero con independencia de esas justificadas limitaciones, conviene focalizar la atención en aquellos datos respecto de los que la referida ley prevé su disponibilidad sin restricciones para su reutilización, sin necesidad de una previa petición o de unos requisitos, y que se corresponden con los mencionados datos abiertos, cuya filosofía sintoniza con los principios propios de la publicidad activa. El acceso libre a los contenidos proporcionados por iniciativa pública con la posibilidad de su reutilización, refuerza la transparencia de la información pública y le otorga un plus de valor. Los gruesos contenidos de la publicidad activa generan un mayor desarrollo de la opinión pública e incrementan las críticas constructivas. Asimismo, la reutilización permite, a través de la toma de conocimiento de los datos, crear productos informativos nuevos, que optimicen el rendimiento de los datos públicos. En efecto, ello será positivo para desarrollar una sociedad mejor informada, más cercana a los proyectos públicos y más participativa. Si bien la LTBGCLM ha dedicado algunos preceptos a la regulación de los postulados del gobierno abierto, sin embargo, creo que habrá que avanzar más en la regulación y, sobre todo, en la voluntad de los dirigentes y de los ciudadanos en hacer efectiva la real participación. En palabras de Cotino Hueso, L., resulta *“fundamental la –buena– acción del Derecho para*

fijar, limpiar y dar esplendor al gobierno abierto. Es necesario asumir compromisos normativos que obliguen a los poderes públicos y fijen y organicen los cambios”⁸.

IV.- GRUPOS DE INTERÉS

Conscientes quizá de la dificultad que implica la pronta implantación de una democracia más directa y participativa, exenta de barreras entre aquellos que dirigen y quienes son destinatarios de las políticas públicas, un punto intermedio podría suponer un acercamiento a ese ideal de participación, pues la persona, individualmente hablando, carece de la capacidad suficiente para intervenir con resultados en las cuestiones públicas, no por inutilidad, desconocimiento o inexperiencia, sino por carencia de instrumentos con la fuerza necesaria para incidir en la toma de decisiones de interés general o en sus modificaciones. Las pretensiones del individuo en soledad terminan cayendo en vacío, carecen de suficientes apoyos para solidificar y perpetrar un cambio.

Aunque no siempre la opinión de una colectividad amplia es la más acertada, la defensa de los intereses se hace más efectiva y más profunda cuando se encuentra amparada por grupos activos que luchen por la defensa de los intereses que propugnan. Estos

⁸ COTINO HUESO, L., “Derecho y Gobierno Abierto”. La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por la Administración Pública. Propuestas concretas”. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2013, pág. 51-92

grupos de interés ejercerán una labor positiva si acortan el espacio existente entre instituciones y ciudadanía, aportando ideas y soluciones para incidir en las decisiones propias del interés general, sobre la base del conocimiento y la experiencia técnicas, y en razón de los postulados que aconsejan las buenas prácticas.

En palabras de Pascual y De Uribe, *“el ejercicio de un lobby honesto, profesional y transparente, se revela como una herramienta que puede prevenir posibles situaciones de crisis derivadas de la actividad legislativa, advirtiendo de sus repercusiones. Quizás ya ha llegado el momento de que en nuestros países respectivos hagamos lobbying del lobbying, y contribuyamos a presentarlo como una actividad como cualquier otra, con profesionales competentes y otros, no tanto, tal como sucede en todas las profesiones”*⁹.

El elemento clave para el desarrollo ético de la actividad relativa a los grupos de interés es, cuanto menos, su regulación, para arbitrar a corto plazo, una participación ciudadana más palpable y más directa en la toma de decisiones. En un informe sobre el análisis del lobby en España¹⁰, elaborado por Transparencia Internacional España, en noviembre de 2014, se efectuaba un estudio sobre el panorama de los lobbies en la realidad española, detectando vacíos e insuficiencias normativas, proyectadas en tres puntos claves: necesidad de una mejora de la transparencia,

⁹ Véase PASCUAL, J.; DE URIBE, C., “El lobby, una herramienta para la prevención de la crisis”, Más poder local, nº 10, 2012 págs. 10-11.

¹⁰ VILLORIA(Director), Una evaluación del lobby en España. Análisis y Propuestas, http://webantigua.transparencia.org.es/estudio_lobby/spain_lobbying_esp_final.pdf
último acceso: marzo de 2017

tanto por parte de los poderes públicos, a través del acceso a la información e implantación de registros de lobistas, como por parte de los que ejercen lobby, mediante la divulgación de información; la integridad del lobby, ante la inexistencia de códigos de conducta oficiales para lobistas; y necesidad de igualdad de acceso a los representantes políticos por parte de ciudadanos y de grupos de interés, como respuesta a la concurrencia de influencias indebidas, que llevan a la corrupción.

En efecto, los grupos de interés constituyen un sector presente en la sociedad, cuya existencia y labor aportan connotaciones positivas a la evolución de la sociedad democrática, aunque también pueden presentar aspectos negativos, siendo necesario arbitrar un control en evitación de ciertas malas conductas en este ámbito. A tal efecto, la LTBGCLM ha otorgado espacio en su articulado a este sector de intervención en las políticas públicas, como elemento presente en la efectividad y desarrollo del gobierno abierto. Su regulación concreta en la citada ley se contiene en el Capítulo IV, incardinado, en buena lógica, dentro del Título III, (*Buen gobierno, buena administración, gobierno abierto y grupos de interés*). El artículo 43 los define como *“las organizaciones y personas, sea cual sea su estatuto jurídico, que desarrollando sus actividades en Castilla-La Mancha, se dedican profesionalmente, como todo o parte de su actividad, a influir directa o indirectamente en los procesos de elaboración de las políticas o disposiciones normativas, en la aplicación de las mismas o en la toma de decisiones de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de sus organismos y entidades públicas vinculados o dependientes, sin que ello impida el ejercicio de los derechos individuales de reunión y de acceso o*

petición". Con objeto de mantener identificados estos entes y su ámbito de actividad, la LTBGCLM prevé en su artículo 44 la creación de un Registro de grupos de interés, que habrá de tener de tener naturaleza pública y ser accesible desde el Portal de Transparencia.

La disponibilidad vía electrónica de los contenidos del Registro de los lobbies, permite un control más amplio y dinámico de los entes de esta naturaleza que operan en el tráfico jurídico y de las actividades que emprenden. Ello es coherente con el gran volumen de presencia activa en los últimos años de los grupos de interés en los espacios de información digital. A propósito de esto, Castillo Esparcia, A., habla de los llamados "Think Tanks", como actores políticos con iniciativa en el desenvolvimiento de acciones específicas sobre el panorama político, siendo uno de sus principales recursos, las estrategias de comunicación en Internet, que les permiten acercarse a un gran número de ciudadanos de manera directa¹¹. El legislador, consciente de la gran variedad, en este campo, de agentes intervinientes en el tráfico jurídico, ha establecido como exigencia para comunicar con los órganos directivos, de apoyo y asistencia, la inscripción en el Registro, no sólo de los entes propiamente definidos en su artículo 43, sino también de las *plataformas, redes u otras formas de actividad colectiva que, a pesar de no tener personalidad jurídica, constituyan de hecho una fuente de influencia organizada y realicen actividades incluidas en el ámbito de aplicación del Registro*. Si bien la ley concede a un futuro desarrollo reglamentario la ampliación detallada

¹¹ Véase CASTILLO ESPARCIA, A., "La Comunicación de los Lobbies en Internet: el ciberactivismo de los Think Tanks", Revista de Comunicación y Nuevas Tecnologías, Icono 14, 01/2010, págs. 193-206.

sobre el registro de grupos de interés (artículo 44.2), sin embargo, prevé un contenido mínimo que deberá reflejar el mismo, a saber (artículo 46): lista organizada por categorías de personas y organizaciones, y su sede de gestión; datos a proporcionar atinentes a las acciones que llevan a cabo, su parcela de interés, financiación y ayudas públicas percibidas; así como, unas normas de conducta. La inscripción en dicho Registro conlleva una ristra de obligaciones: asumir que los datos suministrados se hagan públicos, procurar que la información proporcionada sea *completa, correcta y fidedigna*, llevar a efecto el código de conducta y someterse a los controles correspondientes y a sus consecuencias en caso de incumplimiento de los deberes de conducta o de las prescripciones legales. Para hacer efectivos estos condicionamientos, además de la interiorización y cumplimiento por parte de los profesionales lobistas de los códigos de conducta, se hace necesario el despliegue de un efectivo control jurídico sobre su actuación. A este respecto, la LTBGCLM regula en el artículo 50 las infracciones en materia de grupos de interés, estableciendo la letra B) del apartado 3 del artículo 56, que el órgano encargado de ejercer la potestad sancionadora será el titular competente en materia de transparencia. No obstante, y en el mismo sentido que ya expuse respecto al control sobre la inactividad de los deberes de publicidad activa, hubiera sido deseable la regulación de un control de la actuación lobista por parte de entidades independientes, ajenas al entramado administrativo.

V.- CONCLUSIONES

La LTBGCLM parece implantarse en el panorama jurídico autonómico, en desarrollo de las previsiones contenidas en la legislación básica en esa materia, con amplias pretensiones, dado el vasto ámbito subjetivo y

objetivo sobre el que se perpetra la transparencia, si bien será necesario que avance el tiempo para comprobar su puesta en práctica y su efectividad.

Especialmente interesante, desde mi punto de vista, es el variado y amplio contenido sobre el que se pergeña el ámbito objetivo de la publicidad activa, que apenas da lugar a la opacidad en la totalidad de la actividad pública y que incluso compele a la implantación, vía reglamentaria, de otras materias de interés público aún no reflejadas en el listado que ofrece la ley; esto es, deja la vía abierta a incluir otros asuntos que la práctica social, política o económica revele de interés para la ciudadanía y ésta así lo demande. El efectivo control externo sobre la inactividad del sector público supondrá el camino previo a la garantía de la transparencia, pues entiendo que el ciudadano no deberá conformarse con pedir la información que no le sea dada de oficio, sino que deberán arbitrarse órganos independientes que funcionen como auditores de esa inactividad pública, con las consecuencias jurídicas que ello implique.

El avance en el camino del suministro de datos abiertos al ciudadano, que contribuya a una mejor formación de la opinión pública y que posibilite su reutilización, será esencial en orden a obtener un mayor rendimiento de la información global en pro del interés general. La transmisión dinámica y abierta de los contenidos públicos a través de cauces electrónicos y de aplicaciones informáticas con un lenguaje de libre acceso habilitará también al aumento de la participación ciudadana, pues incrementará los flujos abiertos de información entre dirigentes públicos, grupos de interés y ciudadanos. También el control de la identidad y actividad de estos entes de influencia será crucial en la garantía de la transparencia.

En conclusión, publicidad activa y gobierno abierto se conciben, desde mi punto de vista, como los ejes fundamentales para arbitrar un modelo de dirección pública más moderno y participativo, que derribe las barreras o al menos, reduzca el espacio entre los dirigentes públicos y los ciudadanos, permitiendo una red constante y fluida de comunicación.

BIBLIOGRAFÍA

CALDERÓN, C.; LORENZO, S. (Coordinadores), *Open Government: Gobierno Abierto*, Algón Editores, Alcalá la Real (Jaén), Abril 2010, págs. 11-13, págs. 234-236.

CASTILLO ESPARCIA, A., "La Comunicación de los Lobbies en Internet: el ciberactivismo de los Think Tanks", *Revista de Comunicación y Nuevas Tecnologías, Icono 14*, 01/2010, págs. 193-206.

CERRILLO, A., "Los principios de los datos abiertos en la legislación española", *Revista de Estudios de Derecho y Ciencia Política*, número 19 (Octubre 2014), pág. 63.

COTINO HUESO, L., "Derecho y Gobierno Abierto". La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por la Administración Pública. Propuestas concretas". *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2013, pág. 51-92.

GUICHOT, E. (Coordinador), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley*



19/2013, de 9 de diciembre, editorial Tecnos (Grupo Anaya), Madrid, 2014, págs. 143 y 144.

LARACH DEL CASTILLO, C.A., "Transparencia y Buen Gobierno en España"., Revista digital de Derecho Administrativo, nº 13, Primer Semestre/2015, págs. 255- 268.

ORTEGA EXPÓSITO, G.M., *Transparencia versus Protección de Datos (I)*, http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Transparencia-versus-Proteccion-Datos_11_1032805002.html, último acceso: marzo de 2017.

ORTEGA EXPÓSITO, G.M., *Transparencia versus Protección de Datos (II)*, http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/Proteccion-Datos-transparencia-cesion-datos_11_1034680001.html, último acceso: marzo de 2017.

PASCUAL, J.; DE URIBE, C., "El lobby, una herramienta para la prevención de la crisis", *Más poder local*, nº 10, 2012 págs. 10-11.

VILLORIA (Director), *Una evaluación del lobby en España. Análisis y Propuestas*,

http://webantigua.transparencia.org.es/estudio_lobby/spain_lobbying_esp_final.pdf

Último acceso: marzo de 2017

" LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS: FRANCISCO SUÁREZ Y LOS LÍMITES DEL SILOGISMO"

D. José Ignacio Herce Maza

Graduado en Derecho – Centro Universitario Villanueva

RESUMEN

Las normas jurídicas nacen para aplicarse y para ello ha de tenerse en cuenta tanto la realidad fáctica como el enunciado de la norma para analizar si los hechos son subsumibles en la proposición normativa. A este proceso se le denomina interpretación.

A priori, esta operación parece sencilla, pero pueden surgir problemas especialmente cuando el texto se nos presenta oscuro y se hace necesario encontrar su sentido. Esta oscuridad puede surgir por diferentes motivos: desde imprecisiones en el texto legal a una discordancia profunda entre la ley y la realidad a la que se pretende aplicar.

Dentro de este marco cabe preguntarse si la interpretación debe basarse única y exclusivamente en el texto legal o si por el contrario ha de emplear elementos extrapositivos o extralegales para aplicarla con Justicia.

En el presente trabajo defenderé la necesidad de emplear estos criterios para lograr una hermenéutica jurídica que alcance la Justicia en el caso concreto, es decir, en la individualización de los mandatos generales que son las normas jurídicas y que sea, por tanto, una alternativa seria y razonada a las doctrinas interpretativas actuales. Para ello tomaré un referente que considero esencial para entender la cuestión, Francisco Suárez, conocido como Doctor Eximius, cuyas concepciones son fundamentales para entender el fenómeno interpretativo y demostrar cómo es necesario acudir a criterios extrapositivos para interpretar el Derecho.

PALABRAS CLAVE

Hermenéutica – Interpretación Jurídica – Razonabilidad – Francisco Suárez – Filosofía del Derecho – Equidad – Proporcionalidad

ABSTRACT

Legal regulations were born to be applied so we have to take into account factual reality as well as the statement of the regulation due to analyze if are subsumed in the regulation purpose. This process is denominated interpretation.

A priori, it seems to be easy, but many issues can appear specially when the text appears shady so that it's necessary to find out sense. This unclarity may appear for several reasons: from legal text inaccuracy to a deep difference of opinion between law and the reality we pretend to apply.

Following this framework, we could guess if the interpretation should be based exclusively in the legal text or if otherwise we have to use additional or extra legal issues to be applied with justice.

With this current work i will stand up for the necessity of using those judgments to reach an hermeneutic regulation which could reach justice in this specific regulation, I mean, individuality of general orders so that it would be reasonable due to the actual interpretative doctrines.

KEYWORDS

Hermeneutics – Judicial Interpretation – Reasonableness – Francisco Suárez - Philosophy of Law – Equity – Proportionality

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.-

II. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS.-

1. Concepto de interpretación: A) *Una primera aproximación.*- B) *Como el Derecho positivo se ha visto obligado a recoger criterios interpretativos.*-

2. Necesidad y finalidad de la interpretación jurídica.-

III. LEY E INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS EN FRANCISCO SUÁREZ.-

1. Introducción a Francisco Suarez.-

A) *Contexto histórico.*-

B) *La obra de Francisco Suárez.*-

a) *Su obra en general.*-

b) *Su obra filosófica.*-

c) *Su obra jurídica.*-

2. La Ley, el Derecho y la Hermenéutica jurídica en Francisco Suárez.-

A) *Consideraciones previas.*-

B) *La Ley.*-

a) *La Ley positiva.*-

b) *La Ley natural.*-

C) *El Derecho.*-

D) *Hermenéutica jurídica.*-

IV.- VOLUNTAS LEGISLATORIS, EPIQUEYA Y NUEVO PARADIGMA DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.-

1. Voluntas legislatoris.-

2. La epiqueya o equidad.-

3. El Tribunal Constitucional como principal aplicador de principios hermenéuticos extrapositivos y el paradigma del nuevo legislador.

V. LOS LÍMITES DEL SILOGISMO.-

VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho no puede estar subordinado única y exclusivamente a un mandato de quien ostente la *potestas normandi*. Tampoco podemos defender al extremo las tesis iusnaturalistas, puesto que si bien es cierto que el Derecho tiene que fundamentarse en unos principios esenciales que lo sostengan y legitimen hay que salir de las grandes abstracciones y de las verdades de razón pura y apoyarnos en el Derecho positivo para acudir al caso concreto.

Las tesis positivistas más extremistas defienden en muchos casos una interpretación estricta de las normas jurídicas. Operando con ellas en teoría deberíamos encontrar la conclusión de manera casi automática. Pero en palabras de Díez Picazo, "*El literalismo es, sin embargo, un estadio completamente primitivo en la realización del derecho y su superación se produjo ya*

en los albores mismos de nuestra civilización. La letra mata y el espíritu vivifica."¹²

Por otra parte, no podemos construir un Derecho basado sólo en la abstracción pura y en principios ajenos a toda aplicación práctica. Es necesario emplear el Derecho positivo para construir normas jurídicas concretas, precisas y eficaces para un Ordenamiento jurídico. No obstante, no podemos olvidar el papel de esos principios en aras de aplicar una norma jurídica.

A priori, la operación parece bastante sencilla. El problema surge cuando una parte de la norma se nos presenta oscura y tenemos que encontrar su sentido, lo que ocurre casi siempre. Los motivos pueden ser muchos: desde defectos e imprecisiones del texto legal a una discordancia profunda ante la realidad a la que se pretende aplicar. La cuestión que se discute en la actualidad es sí la interpretación debe basarse sólo en ese texto legal y en operaciones silogísticas o si, por el contrario, tenemos que emplear una serie de criterios extra-positivos e incluso extra-legales para aplicarla con Justicia.

Nos encontramos con un Ordenamiento Jurídico constituido no sólo por el Derecho escrito, sino por unos principios que denotan una serie de valores y un entorno histórico, social y económico. Además, los Ordenamientos jurídicos en muchas ocasiones positivizan estos elementos interpretativos, lo que nos permite emplearlos en la hermenéutica jurídica atendiendo siempre a la razonabilidad y la búsqueda de la Justicia en su aplicación.

¹² DÍEZ PICAZO, L., "*La interpretación de la Ley*". Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Valencia, 1981, pág. 19.

Defenderé en consecuencia la necesidad de emplear estos criterios en la interpretación de las normas para intentar lograr una hermenéutica jurídica que alcance la Justicia en el caso concreto, es decir, en la individualización de los mandatos generales que son las normas jurídicas y que sea una alternativa seria y razonada a las doctrinas interpretativas actuales.

Para ello estudiaré las doctrinas de quien considero un referente para entender esta cuestión, Francisco Suárez, también conocido como Doctor *Eximius*, cuyas concepciones siguen vigentes en la actualidad. Podemos observar en su obra como subordina la ley escrita a unos principios superiores e inmutables que deben de inspirar a toda legislación, y como estos principios son los que han de guiar la interpretación de la norma. Nos enseña como el Derecho es mutable y siempre va por detrás de la evolución de la sociedad. Es por este motivo por el que hay que aplicar la norma atendiendo a criterios como la Justicia, la *epiqueya*, la razón de la ley o la voluntad del legislador. De hecho, el debate entre los defensores de la *voluntas legislatoris* y aquellos que abogan por una interpretación evolucionista de la norma jurídica sigue abierto en la actualidad, por ejemplo, en los Estados Unidos y en relación con la interpretación de la Constitución.

Dentro de la obra suarista, de entre todos los elementos que podemos emplear para interpretar las normas, debemos destacar dos: un criterio extra-positivo que es la *voluntas legislatoris* y otro extra-legal que es la virtud de la *epiqueya*. Ambos elementos son esenciales para acomodar la norma al caso concreto. El primero porque nos orienta hacia la finalidad de la norma e incluso nos permite preguntarnos si ante tales circunstancias el legislador quiso las consecuencias previstas en la ley; y la segunda nos permite mitigar el

rigor del Derecho escrito en determinados supuestos en los que su aplicación sería injusta. Ambos se encuentran recogidos en los ordenamientos jurídicos: a los sistemas jurídicos que recogen la equidad como elemento interpretativo se les denomina sistemas de *ius aequitas*, y se contraponen a los de *ius strictum*. En reconocimiento de la importancia de estos criterios, vemos que muchos Ordenamientos jurídicos los positivizan.

Una vez hemos comprobado lo importantes que son todos estos elementos para la hermenéutica jurídica, demostraremos que están plenamente vigentes e interactúan en la interpretación de las normas, en especial, en la interpretación constitucional. Hablaremos de este tipo particular de interpretación y sobre cómo tiene que acomodar un texto fundamental en todo ordenamiento jurídico para delimitar conceptos, aclararlos, aplicarlos, rechazarlos y sobre todo hacer evolucionar la norma estática a unos tiempos que cada día son más dinámicos, incluso, líquidos.¹³

Finalmente, quedando demostrada la necesidad de aplicar estos criterios a través de la obra del *Doctor Eximius* y sobre todo, como efectivamente se emplean (o se deberían emplear en la interpretación de la Norma Fundamental) hablaré de los límites del silogismo y de cómo una hermenéutica jurídica basada única y exclusivamente en la lógica es insuficiente para hacer funcionar una maquinaria jurídica que regula el fenómeno y la realidad vital del hombre como ser social.

¹³ Por hacer referencia al término acuñado por Bauman sobre la flexibilidad y dinamismo de nuestro tiempo.

II. LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS.

1. CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN.

A) Una primera aproximación.

Para acercarnos a una primera aproximación a lo que conocemos como "interpretación", acudimos a la definición que nos proporciona el Diccionario de la Real Academia Española y que es la siguiente: *acción y efecto de interpretar*. Cuando deslizamos unas cuantas hojas en el diccionario para estudiar el verbo *interpretar* nos encontramos con diferentes acepciones, entre ellas: *explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto; explicar acciones, dichos o sucesos que pueden ser entendidos de diferentes modos y concebir, ordenar o expresar de un modo personal la realidad*.

Tras esta primera aproximación y antes de comenzar en este trabajo con el empleo de un lenguaje jurídico y de sus tecnicismos, es interesante ver como la literatura hispanoamericana nos aproxima cierta idea acerca de la hermenéutica jurídica, en "La ciudad y los Perros" del célebre Premio Nobel, Mario Vargas Llosa, quién pone en boca de uno de sus personajes, lo siguiente:

"-Todos creemos en el reglamento- dijo el capitán-. Pero hay que saber interpretarlo. Los militares debemos ser, ante todo, realistas, tenemos que actuar de acuerdo con las circunstancias. No hay que forzar las cosas para que coincidan con las leyes, Gamboa, sino al revés, adaptar las leyes a las cosas.- La mano del

capitán Garrido revoloteó en el aire, inspirada: -Si no, la vida sería imposible...¹⁴

Es un proceso muy complejo a través del cual intentamos explicar *el sentido de una ley, decisión o acto.*¹⁵ La interpretación *no es un acto complementario a la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar y, en consecuencia, la interpretación es la forma explícita de la comprensión.*¹⁶

Para autores como LARENZ, cuando interpretamos actuamos como mediadores, comprendiendo el sentido de un texto que se ha convertido en problemático. Ahora bien, ¿qué quiere decir ser mediador? ¿en qué consiste? Al intérprete se le presentan varios significados posibles de un término o serie de palabras y se pregunta por su significado exacto. Para ello tiene que interrogar su contexto y su conocimiento individual del objeto del pasaje, examinar también la situación que motiva al texto, así como otras circunstancias consideradas como hermenéuticamente relevantes. Este proceso interpretativo genera una conclusión, que no es tanto lógicamente vinculante como una elección motivada por razones suficientes entre diferentes posibilidades de interpretación. "Interpretar" un texto no quiere decir otra cosa que decidirse por una serie de posibles interpretaciones que hacen aparecer a la elegida como la "pertinente".¹⁷

¹⁴ VARGAS LLOSA, M. *La ciudad y los perros*. Alfaguara, España, 2012.

¹⁵ CAPITÁNT, H., *Vocabulario Jurídico*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1930, pág. 329

¹⁶ GADAMER, H.G., *Verdad y método*, ED. Sígueme, Salamanca, 1984, pág. 382.

¹⁷ LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 4º Edición, Ariel Derecho, Barcelona, 2010, pág. 192.

La teoría general de la interpretación distingue varios tipos de interpretación, entre las cuales encontramos la interpretación filológica y la normativa (dentro de la cual se encuentra la jurídica). La interpretación jurídica versa sobre textos lingüísticos.¹⁸ En consecuencia cuando nos enfrentamos a un texto jurídico, tenemos que tener presente que estamos sometidos a las técnicas interpretativas de la lingüística, pero ahora bien, sin olvidar que hay una serie de particularidades correspondientes a nuestro objeto que la hacen ser una interpretación especial y con sus caracteres propios.¹⁹ Y es que el Derecho es una materia que se refiere a la vida, y por ello, tanto la ciencia jurídica; entendida como la jurisprudencia, como la interpretación han de pretender solucionar problemas vitales que tienen trascendencia jurídica.

B) Como el Derecho positivo se ha visto obligado a recoger criterios interpretativos.

Como las normas jurídicas han de interpretarse siempre en base a las teorías interpretativas, se han recogido principios hermenéuticos que en muchas ocasiones incluyen la necesidad de salirnos del Derecho escrito para aplicar una norma jurídica. El Derecho positivo no puede regularlo todo y es por ello por lo que es necesario no sólo acudir a elementos de interpretación tradicionales sino muchas veces positivizarlos para darles una mayor eficacia. Un ejemplo interesante a

¹⁸ RODRIGUEZ MOLINERO, M. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. 4ª Edición. Librería Cervantes, España, 2001, pág. 214.

¹⁹ Por ejemplo, el intérprete está sometido no sólo a normas gramaticales, sino a otras normas jurídicas que son consecuencia del carácter sistemático del Derecho. Parte de la doctrina ha considerado ese elemento de la interpretación como el sistemático (SAVIGNY).

tomar en cuenta es el conjunto de preceptos del Capítulo II del Título Preliminar del Código Civil²⁰ español, que versa sobre *la aplicación de las normas jurídicas*. Nos centraremos aquí en el artículo 3 del referido cuerpo legal.

En el art. 3.1 se determina que *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.”* Y en el 3.2 que *“La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.”*

Reposan varios principios de los que puede deducirse lo siguiente: a) Se acude a los criterios tradicionales de la interpretación de las normas: elemento literal, sistemático, teleológico-subjetivo... etc., b) Se proporciona una preponderancia de la interpretación basada en la *voluntas legislatoris* y la *ratio legis*. Atenderemos a la intención del legislador por un lado y a la propia *ratio* de la norma y c) Atender a una interpretación que tenga en cuenta dos criterios extra-legales positivizados tales como la realidad social en la que se aplican y sobre todo a la *aequitas*.²¹

Si bien este artículo nos proporciona las líneas generales de la hermenéutica jurídica para todo el Ordenamiento jurídico español, algunos sectores

²⁰ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

²¹ Si bien es cierto se condiciona su aplicación a que esté prevista en la ley.

específicos del Derecho gozan de determinados criterios interpretativos particulares. Pongamos como ejemplo el Estatuto de los Trabajadores español²² que en su artículo 3.3 recoge lo siguiente *“Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables.”* De tal manera que, en caso de conflicto entre normas jurídicas, interpretaremos y aplicaremos la que resulte más favorable al trabajador. En este caso tendremos que atender al caso concreto y a un conjunto de circunstancias que exceden del mero Derecho positivo.

Varios criterios se establecen también para nuestros Jueces y Tribunales en la Ley Orgánica del Poder Judicial²³ En su artículo 5 se señala como referente interpretativo la Constitución española, de tal manera que sus preceptos y los conceptos establecidos en ellos vinculan a los demás jueces y tribunales: *La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.* Estos

²² Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²³ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

conceptos que actúan como referentes han de interpretarse y matizarse de conformidad a los criterios de la hermenéutica constitucional, por esto la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional²⁴ establece en su artículo primero que *El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica.*

Por tanto, hemos comprobado a través de estos ejemplos como los Ordenamientos jurídicos se han visto obligados a reconocer y regular determinados cánones interpretativos. De todos los ejemplos expuestos destaca el canon interpretativo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que permite a nuestro Tribunal Constitucional interpretar la Constitución. Esta función implica aclarar conceptos, delimitarlos, desarrollarlos, actualizarlos... etc. Ahora argumentaré como es necesario interpretar y a que finalidad ha de atender la *interpretatio*.

2. NECESIDAD Y FINALIDAD DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA.

Una antigua máxima romana, decía lo siguiente *in claris non fit interpretatio*, que viene a significar que "lo que está claro no necesita interpretación". Por tanto, ¿cuándo es necesario interpretar? Cuando por unos motivos u otros, un texto se nos presenta como problemático y por ello nos es necesario descubrir su sentido. Pero, ¿cuándo un texto se nos presenta como problemático? El texto problemático, lo es para quien lo aplica y según Larenz atendiendo a la aplicabilidad de la

²⁴ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

norma un hecho determinado.²⁵ Un texto jurídico a efectos interpretativos siempre será problemático cuando se vaya a aplicar.

En líneas generales un texto jurídico nos es conflictivo porque tiene un carácter normativo, lo que quiere decir que ese texto afecta a la vida y comportamiento de las personas (físicas o jurídicas), y por ello ha de subsumirse unos hechos en la proposición. Ha de aplicarse a un hecho concreto, adaptarlo y conjugarlo a él. Solamente si se conjuga adecuadamente hecho con supuesto de hecho, podrá ser aplicada. En otro sentido, puede ser problemática por el significado de las palabras, que no siempre es único e indiscutible. Muchas veces las normas jurídicas no aluden a términos técnicos sino del lenguaje común (por ejemplo, nuestro Código Civil). Hay que tener también presente que no todos los conceptos técnico-jurídicos se encuentran delimitados por una definición.

De hecho, podemos concretar todavía más puesto que hay conceptos que aunque son fijos, contienen notas distintivas que carecen de una delimitación tajante, como "negocio jurídico"; en muchos casos un mismo término es empleado en diferentes leyes e incluso en la misma ley con distinto sentido, como la expresión "gestión de negocios" del BGB; o que incluso dos normas jurídicas ordenen para un hecho igual consecuencias jurídicas que mutuamente se excluyen.²⁶ La interpretación es necesaria y siempre tendrá lugar cuando haya que individualizar una norma a un caso concreto, es decir, cuando haya que subsumir unos acontecimientos que han tenido lugar en la realidad fáctica en el supuesto de hecho de una norma jurídica.

²⁵ LARENZ, *Metodología (...)*. *op cit.*, pág. 308.

²⁶ LARENZ, *Metodología (...)*. *op cit.*, págs. 308-309.

Ahora que ya sabemos qué es la interpretación, de donde viene y porque es necesaria, se puede establecer el conjunto de finalidades que tiene el fenómeno interpretativo. Si bien es cierto que la gran mayoría de los autores²⁷ plantean la cuestión de determinar la finalidad de la interpretación en base a descubrir el sentido de la letra de la ley, en conjugar diferentes intereses contrapuestos, en descubrir la finalidad del legislador... hay una gran pluralidad de concepciones y en muchas ocasiones, tras su estudio llegan a complementarse unas con otras.

Encerrarnos en unas u otras tesis pueden llevarnos en ocasiones al absurdo o a unos reduccionismos innecesarios. Es importante determinar que existe algo de intereses, que existe algo de *voluntas legislatoris*, y por supuesto, que hay que atender a la letra de la ley.

La meta de la interpretación sólo puede ser descubrir el verdadero sentido de la norma jurídica. Por ello la interpretación de las normas no se identifica única y exclusivamente en lo que determinó el legislador (*voluntas legislatoris*) ni tampoco puede independizarse (elemento teleológico-objetivo). Habrá que jugar con todos los elementos interpretativos para alcanzar una interpretación correcta y verdadera. Todas las diferentes doctrinas de la interpretación coinciden en que la finalidad es descubrir el verdadero sentido de la norma jurídica o su contenido regulativo real. Ahora bien, diferentes son las vías o caminos, como veremos.

²⁷ Podemos referirnos a dos autores ya citados, Larenz y Molinero, pero se extiende tal clasificación a gran cantidad de doctrina actual (y no tan actual). Entre ellos los representantes de la teoría del Derecho libre o de la jurisprudencia de intereses.

III. LEY E INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS EN FRANCISCO SUÁREZ.

1. INTRODUCCIÓN A FRANCISCO SUÁREZ.

Para poder comprender el pensamiento suarista y adaptarlo a los problemas de la actualidad, es una *conditio sine qua non* entender todos los condicionantes personales, históricos y culturales de Suárez, así como presentar algunas líneas generales de su pensamiento y su influencia en la posteridad. A continuación, hablaremos de Francisco Suárez:

A) Contexto Histórico.

Pretendemos conocer aquí de forma concisa y en aras de entender mejor al autor para el desenvolvimiento de nuestro trabajo, quién fue Francisco Suárez y el entorno histórico en el que tuvo que valerse. De esta manera podremos entenderlo mucho mejor a la hora de analizar su analogía con el presente.

Debemos situarnos en el siglo XVI, el siglo del Renacimiento. En esta época, se fueron formando en Europa las grandes monarquías nacionales de Francia, España e Inglaterra. Todos estos reyes, exentos de control parlamentario, eran las únicas fuentes de legislación y administración, poseyendo una autoridad absoluta y por encima de todo vínculo moral. Era más un absolutismo estatal que un régimen absoluto.²⁸ Además, tras descubrir América, era necesario construir

²⁸ G. FAGGIN; S. VANNI-ROVIGHI; DI NAPOLI; GIACON., *Historia de la Filosofía I*. 1º Edición, Ediciones Rialp, Madrid, 1965, pág. 584.

una nación como sociedad perfecta, independiente y soberana.

Aunque pudiera parecer que la Escolástica había fenecido por la aparición del nominalismo y el brote de las nuevas líneas de pensamiento que surgieron con el Renacimiento, en los siglos XV y XVI se vivió un fuerte resurgimiento del escolasticismo. Esta corriente renovadora de la Escolástica tuvo dos frentes fundamentales abanderados por dos órdenes religiosos: los dominicos (como Cayetano y De Sylvestris) y los jesuitas (Suárez).

Bien, de esta renovación de la Escolástica puede destacarse la preocupación por los problemas "modernos", por ejemplo los problemas filosófico-sociales (ética de la economía de Cayetano), la soberanía del pueblo, Derecho de resistencia, Derecho natural, Derecho de gentes... (de autores como Mariana, Vitoria y Suarez), pero sobre todo, destaca el ser capaces de condensar todo el pensamiento escolástico del medievo y transmitirlo de una manera sobresaliente a la Edad Moderna, dando respuesta a las nuevas preguntas que surgen en el Renacimiento. Francisco Suárez, se nos aparece como el representante más insigne de la Escolástica Nueva.

El Doctor Eximius era de familia hidalga, nació en Granada en 1548 y falleció en Lisboa en 1617. Tras terminar sus estudios (fue discípulo de Martín Gutiérrez) y dar clase en diferentes lugares fuera de España, decidió volver de Roma para regentar cátedra en Alcalá y Salamanca. Escribió las *Disputationes metaphysicae*, que constituyen el primer tratado completo y sistemático de todas las cuestiones discutidas por la Escolástica, en particular de la metafísica. Podemos decir que -recategorizó- a

Aristóteles, escribió, además un tratado *De Anima* y su obra cumbre y objeto de nuestro estudio *De Legibus*.

La erudición de su obra queda plasmada en la afirmación de Bossuet, en la que dice que leer a Suárez equivalía a leer toda la Escolástica.²⁹

B) La obra de Francisco Suárez

Una vez que hemos ubicado al *Doctor Eximius* en un contexto histórico (Renacimiento), filosófico (Nueva Escolástica) y dado algunos esbozos sobre su vida académica, en este apartado procederemos enunciar los caracteres generales de su obra tanto filosófica como jurídica.

a) *Su obra en general.*

Suárez, representa un sano eclecticismo, de criterio seguro, que toma de cualquier parte lo eternamente verdadero, y que está siempre abierto a cuanto le pueda enseñar algo nuevo.³⁰ Conoce con asombrosa erudición a Platón y Aristóteles (y a sus comentaristas, como Plotino o Boecio), la escolástica, los tomistas, escotistas, árabes, nominalistas, renacentistas...

HERNÁNDEZ-GIL considera *indiscutible que Francisco Suárez haciéndose eco del sano realismo que anima a nuestra mejor literatura y a nuestra mejor filosofía, a Miguel de Cervantes y a Luis Vives, supo aunar en perfecta y armónica doctrina las exigencias dogmáticas -representadas, para él, por la teología- con las*

²⁹ G. FAGGIN; S. VANNI-ROVIGHI; DI NAPOLI; GIACON., *Historia de la (...) op. cit.*, pág. 582.

³⁰ HIRSCHBERGER, J., *Historia de la Filosofía. Tomo I. Antigüedad, Edad Media, Renacimiento*, 7º Edición, Editorial Herder, Barcelona, 1975, pág. 515.

exigencias históricas. El Padre Suárez, para el célebre jurista suscita en sus compatriotas el orgullo de reputar, superadas, siglos antes de su nacimiento, fórmulas muy modernas."³¹

b) Su obra filosófica.

Resulta sorprendente la falta de conocimiento sobre su obra metafísica, puesto que su aporte ha sido innovador e influyente en todo el pensamiento filosófico moderno. Algunas razones nos proporciona Bergadá: I) La gran importancia de la obra jurídica de Suárez, que ensombrece su labor filosófica. "y así la aureola creada en torno al jurista impidió ver al metafísico", II) Que sus *Disputationes Metaphysicae* se hallen escritas en latín y casi no hayan sido traducidas, III) La circunstancia de ser español y jesuita, lo que ha generado muchos prejuicios y IV) Dentro del mismo campo católico contemporáneo, una interpretación mas estrecha de ciertas normas pontificias que recomiendan en sus líneas generales a Santo Tomás, ha hecho de Suárez un tabú.³²

Nuestro autor se enfrenta a tres grandes corrientes (el tomismo, el escutismo y el ockamismo) que se siente obligado a superar. Una vez estudiadas todas se acerca a Santo Tomás de Aquino, pero independientemente de ello no vacila en separarse de él en aquello en lo que no está de acuerdo. No duda en combinar sistemas de la manera en la que cree adecuada, desarrollando un pensamiento nuevo que influirá de forma decisiva en autores como Descartes, Shopenhauer, Spizona, Vico o

³¹ HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología del Derecho*, 1º Edición, Revista de Derecho privado, Madrid, 1945, pág. 17.

³² MERCEDES BERGADÁ, M., "El aporte de Francisco Suárez a la Filosofía Moderna", *Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía*, 1949, pág. 1922.

Hume. Su trabajo se puede resumir de la siguiente manera: trabaja a Santo Tomás de la misma manera que éste estudió a Aristóteles.

c) *Su obra jurídica.*

Su trabajo *Tractatus de legibus ac deo legislatore* constituye la obra cumbre del pensamiento suarista. En esta obra no se limita a proporcionarnos diferentes exposiciones doctrinales de otros autores, sino que estudia a los mismos, sopesa las diferentes opiniones y responde de forma objetiva a los problemas que se plantean. Aunque es una obra muy extensa, es sin ninguna duda un autor organizado y sistemático, con una técnica expositiva perfectamente válida para nuestros tiempos.

Esta filosofía jurídica se basa en la de Santo Tomás, pero no deja de ser innovadora y original. Actúa como un mediador entre la concepción medieval de ley y las circunstancias de la época en la que se desarrollaba. Muchas veces cita y se fundamenta en la patristica (por ejemplo, San Agustín) y Santo Tomás, pero no duda en ningún caso en reinventarlos o rectificarlos si lo considera necesario.

Suárez fue verdaderamente grande en la ciencia del Derecho. Mientras que hoy se estudian las *Diputationes metaphysicae* como simple documento histórico de la filosofía escolástica, *De legibus* es fuente de inspiración y motivación para la filosofía del Derecho, para la doctrina del Estado, para la primacía de la democracia, para el Derecho internacional...³³

³³ G. FAGGIN; S. VANNI-ROVIGHI; DI NAPOLI; GIACON., *Historia de la (...) op. cit.*, pág. 584.

2. LA LEY, EL DERECHO Y LA HERMENÉUTICA EN FRANCISCO SUÁREZ

a) Consideraciones previas.

Antes de adentrarnos en la materia objeto de nuestro estudio es necesario desarrollar de manera sencilla pero ilustrativa las concepciones de Suárez acerca de la ley y, sobre todo, explicar adecuadamente algunas líneas generales de su teoría acerca de la interpretación de las normas.

Es imprescindible tener en cuenta el comienzo de su obra *De legibus* en la que se adelanta a cualquier posible crítica, haciendo referencia a que no tiene nada de extraño encontrarnos con que un teólogo hable y discuta sobre la ley. El teólogo además de contemplar a Dios estudia el camino de la salvación que se consigue mediante la realización de actos libres (buenos) y de la rectitud moral. Esta rectitud moral como es lógico depende en gran medida de la ley (que no es otra cosa *a priori* que las normas reguladoras de actos humanos). Así, para Suárez, el teólogo que estudia la ley divina no debe de abstenerse de conocer y estudiar la ley humana, ya que la estudia desde un plano mucho más elevado que un teólogo moral.

b) La Ley.

La ley positiva en Suárez tiene una misión: guiar conductas, lo que tiene tres efectos: el principal es obligar al particular en conciencia, y dentro de esa obligación nos encontramos con otros dos: el mandar y el prohibir una conducta so pena de sanción. Las leyes incluso que permiten el desempeño de determinadas actividades también prescriben conductas.

Suárez manifiesta que la Justicia debe ser tenida en

toda ley para ser tal. Resulta la Justicia una condición intrínseca de la norma jurídica, de tal manera que sin ella la ley no es verdadera ley. Así decide Suárez la cuestión clave del iusnaturalismo de todos los tiempos. La afirmación de Suárez condena al historicismo, al positivismo, al formalismo (sociológico y jurídico) y al relativismo. Esas doctrinas cuyos exponentes varían en muchos aspectos quedan superadas en la tesis suarista.³⁴ Pero, además, para determinar la Justicia o la injusticia de las normas de Derecho positivo, ha de ser razonable, útil y no ilusoria. Finalmente, deberá concordar con la ley natural y en consecuencia con la ley divina.

El *Doctor Eximius* comienza a definir la ley, partiendo de Santo Tomás, para quien *"la ley es una cierta norma y medida, según la cual uno es inducido a obrar o abstenerse de obrar"*.³⁵ No obstante, tal como decíamos anteriormente, esto no implica que se adhiera completamente a Santo Tomás, más bien al contrario, califica esta definición como demasiado amplia, puesto que considera a la ley como un precepto común, justo y estable, que ha sido suficientemente promulgado. Es decir, *sólo podemos llamar ley a la que simplemente es medida de rectitud y, por consiguiente, sólo a la que es regla y honesta*³⁶.

La conceptualización suarista de la ley comprende también otras definiciones que refuerzan su concepción,

³⁴ SALVADOR GUANDIQUE, J. "Noción de ley. Doctrina de Francisco Suárez", *Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía*, 1949, págs. 1295.

³⁵ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber I: de lege in communi eisque natura, causis et effectibus*, 1º Edición, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1971, pág. 10.

³⁶ SUÁREZ F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber I. op cit.* pág. 15

cita a Santo Tomás, San Agustín y Cicerón. Algunos ejemplos serían Santo Tomás (*un precepto no es ley, sino injusticia*), a San Agustín (*no es ley la que no es justa*) y finalmente Cicerón (*la ley debe tener como objeto una vida recta, tranquila y feliz; por eso quienes dictaron leyes injustas dieron cualquier cosa menos leyes*).

De hecho, no hay que confundir la ley verdadera con lo que sería ley entendida como analogía. Nos podemos referir a la ley como mandato justo, ordenado y honesto o como ley injusta, denominándola ley *por cierta analogía en cuanto a que establece un determinado modo de obrar*.³⁷ Pero por mucho que la llamemos ley por analogía no será nunca ley, y en consecuencia de ello no es obligatoria. Es más, en algunos casos obedecer una ley que sea injusta, podrá ser ilícito.

Guandique³⁸, establece una clasificación (sin perjuicio de las otras muchas que pueden hacerse) de las clases de normas o leyes para SUÁREZ: a) Eterna y temporal; b) Natural y positiva y c) Civil y eclesiástica.

a) *La Ley positiva.*

La ley positiva es una ley creada por los hombres. Son normas que gozan de una estructura prescriptiva que orienta conductas (bajo pena de sanción). Todas las leyes positivas, incluso las que dan *permiso a algo* generan una prescripción. Tenemos que tener en cuenta que pese a ser una ley que dispone y genera obligaciones, al estar hecha por hombres, carece de perfección y es por ello por lo se ha de interpretar.

³⁷ SUÁREZ F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber I. op cit.* pág. 16.

³⁸ SALVADOR GUANDIQUE, J. "Noción de (...), *op. cit.*, págs. 1294.

Además, está subordinada su existencia a los preceptos del Derecho natural. Son normas que no han nacido en base a la naturaleza o la gracia, sino que han sido introducidas en el ordenamiento jurídico a través de un acto de voluntad (de un principio externo con potestad para incorporarla al Ordenamiento). Podemos decir, que es una *ley añadida al Derecho natural*.

El Derecho positivo realiza una doble actuación, una de ellas es aplicar y desarrollar el mismo Derecho natural. Para Suárez el carácter del Derecho positivo es instrumental³⁹, sirviendo al natural. La ley natural proporciona un modelo a la ley positiva y marca un camino que debe seguir. Además, los preceptos de la ley natural cuando se convierten en normas positivas, adquieren una nueva eficacia social, al sumársele la coacción física y una mayor concreción.

b) *La ley natural*.

Es una norma que no radica en el hombre como tal, sino *a que se da en todas las cosas a través de la inclinación que puso en ellas el Autor de la naturaleza*, entendiéndola de una forma similar a la ley natural de Platón. Esta ley tiene una fuerza obligatoria que ordena obedecer lo que *la naturaleza prohíbe, manda o permite*.⁴⁰

De hecho, actúa como un referente, ya que lo justo natural se relaciona con la Justicia. Esta ley es una ley que está en la naturaleza y que radica en la mente humana en orden a poder distinguir lo que es bueno y

³⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España. Libro Preliminar*, 2º Edición, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1949, pág. 37.

⁴⁰ ⁴⁰ SUÁREZ F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber I. op cit.* pág. 4.

lo que es malo. Suárez cita a Cicerón, de tal manera que *se haya ponderado con toda justicia a esa ley que los dioses dieron al género humano, pues es la razón y la mente del sabio, apta para mandar y prohibir.*⁴¹ Es una ley dada por Dios a la naturaleza.

La Justicia o la injusticia de la ley humana (o positiva), depende de cómo concuerde con la ley natural y, por ende, con la ley divina. Es preciso que toda ley sea efecto y no contradiga la ley eterna. Además, esta ley positiva ha de ser razonable, ya que si fuera absurda no sería ley por pecar de irracional. Finalmente, también ha de ser una norma útil.

Esto nos permite entender una de las principales diferencias entre las concepciones racionalistas más puras del Derecho y las concepciones del naturalismo clásico ontológico. Para los racionalistas, el Derecho está en la razón y es mediante la razón y el silogismo por los cuales hallamos el Derecho. Por el contrario, las tesis naturalistas entienden que hay un Derecho inmutable e inherente en la naturaleza y en el hombre que debemos descubrir. Por ello el Derecho es mucho más que una ley, o una norma y hay que acudir a criterios superiores a la hora de entender, interpretar y aplicar el Derecho.

Finalmente, Suárez distingue varios tipos de preceptos que podemos englobar dentro de esta ley natural: dos tipos de principios evidentes por sí mismos: los principios morales de carácter general y primario (haz el bien y evita el mal), y unos principios más específicos (hay que vivir con moderación). Ahora bien, hay otros que no son tan evidentes pero que se pueden deducir mediante la razón (no podemos justificar una mentira). Copleston, tras estudiar a Suárez establece

⁴¹ SUÁREZ F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber I, op cit.* pág. 44.

que para nuestro autor un acto es bueno si está de acuerdo con la recta razón, y por ello *la ley natural ordena, pues, que todo acto humano concreto sea bueno y no malo*⁴² lo que no quiere decir que se ordene que todo acto bueno se realice. Además, nadie puede ignorar los preceptos del Derecho natural (salvo contadas excepciones). La ley natural, marca el carácter y señala el fin del Derecho positivo.⁴³

c) El Derecho.

Tenemos que tener en cuenta que la ley se engloba dentro de lo que llamamos Derecho. Es un error como algunas concepciones positivistas equiparan la ley al Derecho, de tal manera que toda la ley es Derecho y todo el Derecho es ley. El Derecho se refiere a la vida y engloba muchas más cosas aparte del Derecho escrito. A efectos de interpretación cuando hablamos de ley, hablamos de ley positiva, mientras que cuando hablamos de Derecho nos referimos a un conjunto superior.

Ya que entendemos que el Derecho es mucho más que la ley humana, y mucho más que el Derecho escrito, conociendo también la ley en Suárez, debemos comprender que es para él el Derecho. Usaremos el Derecho para decidir si subsumimos o no un determinado acontecimiento en un supuesto de hecho de una norma positiva, y adaptaremos su significado conforme a Derecho (es decir, conforme a criterios de Justicia, equidad, etc...), dentro, siempre, del Ordenamiento Jurídico en cuestión.

⁴² COPLESTON, F., *Historia de la Filosofía 3: de Ockham a Suárez*, 6º Edición, Ariel Filosofía, Barcelona, 2007, pág. 368.

⁴³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil (...)*, op. cit., pág. 35.

El *Doctor Eximius* nos ofrece varias derivaciones etimológicas del concepto de Derecho. No obstante, nos interesa a efectos de nuestro trabajo sólo una: la derivación que se denomina *ius*⁴⁴, que deriva de *iustitia* (Justicia) tal y como lo afirmaba el célebre jurista Ulpiano⁴⁵. Otros autores como San Agustín "*Dicen que es ius lo que manó de la fuente de la justicia*".⁴⁶ Finalmente nos encontramos con dos acepciones de la palabra Derecho como *ius*: I) Una que significa *lo mismo que lo justo y lo equitativo, que es precisamente el objeto de la justicia*⁴⁷. Siento la Justicia en este caso una virtud general, relacionada con la equidad o más bien una virtud específica de *dar a cada uno lo suyo*⁴⁸ y II) otra que se refiere a la equidad que en justicia se debe a cada uno, el significado más habitual. De hecho, citando a Cicerón determina que *el mismo nombre de ley implica la exigencia de cumplir lo justo y conforme a Derecho*, recordándonos poco después que *la verdadera ley debe mandar lo equitativo y lo justo*.⁴⁹

Cuando hablamos de Derecho no nos limitamos única y exclusivamente al Derecho positivo, sino que englobamos también al Derecho natural.⁵⁰ Por lo tanto, Suárez reconoce la existencia de preceptos extra-

⁴⁴ Cuando hablemos de *ius*, hablaremos de aquí en adelante de Derecho.

⁴⁵ SUÁREZ F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber I. op cit.* pág. 21.

⁴⁶ SUÁREZ F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber I. op cit.* pág. 22.

⁴⁷ SUÁREZ F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber I. op cit.* pág. 23.

⁴⁸ Digesto 1, 1, 10.

⁴⁹ SUÁREZ F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber I. op cit.* pág. 24.

⁵⁰ SUÁREZ F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber I. op cit.* pág. 27.

positivos en el fenómeno jurídico y, entre ellos muchos que generan una hermenéutica jurídica que supera con creces las limitaciones del positivismo legalista, enfrentándose al Derecho como mera función silogística y defendiendo la existencia de algo más que unas normas jurídicas nacidas de la razón y plasmadas en un papel.

d) La hermenéutica jurídica.

La interpretación de las normas no es unitaria, sino que se puede entender de dos maneras:

1- *Strictu sensu.*- la interpretación de las normas, *consiste solamente en la aclaración y comprensión de su verdadero sentido y, por así decir, inmediato de la ley misma, fijándose sólo en el significado usual y propio de las palabras y en el sentido de la ley que resulta de ellas así entendidas*⁵¹. En ese sentido, se refiere Suárez a buscar la comprensión de la norma en función de sus términos. Algún ejemplo de este tipo de interpretación lo podemos encontrar en una hipotética norma en la que se emplea el término hijo: hijo puede ser natural o adoptado, puede entenderse para un hijo o para todos los hijos. Habrá que acudir a la interpretación *stricto sensu* para entender que nos quiere decir el articulado concreto.

2- *Lato sensu.*- se acepta una modalidad interpretativa que modifica y altera la ley. Una interpretación *en cuanto que actúa de alguna manera sobre la ley, la cual es múltiple según sus diversos*

⁵¹ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI: De interpretatione, cessatione et mutatione legis humanae*. 1º Edición. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2012, pág. 47.

*efectos.*⁵² Es una interpretación en la que, una vez superada y entendida la oscuridad a la que nos referíamos en capítulos anteriores a efectos gramaticales, nos lleva a modificar en cierto sentido la norma jurídica.

En la primera interpretación, sólo extraemos su sentido, mientras que en la segunda una vez hemos entendido el precepto, la aplicamos de forma correcta en algunos casos saliendo del precepto literal o enmarcándolo en un sistema. Recordamos que nos posicionamos dentro de la tesis savigniana en virtud de la cual la hermenéutica jurídica es la suma de dos actividades, la interpretación como tal y su aplicación. Una vez aclarada la norma, extraída su verdad en el caso particular y conocido su sentido aun saliéndonos o matizando el tenor literal, a la hora de aplicarla, despliega diversos efectos.

Esta interpretación que modifica el contenido de una ley puede generar diversos efectos según de la manera en que se realice: I) la corrección o abrogación de la ley, II) la ampliación y la restricción de la ley, III) la excepción y IV) la excusación de la obligación de una ley.

Por tanto, la interpretación de las normas no es única y exclusivamente una simple aclaración de los términos que emplea la ley o de su sentido, sino que puede producir una *cierta mutación, sea añadiendo o sea quitando, puesto que todo esto cae bajo la competencia de aquel con cuya autoridad se hace tal interpretación y*

⁵² SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI: (...), op. cit.* pág. 47.

*puede ser necesario al bien común.*⁵³ Pero aunque podamos “mutar” el contenido de una norma, no debemos entender en la doctrina suarista unas puertas abiertas a la inseguridad jurídica o a una escuela del Derecho Libre, más bien al contrario Suárez matiza: las leyes *tienen que ser claras y no expuestas a engaños y falsas interpretaciones*. Ya que, *de no ser así, no habría nada cierto en las leyes ni se podrían regular por ellas las acciones de los hombres, pues cada cual podría a su antojo desviarlas hacia sentidos impropios.*⁵⁴

De hecho, tanto la ley como la interpretación son una creación y una invención humana. Esa creación no puede ser arbitraria o irrazonable. Es imposible la existencia de una ley o una interpretación que atente contra el orden establecido por la racionalidad. La interpretación de las normas ha de hacerse conforme a unos principios superiores, y es por ello por lo que no hay inseguridad jurídica, porque esos principios son un orden previo establecido a tener en cuenta siempre y de forma inexcusable a la hora de interpretar la norma.

Y ahora, siendo conscientes de que la interpretación puede aclarar o hacer mutar una ley, habrá que tener en cuenta la clasificación que hace Suárez de la interpretación de las normas en función de sus intérpretes, teniendo cada una un valor diferente. Esta clasificación abre su Libro VI y la toma de la autoridad del Digesto y entre otros Nicolás de Tudeschis.: I) interpretación auténtica: la que se hace con autoridad del que tiene poder para dictar la ley, II) usual: la que se hace a través de la costumbre y la práctica

⁵³ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI: (...), op. cit.* pág. 21.

⁵⁴ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI: (...), op. cit.* pág. 27.

(incluimos aquí a la jurisprudencia) y III) doctrinal: la realizada por los intérpretes y científicos del Derecho. A efectos prácticos podemos equipararla a la jurisprudencia.

Pregunta necesaria al conocer esta clasificación es el valor que atribuye Suárez a la jurisprudencia. La jurisprudencia, esto es, la interpretación usual de las normas puede llegar a ser auténtica, puesto que *la interpretación tomada de la práctica tiene mucha fuerza para que la obligación de la ley prescriba y que a veces puede ser tal, que resulte auténtica y haya que tenerla por ley*. Ya que, de hecho, *la costumbre es la mejor intérprete de las leyes*.⁵⁵

Aunque defienda la importancia de la interpretación auténtica (una interpretación que dimana del mismo poder que creó la ley) no deshecha ni el valor de la interpretación usual ni mucho menos de la interpretación doctrinal, que entiende como necesaria. Interpretación que aunque *no tiene poder para legislar, tiene, sin embargo, su grado de autoridad, que puede ser tan cierto que induzca obligación*.⁵⁶ Es para el verdad irrefutable que cuando en el modo de entender una ley coinciden todos los intérpretes se crea una certeza humana que genera obligación, y en el caso de que haya posiciones doctrinales contradictorias, habrá que formarse un juicio según las argumentaciones y las autoridades de los juristas, lo que constituye más bien, un ejercicio de meditación y conciencia.

⁵⁵ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore*. Liber VI: (...), *op. cit.* pág. 23.

⁵⁶ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore*. Liber VI: (...), *op. cit.* pág. 23.

Y Suárez, al más puro estilo savigniano⁵⁷ nos formula tres advertencias para *entender el verdadero sentido de la ley*. Hay que tener en cuenta tres elementos: *las palabras de la ley en cuanto a su significado, el criterio del legislador y la razón*.⁵⁸

En una ley propiamente humana hay que considerar el sentido propio de las palabras que se emplean. Tal y como dice el DIGESTO *“en caso de duda no hay que apartarse de las palabras del edicto. Lo cual es muy duro, pero así está escrita la Ley.”*⁵⁹ No obstante no hay que entender esto como un acercamiento a tesis positivistas extremas, más bien al contrario, como ya explicamos anteriormente, una ley para que de verdad sea ley ha de ser entre otras cosas justa (decía San Agustín que una ley que no es justa no es ley). Acerca de la intención del legislador, *la mente del legislador es el alma de la ley* así que, *interpretación verdadera es aquella por la cual llegamos a su mente y voluntad*.⁶⁰ Hay que examinar con prudencia con que sentido se han pronunciado las palabras del legislador, por ejemplo, a través de los motivos que pudo haber para decirlas. Si acudimos a las Decretales veremos que hay que atender *no a las palabras sino a la voluntad, ya que no es la intención la que debe estar al servicio de*

⁵⁷ Recordamos que fue SAVIGNY quien fue el primero en sistematizar realmente los cuatro “elementos” (que no criterios) de la interpretación de las normas y que hoy en día sumado al elemento constitucional sirven de referente en la interpretación de las normas. Elemento gramatical, sistemático, teleológico -subjetivo y teleológico-objetivo.

⁵⁸ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI: (...), op. cit.* pág. 24.

⁵⁹ D 40.9.12-1.

⁶⁰ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI: (...), op. cit.* pág. 33.



*las palabras, sino las palabras al servicio de la intención*⁶¹, siempre y cuando las palabras no sean lo suficientemente claras, ya que siempre habrá que dar preferencia a aquello que sea más cierto, llegando a primar a veces unas palabras bien formuladas a unas meras conjeturas.

Hay que tener en cuenta que además la ley positiva es una creación humana, una ley humana que no carece de imperfecciones. Apenas puede el hombre elaborar normas jurídicas sin que surjan ambigüedades y dudas. Más aún cuando esos términos, muchas veces ambiguos y complejos, se han de aplicar a un caso concreto.

De hecho, aquí nos encontramos con la oposición entre justo natural, que nos viene dado y es imposible que atendiendo a él o conforme a él se cometa una injusticia. Lo justo legal es una creación humana y además un precepto genérico (no puede regularlo todo), que sí puede cometer injusticias y que es necesario muchas veces corregirlas. Lo justo natural es lo que nos lleva a encontrar la Justicia en cada caso particular, y de hecho lo encontramos recogido de muchas formas en nuestro Derecho.⁶²

Para Suárez, las leyes *tienen*, para cada caso individual, un significado verdadero. Este significado es el significado justo, útil y razonable, a la luz de los principios de Justicia, utilidad y racionalidad sancionados, en última instancia, por los principios del derecho natural; por supuesto, como hemos visto

⁶¹ X 5.40.15

⁶² Como en el título preliminar del Código Civil.

antes, este significado puede coincidir con el significado propio (literal) de las leyes, pero no siempre es así.⁶³

Y es que para Suárez, además de tener las leyes un significado particular (y por ende, verdadero) para cada caso concreto en el que se tienen que aplicar, este significado cierto puede conocerse a través de la interpretación, siempre y cuando se base en principios como la virtud y la prudencia. Hay tres tipos diferentes de planos interpretativos: I) un plano literal y gramatical, II) un plano que busca la *voluntas legislatoris* y finalmente III) un conjunto de criterios extra-positivos que se encuentran dentro de la norma (entre ellos la Justicia y la *epiqueya*⁶⁴).

Nos encontramos con un Francisco Suárez como intermediario entre Santo Tomás y Hobbes. Diferenciamos la *voluntas legislatoris* de la *ratio legis*, que es la verdad de la norma. En Santo Tomás prima la razonabilidad, destacando de la Ley su *ratio* mientras que Hobbes, voluntarista, entendiendo la ley como imposición, destaca la *voluntas*. Suárez se presenta como un voluntarista intermedio, para quien prima la *voluntas legislatoris*, pero no sólo no niega la existencia de la *ratio*, sino que la emplea en algunas ocasiones como canon interpretativo.

Hay que diferenciar la *voluntas* de la *ratio*. Para Santo Tomás, prima la razonabilidad, ya que la ley destaca la verdad de la concreta, es decir, su *ratio*. Sin embargo,

⁶³ CHIASSONI, P., "Entre formalismo y theological Reading: Garzón Valdés, Francisco Suárez y la Interpretación de la ley", DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2007, pág. 86.

⁶⁴ Nos referiremos en otras ocasiones a la *epiqueya* como equidad.



Suarez es un voluntarista que ocupa un puesto intermedio entre Santo Tomás y Hobbes. Para Hobbes la norma es solo *voluntas*.

Garzón Valdés deduce algunas consecuencias del pensamiento suarista en lo que respecta al plano interpretativo: I) la interpretación debe recaer sobre lo que Suarez considera ley: es decir mandatos existentes (no por analogía), obligatorios, justos, razonables y además, útiles, II) el intérprete, lo primero que ha de plantearse es si la ley responde a estos criterios mencionados anteriormente, de justicia, razón y utilidad, no ya en general sino en la aplicación de un caso particular y III) el jurista ha de interpretar la norma de tal manera que, en primer lugar conozca su alcance en la realidad práctica y si ese alcance abarca el supuesto de hecho en cuestión.

Los autores de la Segunda Escolástica, pero sobre todo SUÁREZ, emplean criterios hermenéuticos extra-positivos, no única y exclusivamente los principios del derecho natural: la sociedad, la política, el nuevo concepto de Derecho... no sólo se limita nuestro autor a aplicar y defender la imperfección de las palabras. Razona mucho más allá del literalismo.

Hay que tener en cuenta que ellos la lengua que emplean para difundir su pensamiento y el Derecho es el latín, que no tiene un sentido ontológico, por lo que el significado de las palabras depende de su contexto (los romanos eran reacios a las abstracciones y definiciones). Por ello valoran el contexto cada vez que se va a un caso particular, y consideran el Derecho en cada caso concreto atendiendo al entorno de quien se aplica la norma y, sobre todo a la *voluntas* de quien la dictó.

IV. VOLUNTAS LEGISLATORIS, EPIQUEYA Y NUEVO PARADIGMA DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. LA VOLUNTAS LEGISLATORIS

Con mucha frecuencia, la literalidad de las normas y su coherencia lógica o concordancia objetiva (en el propio texto normativo y en el Ordenamiento jurídico)⁶⁵ no son suficientes para interpretar adecuadamente una norma. Lo primero que debemos hacer en estos casos es conocer quién es el autor de la norma. Para los escolásticos la potestad de creación de normas jurídicas recae en el Príncipe y en la sociedad democrática moderna si son normas constitucionales recae sobre los ciudadanos con derecho a voto, y si son normas legales el legislador es una cámara legislativa. Además, con este elemento se pretende superar todos aquellos escollos que las tesis del positivismo legalista y Derecho estricto en los que *naufregaba la teoría legalista*.⁶⁶

La mayor parte de los autores de la Escolástica reciben el nombre de voluntaristas, porque para ellos es fundamental la voluntad en la creación de la norma. Nos encontramos no sólo con la *ratio legis* y la interpretación literal, sino con la *voluntas*, la *intentio* y la *mens*. Nos movemos en unas coordenadas en que se

⁶⁵ Cuando se nos presentan varios significados hay que intentar averiguar cual es el significado correcto. Para ello podemos determinarlo atendiendo a la coherencia lógica de la propia norma, en la conexión en sus diferentes términos y por otro lado en la conexión de la norma con todo el ordenamiento jurídico puesto que forma parte de un conjunto normativo superior.

⁶⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil (...), op. cit.*, pág. 449.

concede gran importancia a la voluntad⁶⁷, siendo uno de los referentes interpretativos más importantes para estos autores, por no decir el que más. Para Ockam la razón solamente actúa como una correa de transmisión de un querer divino que es ajeno al hombre. Para determinar la voluntad del legislador, tendremos que descubrir la verdadera voluntad del Príncipe soberano, y en la actualidad de quien ostente el poder legislativo. Las leyes parten de un acto de determinación basado en la voluntad.

Tal y como decíamos anteriormente, el derecho positivo y el derecho natural no son dos elementos estancos e independientes, sino que más bien forman un único ordenamiento jurídico que atiende a criterios de Justicia.

En relación a la *mens legislatoris* tenemos que tener en cuenta que de ella *depende tanto el contenido como la fuerza de la ley, porque ... la mente del legislador es el alma de la ley*⁶⁸. Y es aquí donde podemos deducir que la interpretación verdadera es la que llega en primer lugar *a la mente y voluntad del legislador. Por eso, cualquiera que sea la razón por la que nos pueda constar de la mente del legislador, según ella ante todo hay que interpretar la ley.*⁶⁹ En este sentido Windscheid se expresa en un sentido similar, basando el error de la expresión de la ley en su relación con la voluntad del legislador: *La expresión de la ley (...)*

⁶⁷ Esta posición también la encontramos en las teorías sobre el negocio jurídico de estos autores, como Escoto, Suárez, etc.

⁶⁸ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI: (...), op. cit.* pág. 33.

⁶⁹ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI: (...), op. cit.* pág. 33.

*puede ser errónea de tres modos distintos: o puede designar más de cuanto el legislador ha querido decir, o menos, o algo cualitativamente diverso. De aquí que la interpretación correctora sea restrictiva, extensiva o modificativa.*⁷⁰

La mejor manera de acceder a la mente del legislador es a través de las palabras, puesto que *los hombres no pueden conocer la mente de otro hombre, sino es mediante palabras*⁷¹. Ahora bien, si el legislador no diera a conocer su mente mediante las palabras de la ley, o no pudiéramos conocerla del todo tendríamos que acudir a indicios suficientes que nos indiquen cual fue la verdadera voluntad del Príncipe. No podemos basarnos solo en sus palabras para conocer la *voluntas legislatoris* porque, *tomadas sin más, muchas veces son ambiguas y pueden proceder de intenciones y voluntades distintas.*⁷² Es por ello por lo que tenemos que atender a las circunstancias, examinando siempre con prudencia, con qué intención se ha redactado tal ley. Y es cuando conocemos esa *voluntas* cuando *acomodamos el significado e interpretación de las palabras a la intención del legislador.*⁷³ Parte de la doctrina moderna reconoce la importancia de la voluntad del legislador como elemento interpretativo. En la actualidad hay que conceder importancia a una

⁷⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J., "La actividad modificativa o correctora en la interpretación del Derecho". Conferencia dada por el Excmo. Sr. D. Jose Castán Tobeñas en el paraninfo de la Universidad de Murcia, Murcia, 29 de mayo de 1946, pág. 685.

⁷¹ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI: (...), op. cit.* pág. 33.

⁷² SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI: (...), op. cit.* pág. 35.

⁷³ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI: (...), op. cit.* pág. 35.

serie de *indicios* en el sentido suarista de la palabra entre los que nos encontramos las pretensiones regulativas de los participantes en la elaboración de las normas. Por ejemplo: la Exposición de motivos o las Actas de las sesiones parlamentarias (que se han de entender en un contexto histórico determinado).

A priori puede parecernos razonable atender a lo que parece más cierto e interpretar la voluntad del legislador a través de las palabras que él puso en la ley, no obstante, aunque *las palabras son de suyo el principal indicio de la voluntad del legislador y de él ante todo hay que valerse para examinar la mente de la ley; pero no de él a solas sino a una con los demás indicios, los cuales pueden a veces vencerla y superarla.*⁷⁴

Aquí vislumbramos en Suárez la necesidad de emplear una serie de criterios extra-positivos para indagar la *voluntas legislatoris*. Si bien es cierto que el tenor literal de la norma puede ser un buen indicativo, no es ni el más importante ni el único. Es necesario conjugar varios elementos, entre ellos los siguientes: I) *la materia de la ley*, puesto que las palabras están al servicio de la misma, II) *siempre que el sentido propio de las palabras incluyere injusticia o un absurdo semejante acerca de la mente del legislador, hay que entender las palabras en un sentido, aunque sea impropio, en el que la ley sea justa y razonable*, porque entendemos que la voluntad del legislador no fue crear una ley injusta, hay que presumir que la voluntad lleva a una ley que sea ley cierta y no por analogía. Es necesario que la voluntad sea justa o presumirla justa para que sea ley, III) otro camino es el que se basa en

⁷⁴ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI: (...)*, op. cit. pág. 37.

la *concordancia*⁷⁵, en la que no nos entretenemos al poder relacionarla analógicamente con el llamado elementos sistemático, IV) además, la conocida como *razón de ley*, si bien *cuando la razón de la ley está incluida en la ley misma, puede ser un gran indicio de la mente del legislador, y después de las palabras mismas parece ocupar el segundo puesto de certeza*.⁷⁶ Puesto que la razón de la ley es parte de la propia ley y por ende está vinculada a la voluntad del legislador. Es necesario que tanto el mandato y la voluntad del legislador estén adaptadas a su razón.

Hay que tener presente las palabras de la Ley *Non dubium* que dice lo siguiente: *contra legem agere qui per occasionem verborum contra legis ninitur voluntatem*⁷⁷, esto es, que obra en contra de la ley quien, aprovechándose de las palabras, se emplea en ir en contra de su voluntad. El doctor *Eximius* nos la recuerda y obliga a relacionar la *Non dubium* con lo que se entiende actualmente por fraude de ley, reconocido por nuestro ordenamiento jurídico⁷⁸. Por tanto, el indagar en la *voluntas legislatoris* no implicará ningún caso el empleo del criterio interpretativo como una vía para obtener un objetivo contrario a Derecho.

⁷⁵ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI: (...), op. cit.* pág. 41.

⁷⁶ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI: (...), op. cit.* pág. 43.

⁷⁷ D. 50.16.6.

⁷⁸ El art. 6.4 del Código Civil español determina lo siguiente: *Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.*

Por ejemplo, podemos restringir o limitar el significado de la ley, incluso sin algún motivo especial, *solo porque se conjetura que tal es la mente del legislador*⁷⁹, considerando que un caso no queda comprendido en una norma general si no es querido por un precepto particular. Tampoco esto es una vía para la inseguridad jurídica o fraude de ley puesto que es una restricción muy difícil de efectuar conforme a Derecho.

Si bien es cierto, se discute por los juristas de la época, la dificultad de conocer con indicios ciertos que se ha de restringir una ley sólo porque la *voluntas legis* es contraria, *está fundada en el derecho y en la razón natural, porque esa presunción no se funda en la falta de voluntad, que se presume sólo por no haberse pensado en tales circunstancias*.⁸⁰ El jurista que emplee este criterio y siga esta regla deberá actuar como *persona prudente*.

Este ejemplo es uno de los muchos que caracteriza a la *voluntas legislatoris* como referente esencial en la interpretación de las normas jurídicas, pudiendo ampliar o restringir el significado de una norma. Y para hallar esa voluntad del legislador no sólo podemos atenernos a la literalidad de la ley, sino que debemos de acudir a otros elementos externos, es decir, extrapositivos para indagar y descubrir su voluntad. Nos encontramos aquí un argumento que supera y está por encima de todas aquellas tesis legalistas que consideran que el Derecho y que la norma sólo ha de interpretarse conforme al Derecho escrito.

⁷⁹ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI: (...), op. cit.* pág. 123.

⁸⁰ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI: (...), op. cit.* pág. 125.

En la actualidad, presentan cierta similitud con los planteamientos suaristas en relación a la importancia de búsqueda de la voluntad del legislador las llamadas teorías subjetivas de interpretación. Todas estas teorías voluntaristas se oponen en un principio a la llamada teoría del *ius strictum*, que considera que el auténtico sentido regulativo de las normas se encuentra en la literalidad de la ley. "*quod non est in Codice non est in mundo*", técnica interpretativa defendida por todos aquellos regímenes que pretendían imponer su poder de forma absoluta e indiscutida (absolutismo) o por aquellos que defendían a ultranza el poder legislativo frente a la judicatura o aplicadores del Derecho (Despotismo ilustrado). En la actualidad estas tesis se encuentran propugnadas por los defensores del positivismo legalista, que como demostraremos sus preceptos se demuestran insuficientes para atender a una verdadera interpretación de la norma, que atienda a criterios de Justicia y de verdadera aplicación al caso particular. Esta teoría subjetiva, considera que hay que conocer la *voluntad auténtica del legislador que dio la norma*. Para ello es debe colocarse el intérprete dentro del alma del legislador teniendo en cuenta todas las circunstancias. Es interesante ver como los representantes de esta teoría consideran que *toda ley debe seguir la dirección marcada en su origen, del mismo modo que todo buque ha de seguir la ruta marcada al zarpar del puerto*⁸¹. Esto no implica que una norma no tenga una *ratio legis* propia, sino que, aunque tengamos que interpretar una ley conforme a los nuevos tiempos no podemos apartarnos nunca de la voluntad que depósito el legislador en la regulación normativa. Debemos preguntarnos cuál es la voluntad del legislador depositada en la ley y en su *ratio* en el

⁸¹ RODRIGUEZ MOLINERO. "Introducción (...)". *Op cit.*, pág. 220.

momento en que estamos interpretando. No se trata de olvidar la voluntad del legislador, sino de plantearse como, en un nuevo paradigma, proyectaría la regulación la voluntad legisladora teniendo en cuenta el *ratio* propio de la norma.

Si bien es cierto que una norma cuando se promulga adquiere vida propia, hay que tener en cuenta que la normativa es resultado de la razón y voluntad del legislador, y nunca se ha de perder como referente interpretativo fundamental. Cuando esa norma adquiera vida propia será necesario interpretarla y acomodarla desde su propia *ratio*, sin olvidar la *voluntas* del legislador y todas las circunstancias extra-positivas que lo rodean. Resulta interesante como Larenz pone de manifiesto que los nuevos legisladores (parlamentos) se abandonan, respecto a las particularidades de las leyes concretas a la pericia y técnica de las Comisiones o técnicos de la cámara, careciendo absolutamente de una opinión propia sobre los quehaceres de la ley, de hecho para éste autor *lo único sobre lo que se forman una opinión, y lo único que en verdad aprueban, es la intención reguladora y los fines de la ley, las repercusiones socio-políticas, la tendencia total de la ley.*⁸²

Por lo tanto, nos encontramos con que Suarez considera elemento esencial de la norma la voluntad del legislador, y es por ello por lo que sirve como un referente imprescindible para poder interpretar la ley. Para poder conocer cuál es la voluntad del legislador y efectuar *mutaciones* de la norma (ampliación, restricción...) es necesario atender al sentido de las palabras y la razón de la ley, que como no siempre son suficientes nos lleva a la búsqueda de *conjeturas* de

⁸² LARENZ, *Metodología (...)*. *op cit.*, pág. 327.

carácter extra-positivo que nos permiten desvelar la auténtica voluntad del autor de la norma. No sólo acudimos a las actas parlamentarias, sino a la realidad social del momento, circunstancias económicas, el motivo que llevó a regular la materia de determinada manera, la propia materia... etc., pero incluso cuando la ley ha evolucionado de tal forma que no es absolutamente aplicable a los nuevos tiempos se aplica la interpretación de la *voluntas legislatoris* planteándose el intérprete como habría solucionado el nuevo conflicto el legislador.

2. LA EPIQUEYA O EQUIDAD

Si bien es cierto el concepto de *epiqueya* es un término que parte de Aristóteles con sus caracteres propios, ocupándose de corregir el Derecho positivo reestructurando el Derecho conforme a la realidad que va evolucionando, es decir atendiendo a la naturaleza social y política del hombre, siempre dentro de un fixismo helénico. Los juristas de la Edad Media y por ende nuestros juristas de la Segunda Escolástica trataban de fusionar la *epiqueya* con la *aequitas* de los latinos.

Ahora bien, en la Ley helénica prevalece el matiz de la universalidad doctrinal y especulativa, mientras que la *aequitas* atiende a la universalidad humana por la que se dan las leyes.⁸³ Finalmente, el humanismo cristiano pretende mitigar el rigor de la ley buscando una mayor benignidad en su aplicación. Además hay que atender a que para Aristóteles la *epiqueya* es supletoria y

⁸³ **ELORDUY, E., "La epiqueya en la sociedad cambiante, teoría de Suárez", Anuario de Filosofía del Derecho, 1967, pág. 234.**



extensiva de la ley, para autores como Santo Tomás es una corrección o enmienda de ley, pero una ley con una *ratio* más permanente que el *nomos* del Derecho griego. De hecho, santo Tomás caracteriza que el juez no puede interpretar la ley en contra del Derecho natural. Poco después se empleará la *epiqueya* para pretender resolver las grandes crisis de la sociedad, defendiendo esta equidad como *virtud jurídico moral para la construcción y conservación de la Iglesia y la República*.⁸⁴ Suárez, estudiando este sistema, y relacionándolo con los cambios de una sociedad que evoluciona, plantea la doctrina de la *epiqueya* de una forma característica que es fundamental para la *solución de los problemas iusnaturalistas del mundo moderno*.⁸⁵ Santo Tomás también entiende que la equidad puede emplearse de dos maneras: como parte de la justicia legal cuando buscamos la mente del legislador (dentro del Derecho positivo) o fuera de la Justicia legal, estando dentro de la Justicia la equidad, pero fuera de la ley.

Atender a la *epiqueya* nos puede servir en la actualidad, por ejemplo, para entender como la función del intérprete tiene un carácter estimativo, y por ello la realización de valoraciones que no siempre están recogidas en el Derecho positivo, para conocer la problemática a la que se enfrenta el intérprete cuando el derecho positivo encamina a una solución injusta y sobre todo para dar un camino al intérprete para evitar llegar a ese injusto. Para De Castro este principio es una manifestación la exigencia de acudir a los principios

⁸⁴ ELORDUY, E., "La epiqueya (...), *op. cit.*, pág. 236.

⁸⁵ ELORDUY, E., "La epiqueya (...), *op. cit.*, pág. 238.

superiores de Justicia, para decidir un caso para el que resulta inadecuada la regla legal.⁸⁶

El *Doctor Eximius* diferencia entre *indagar el sentido de las palabras, esto es, si abarca estos o aquellos casos o si se toman en este o aquel significado*, lo que corresponde a la doctrina general de la interpretación, y en concreto a la jurisprudencia de la *epiqueya* en la medida en que la *epiqueya* es la *reforma de la ley en razón de su universalidad*⁸⁷ planteándonos si cesa en un caso determinado la obligación de la ley atendiendo a las circunstancias particulares.⁸⁸ Aristóteles considera que es la enmienda de la ley *en la parte en que falla por razón de su universalidad*⁸⁹. El hecho de que la obligación de la ley pueda cesar en un caso concreto por determinados elementos particulares es una tesis defendida no sólo por Suárez, sino por autores como Domingo de Soto, Cayetano y Santo Tomás.

Es necesario que la ley humana en determinados casos concretos deje de obligar, *porque la ley se dicta en general y no puede ser que la disposición general de una ley humana sea tan recta en todos los casos particulares, que no falle una vez*⁹⁰ e incluso por todos

⁸⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil (...)*, op. cit., pág. 426.

⁸⁷ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI: (...)*, op. cit. pág. 129.

⁸⁸ En este caso nos planteamos que el acto que pretendemos subsumir en la norma no pudo caer bajo el poder o voluntad de la autoridad legislativa, sino que se exceptúa de su aplicación. Es una *excepción que enmienda la ley*.

⁸⁹ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI: (...)*, op. cit. pág. 131.

⁹⁰ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI: (...)*, op. cit. pág. 131.

los cambios que pueden producirse en ella por razón de la mutabilidad del derecho.

Tenemos que atender ahora en qué casos se despliega la *epiqueya* como función correctiva de la norma, puesto que se tiene que efectuar esta interpretación de forma ordenada en la medida en que no podemos convertir esta forma de *aequitas* en una vía para alcanzar la inseguridad jurídica. La epiqueya tiene lugar solamente cuando la ley de tal manera falla, que el observarla es injusto. Solamente tiene lugar cuando al observar la ley, uno discreparía de la intención del legislador, es decir, se apartaría del sentido correcto. En un caso particular, cesará la obligación de observar la ley cuando sería una cosa mala o nociva para la comunidad política. No obstante y para no pecar de exceso de rigorismo, Suárez considera que también dejaría de obligar una ley no por ser injusta, sino *por el hecho de ser onerosa en exceso o difícil*⁹¹. Es lícito, para este autor, evitar la ley para evitar un gran inconveniente.

La ley no peca sólo cuando ordena algo de carácter injusto, sino cuando prescribe algo que no debe, cuando no debe y como no debe. La equidad corrige estos pecados de la ley. No solamente debe el legislador ordenar lo correcto, sino hacerlo de manera correcta. De aquí desplegamos tres motivos por los cuales debemos hacer uso de la *epiqueya*: I) para guardarse de algo injusto, II) para evitar una obligación desagradable e injusta y III) por conjeturas sobre la voluntad del legislador.

⁹¹ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI: (...), op. cit.* pág. 147.

Y tras conocer los motivos, podremos hacer uso de la misma en los casos siguientes: I) si existe otro precepto, de origen o natural que contradiga la ejecución de la ley humana, II) según el modo de obligar de la ley humana, y considerar si esa acción concreta sobre pasa la competencia de la ley humana y III) conjeturas e interpretaciones tomadas de las circunstancias, la práctica y clase de gobierno. Así como de los usos interpretativos.

La inaplicación de una norma por *epiqueya*, es decir, el cese de su obligación para el caso particular, se encuentra dentro de los parámetros de la interpretación de las normas, ya que recordamos que incluíamos en el proceso interpretativo dos funciones: la mera interpretación y la aplicación de la norma. En consecuencia, cuando abrogamos una ley por *epiqueya*, estamos interpretando la norma y decidiendo, tras ello, su inaplicación.

Es interesante tener en cuenta como la *epiqueya* no pertenece a la justicia como virtud en particular sino a varias de ellas. De hecho la *epiqueya* actúa de tal manera que, en un caso particular se permite proceder en contra de las palabras de la ley, porque la rectitud moral es tan importante que la ley que es aparentemente contraria en ese caso particular no obliga. Pongamos un ejemplo de ley positiva canónica: si estamos obligados a ir a misa todos los domingos, y surgiera una necesidad verdadera como cuidar al prójimo para que hiciera que no fuéramos, se estará efectuando un acto de amor al prójimo y no cambia la rectitud moral por ir en contra de un precepto legal y positivo. El hombre, como miembro de una sociedad universal debe poseer una justicia de orden superior a la meramente positiva. Esta es la *epiqueya* que nos dice que, en ocasiones por encima de la ley escrita, se

deberán cumplir obligaciones mayores. En la *epiqueya*, al contrario de los clásicos que consideraban la cesación total de la ley a través de ese juicio de equidad, Suárez habla de cesación parcial de los principios de la norma para un caso particular.

De hecho, es imposible que el legislador sea capaz de desarrollar adecuadamente un conocimiento verdadero de la mutabilidad del ordenamiento jurídico. Es por eso por lo que en virtud de la Justicia, considerando la condición natural sobre la que trata, puede cesar de forma particular en determinados casos y circunstancias. Las creaciones humanas, es decir, hechas por hombres y por ende sus leyes, están *sujetas a innumerables cambios y casos contingentes que ni el legislador humano pudo siempre prever, ni caso de que pudiera, sería capaz de exceptuar a todos ellos en particular, porque crearía en las leyes infinita confusión y prolijidad*. Como el Derecho evoluciona y lo hace siempre por detrás de la sociedad, es necesaria la existencia de mecanismos correctores de la norma tales como la *epiqueya*.

Una ley nunca podrá mantener de forma indefinida el sentido que tuvo cuando se dictó, ya que todo ha ido cambiando alrededor de ella, *se plantean nuevas cuestiones, los viejos problemas ya no se plantean de igual modo que en el pretérito, y llega un día en que la aplicación de un viejo texto, en un sentido originario, aparece razonablemente como imposible. Una ley indeformable se puede conseguir sólo en una sociedad inmóvil*.⁹²

⁹² RECASENS SICHES, L., *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1973, pág. 227

Esta *epiqueya* realiza una acción innovadora muy fuerte. Esta equidad de carácter superior tiende a mejorar y desarrollar las instituciones y las leyes haciéndolas más benignas y cercanas a la ciudadanía. Como el hombre se ve envuelto en todo un entorno y un medio nuevo, que va evolucionando y desarrollándose día a día, con modificaciones en la cultura, sociedad, política, economía... impone un medio nuevo y una necesidad de mejora de las instituciones que se puede resolver con la *epiqueya*. La evolución del Derecho y el planteamiento de funciones correctivas para el Derecho vigente no es cuestión baladí, Castán Tobeñas pone de manifiesto que *El problema del ámbito y límites de la interpretación y de la investigación correctora del derecho es de gran dificultad, pues ha de conciliar intereses y exigencias antagónicas: los de la certidumbre jurídica, de un lado, y, de otro, los de la movilidad y adaptabilidad del derecho a las circunstancias de cada momento y cada caso.*⁹³

El Doctor Eximio, consciente de la constante evolución del Derecho, considera que es necesario emplear una serie de mecanismos correctivos de la norma jurídica y uno de ellos es la *epiqueya*, que suaviza el rigor de la ley y permite que, en casos particulares atendiendo a circunstancias de carácter extra-positivo, deje de obligar. Esto no implica en ningún caso que se abra las puertas a una Escuela de Derecho Libre o un realismo exacerbado o se facilite la inseguridad jurídica, ya que se limita esta modalidad de *aequitas* a unos requisitos concretos que se deben de valorar con prudencia. El reconocimiento de estos medios correctivos es

⁹³ CASTÁN TOBEÑAS, J., "La actividad modificativa (...) op. cit., pág. 674.

necesario ahora más que nunca, en una realidad jurídica basada en la motorización legislativa. Autores como Castán Tobeñas han hecho referencia a ello y en la actualidad, época rodeada de positivismo legalista se muestra como un referente imprescindible para alcanzar la Justicia y la verdad de la norma en el caso particular. Incluso en algunos ordenamientos jurídicos, como en el español, se hace referencia a la equidad como criterio de interpretación.⁹⁴

En España, comprobamos un engarce entre equidad y principios generales del Derecho. *Supuesto de la aplicación de la equidad es la inadecuación (carencia de equidad) entre un caso concreto y la regla que parece regularlo; la inadecuación no resulta ni de la regla ni del caso, sino del hecho de que la regla positiva está limitada o corregida por un principio de Justicia.*⁹⁵

En nuestro Derecho podemos encontrar además jurisprudencia de equidad, en la que se emplea como un atenuante del rigor de la Ley escrita, por ejemplo, una sentencia del Tribunal Supremo aplica la equidad con el objeto de, tras la declarar la nulidad de una oposición permitir a los opositores que aprobaron en sus plazas (al considerarlos ajenos a la nulidad), argumentando que *esta Sala cree conveniente recordar que la equidad, según establece el artículo 3.2 del Código civil, es un criterio de interpretación e integración extensible a la aplicación de cualquier norma jurídica; un criterio que, según ha subrayado la mejor doctrina, pretende humanizar y flexibilizar la aplicación individualizada de las normas jurídicas cuando el resultado de su estricta observancia, en el*

⁹⁴ Artículo 3 del Código Civil español, entre otros.

⁹⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil (...), op. cit.*, pág. 426.

contexto de las singulares circunstancias concurrentes, pueda resultar contrario a otros principios o valores del ordenamiento jurídico. ⁹⁶

Es interesante como el propio sistema de interpretación permite la aplicación de la equidad, pero bloquea la inseguridad jurídica, por ejemplo, nuestro Tribunal Supremo ha determinado que *lo que veda el artículo 3.2 del Código civil es que la equidad se utilice como exclusivo fundamento de la decisión (...) pero no prohíbe que el juzgador realice una equitativa ponderación de la norma que se ha de aplicar, pues la equidad es en nuestro sistema una regla de interpretación y, en su caso, de aplicación de las Leyes (...)*⁹⁷, y es que la equidad deberá ponderarse en la aplicación de las normas, como elemento tendente a lograr una aplicación de las mismas sensible a las particularidades del caso debatido.⁹⁸

No cabe contraponer Derecho y equidad de un modo general, sino que la encontramos en todos aquellos sistemas de *ius strictum* y en los que impera el positivismo legalista. Ahora bien, desde que se admite una interpretación o corrección de la ley conforme a la Justicia la equidad deja de estar fuera y entra a formar parte del sistema jurídico positivo⁹⁹. Por lo tanto, observamos aquí tres cuestiones:

⁹⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª). Sentencia de 19 diciembre 2013. RJ 2013\8220.

⁹⁷ **Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 171/2006 de 1 marzo. RJ 2006\725**

⁹⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia de 12 junio 1990. RJ 1990\4758

⁹⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil (...)*, op. cit., pág. 427.

- i. La necesidad de emplear criterios extra-positivos en la interpretación de las normas.
- ii. El reconocimiento de los ordenamientos jurídicos positivos de su importancia, que llegan a recogerlos en sus propias leyes y positivizan el concepto de *aequitas*.
- iii. Lo cual no es óbice para considerarlo como criterio extra-legal, ya que su carácter de principio general de Derecho natural le da un carácter previo a la norma jurídica y un significado propio e inmutable, que ha de descubrirse e interpretarse.

3. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO EL PRINCIPAL APLICADOR DE PRINCIPIOS HERMENÉUTICOS EXTRA-POSITIVOS Y EL PARADIGMA DEL NUEVO LEGISLADOR.

Cuando hablamos de criterios extra-positivos, que si bien es cierto no se hallan necesariamente en la ley escrita, pero si en el concepto de Derecho¹⁰⁰ nos encontramos con Estados en los que se encuentra presente un régimen constitucional y por ello regidos por una norma fundamental denominada Constitución, y algunos de ellos depositan la facultad de interpretarla a un tribunal especial denominado Tribunal Constitucional, fuera de la jurisdicción ordinaria.

A este tipo de Estado se le denomina "Estado Constitucional", que cuenta con unos caracteres y singularidades derivados de su Constitución¹⁰¹. Esta

¹⁰⁰ Al contrario de lo postulado por las teorías positivistas, no sólo la ley es Derecho.

¹⁰¹ Se ha entendido siempre que los caracteres básicos del Estado constitucional se encuentran expuestos en el art. 16

Constitución puede entenderse en un sentido formal o en un sentido material. Llamaremos "sentido material" a un modo de organización de la convivencia política que puede estar escrito o no. Esta constitución material regula los órganos superiores del Estado, las relaciones de los hombres con el Estado, los derechos fundamentales del hombre... y que condicionan el ser político del Estado. Por otra parte, la constitución formal es una norma que recibe tal denominación y que se encuentra en la cúspide normativa, el documento legal supremo.

Los Estados que tienen un modelo de justicia constitucional basada en un Tribunal que posee su monopolio, se dice que poseen un sistema concentrado de control de constitucionalidad, modelo creado y defendido por Kelsen¹⁰², y se oponen a los países de control difuso, como los Estados Unidos, en los que cualquier juez antes de aplicar una puede interpretar y controlar si es o no conforme a la Constitución, pudiendo no aplicarla en el caso particular.

Dentro de la interpretación constitucional podemos diferenciar entre la interpretación de la Constitución, y la interpretación constitucional. La primera interpreta y busca extraer el sentido de la norma suprema del Estado, y la segunda pretende interpretar una norma y averiguar si es conforme o no a los preceptos

de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: "*Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene constitución*".

¹⁰² Toda esta cuestión, relativa al modelo de justicia constitucional, fue objeto de un arduo debate entre Kelsen y Schmitt. Dos obras que se contraponen en esta materia son: "¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?" firmado por el primero y "El defensor de la Constitución", por el segundo.

constitucionales. Nosotros nos referiremos en este epígrafe a la primera, es decir, a la interpretación de la ley que tiene por objeto interpretar la norma constitucional.

Tras esta sencilla introducción, nos centraremos en el modelo de control concentrado de constitucionalidad y, desarrollaremos una argumentación enfocada a demostrar como los tribunales constitucionales, aquellos sobre quienes recae la interpretación constitucional (que no es otra cosa que la interpretación de la norma suprema de un Estado), emplean criterios extra-positivos hermenéuticos y hacen evolucionar el Derecho desde el propio texto fundamental.

En EE.UU observamos una batalla doctrinal entre los originalistas y evolucionistas. Para los originalistas el significado de la Constitución norteamericana, la más antigua del mundo, es inmutable, y hay que seguir la letra de la ley y el espíritu que los padres fundadores depositaron en ella. No nos podemos salir del tenor literal de la ley ni del significado de lo escrito en el momento en que se escribió. Los evolucionistas por el contrario, consideran que la Constitución tiene un sentido dinámico, en palabras de C.E. Hughes¹⁰³ "*We are under the Constitution, but the Constitution is what the judges say it is*" consideran que los padres de la Constitución eran conscientes de que la sociedad evolucionaba, y sobre todo, que este cuerpo legal no es otra cosa que una fuente de conceptos fundamentales para regir una sociedad, y no tiene sentido regirse por los mismos principios morales que en el siglo XVIII. Por tanto, no estamos ni mucho menos ante un problema

¹⁰³ Presidente del *Supreme Court of the United States* en los años 1939-1941.

superado. Volvemos a la lucha entre el literalismo y la necesidad de emplear criterios que estén fuera de la ley escrita. La posición más adecuada y que defenderé es la que atiende a la voluntad del legislador, siempre y cuando entendida y adaptada a los tiempos modernos. Hacer evolucionar la ley no es lo mismo que violentarla.

Es importante tener en cuenta que en la hermenéutica constitucional, no sólo entran en juego los criterios tradicionales de interpretación, sino que hay que emplear conocimientos específicos y sobre todo una sensibilidad valorativa especial capaz de interpretar una norma atendiendo a lo jurídico, a lo político, a lo social, para conocer el verdadero sentido de las normas constitucionales en un momento determinado. La sociedad evoluciona, siendo necesario hacer que la Constitución también evolucione, adaptando esta norma suprema a la sociedad desde ella misma, sin destruirla. Como vemos es un equilibrio muy difícil, ya que tampoco cabe orientar la interpretación a la política del momento, sino que hay que ajustarla a la realidad social y reconocerla.

Para Prieto Sanchís, la presencia de elementos extra-sistemáticos en la interpretación del Derecho resulta casi universalmente aceptada, máxime tratándose de un texto Constitucional.¹⁰⁴ Hay que tener en cuenta que una Constitución lleva intrínseco un contenido muy especial, puesto que ha *incorporado valores, principios, mandatos del legislador, compromisos, y la idea de que debe practicarse una política asentada en el pluralismo*

¹⁰⁴ PRIETO SANCHÍS, L., "Notas sobre la interpretación constitucional", Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 182.

*político y que respete ciertos valores.*¹⁰⁵ Como la Constitución generalmente es una norma de Derecho estricto, con procedimientos complejos de reforma, es necesario buscar un equilibrio entre una sociedad en constante movimiento y muy dinámica y una Constitución conforme a la sociedad.

La definición de los derechos previstos en la Constitución no resulta siempre concluyente a partir del texto constitucional y en muchas ocasiones ni siquiera forman parte de nuestra tradición jurídica.¹⁰⁶ Aquí la ideología junto con los demás elementos extra-positivos, como la *voluntas legislatoris* (que aquí es la voluntad del constituyente), el espíritu de la ley o la interpretación conforme a la realidad social no son elementos accidentales o complementarios sino más bien componentes imprescindibles. Es necesario ponderar entre principios, valores y bienes constitucionales.

Algunas de las particularidades de la interpretación constitucional y en particular de los derechos, que no son otra cosa que conceptos jurídicos indeterminados pendientes de una concreción, pueden enunciarse en los siguientes principios que ha de tener en cuenta el Tribunal Constitucional en aras de concretar los Derechos a las realidades de la sociedad política.

I. Principio *pro homine*, que tiene dos vertientes:

¹⁰⁵ GOIG MARTÍNEZ, J. M., "La interpretación constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional." Revista de Derecho UNED, 2013, pág. 260.

¹⁰⁶ PRIETO SANCHÍS, L., "Notas sobre (...), *op. cit.*", pág. 182.

- Por un lado el intérprete debe preferir la interpretación que más optimice un derecho fundamental (plasmado en subprincipios como el *favor libertatis*, *favor debilis*, *in dubio pro operario*, *in dubio pro reo* o *in dubio pro actione*).
 - Por otro la preferencia de normas, en la que el intérprete si puede aplicar varias normas ha de elegir la más favorable a la persona dentro de la jerarquía normativa.
- II. Principio de mayor protección de los derechos, según el cual la regulación constitucional de los derechos es solo un estándar mínimo, que puede y debe ampliarse.
- III. Principio de fuerza expansiva de los derechos (en cuanto a su titularidad eficacia horizontal o vertical)¹⁰⁷

La interpretación de los derechos de forma evolutiva es inherente a los mismos, *a medida que se elaboran y amplían, que con frecuencia incluyen disposiciones que expresa o tácitamente prevén la expansión de los derechos en ellos contenidos, hace que la obligación del Estado de observar y defender los derechos humanos implica una puesta en vigor de esos derechos y un deber del Estado de implementarlos, sea cual sea, el nivel de desarrollo de un Estado.*¹⁰⁸ Y es que esta progresividad nos lleva a una interpretación evolutiva que presupone unas cláusulas abiertas que permiten al intérprete un abanico para poder optar por la interpretación pertinente (recordamos aquí las palabras de Larenz para quien *interpretar es decidirse por una*

¹⁰⁷ GOIG MARTÍNEZ, J. M., "La interpretación constitucional (...), *op. cit.*, pág. 275.

¹⁰⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 9 de octubre de 1979.



serie de posibles interpretaciones que hacen aparecer a la elegida como la "pertinente"¹⁰⁹, lo que tiene como consecuencia que se pueden recurrir a valores o fuentes que no están expresamente dispuestas en la norma fundamental tales como las valoraciones sociales, culturales y políticas, efectuando una interpretación axiológica que alinee al Derecho y a la sociedad. Todos estos elementos axiológicos han de ser conformes al texto constitucional para no permitir la posibilidad de una hipotética arbitrariedad. En el caso de que la interpretación fuera en contra de los valores o principios de la Constitución no hablaríamos de la necesidad de interpretar una norma sino de una reforma constitucional.

Nuestro Tribunal Constitucional ha determinado que *la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo, son lo que no debemos cerrar el paso a las opciones o variantes, imponiendo una de ellas.¹¹⁰ Porque no podemos olvidar que la Constitución no es un cuerpo dogmático cerrado, que actúa como una verdad única sobre todo el Ordenamiento jurídico y los operadores jurídicos, sino que es el resultado de un proceso de conciliación de intereses que se desarrolla y se extiende para renovar, de manera constante esa conciliación y pacificación social.¹¹¹*

¹⁰⁹ LARENZ, *Metodología (...)*. *Op cit.*, pág. 192.

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril.

¹¹¹ BALAGUER CALLEJÓN, F., *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*. Tecnos, Madrid, 1997, pág. 24.

En consecuencia, la necesidad del empleo de criterios extra-positivos en las normas jurídicas, no sólo se encuentra en la teoría suarista de la interpretación de las normas como un *deber ser*, y una cuestión doctrinal, se pone de manifiesto por ejemplo, en los fallos de los jueces o la doctrina, quienes no pueden estar ajenos a la realidad extra-positiva a la hora de interpretar un texto normativo. Pero donde puede observarse esta necesidad interpretativa con mayor evidencia es en el Tribunal Constitucional como intérprete de la norma suprema de un Estado, desarrollando los preceptos constitucionales y haciéndolos evolucionar para adaptar las normas de derecho escrito a la realidad social y momento en que se aplican. De esta manera, el intérprete revive una norma jurídica cada vez que la interpreta y desarrolla sus principios acabando con la rigidez del Derecho escrito. Podemos decir que el Tribunal Constitucional es un creador de Derecho, que puede crearlo y hacerlo acorde a las nuevas realidades sin salirse del propio texto, porque extrae su sentido conforme al momento en que se aplica, teniendo en cuenta todos los factores que explicamos anteriormente. Por lo tanto, abogamos aquí por una interpretación razonable, dentro de los marcos establecidos dentro del texto constitucional.

V. LOS LÍMITES DEL SILOGISMO.

En el siglo XIX y XX el Derecho cambió de forma radical. Algunos ejemplos son las nuevas disciplinas del Derecho como el Derecho del trabajo, el Derecho financiero, el Derecho constitucional; la evolución del Derecho privado que en el XIX era individualista a un Derecho de cooperación y más social (ya sea por cambios legislativos o por evolución jurisprudencia), e incluso la crisis de la época presente. En el siglo XX se han producido grandes transformaciones económicas,

el auge de la cuestión social, la ruptura de la unidad de la cultura, el cuestionamiento sobre el poder y la organización social... y han aparecido nuevas escuelas y reaparecido otras que se replantean las cuestiones jurídicas fundamentales. En la actualidad vivimos un auge del positivismo legalista y sufrimos un abuso de la llamada motorización legislativa.

Y es que el Derecho siempre evoluciona por detrás de la sociedad, de tal manera que *Las causas que provocan la crisis de la sociedad han de ser, a la vez, lógicamente, factores determinantes de la crisis del Derecho. Y no cabe duda de que lo son.*¹¹²

No obstante, hay que tener en cuenta que cuando nos referimos aquí a una crisis en el Derecho, no hablamos de una posible desaparición del mismo, sino una grave crisis de su técnica y de su metodología, cuestionando las normas, instituciones y sistemas, siendo además esta crisis tal como dice Castán "*un reflejo de la crisis general que afecta a la sociedad contemporánea.*"¹¹³ De hecho, en los períodos de fuerte cambio, la realidad supera en sus cambios y modificaciones a gran cantidad de normas jurídicas vigentes, así como las previsiones que pudieran tener.

Durante todos estos años de crisis del Derecho, se han acentuado todas aquellas tesis y doctrinas que defienden el positivismo legalista, es decir, que toda la ley es Derecho y todo el Derecho es ley, lo que tiene

¹¹² CASTÁN TOBEÑAS J., "*Crisis Mundial y Crisis del Derecho*", Apertura de los tribunales de 15 de noviembre de 1960, pág. 82

¹¹³ CASTÁN TOBEÑAS. "*Crisis Mundial (...) op. cit.*", pág. 45

como consecuencia en la interpretación del Derecho¹¹⁴ la consideración de la función del intérprete como mero operador lógico, como un simple aplicador de silogismos. No obstante, muchas escuelas y juristas han sostenido que el Derecho no es sólo lógica ni debe serlo. El Derecho tradicional y las nuevas normas jurídicas no deben de entenderse como el resultado sólo de un proceso deductivo. De hecho, el intérprete *se inspira en valores que son diferentes de la corrección lógica formal* porque parece claro que *la deducción lógica tradicional hace quiebra en el reino del Derecho*.¹¹⁵

Las escuelas defensoras de la función silogística como canon interpretativo (tales como la escuela de la exégesis) proporcionan una visión simplista del Derecho, que entendía que la función del intérprete está limitada a lo siguiente: *"para que cada caso controvertido que pudiese surgir había una regla fija y cierta contenida en la ley; suponía demás, que todo caso es claro y carece de cualquier ambigüedad. Entonces, se creía simplistamente que la función del juez quedaba reducida a formular un silogismo: subsumía los hechos del caso planteado (premisa menor) bajo los preceptos legislativos (premisa mayor)"*¹¹⁶ para luego llegar a una conclusión. Cuando empleamos la lógica tradicional para la interpretación de las normas, observamos estas dos consecuencias: I) que el fetichismo que algunas veces invade a los lógicos cartesianos que emplean la norma abstracta y genérica

¹¹⁴ Recordamos que consideramos interpretación como la suma de la hermenéutica y la aplicación.

¹¹⁵ RECASENS SICHES, L., *Nueva Filosofía "...". Op. cit.*, págs. 26-27

¹¹⁶ RECASENS SICHES, L., *Nueva Filosofía "...". Op. cit.*, pág. 176.

stricto sensu impide acudir al caso concreto e individualizar la norma. No sirve pues para resolver el caso, para concretar lo justo y II) que la lógica tradicional resulta fantástica para trabajar con entes abstractos, filosóficos y científicos, pero no sirve para lo humano, lo cultural o filosófico. La una es descriptiva, la otra normativa. Una busca la certeza, la otra la comprensión por emplear la terminología de los neokantianos.

Como ya hemos demostrado en las tesis anteriores, la ofensiva contra la lógica deductiva y el positivismo, el debate sobre la interpretación y sobre todo la defensa de la necesidad de emplear criterios extra-positivos en la hermenéutica jurídica no es una cuestión reciente, aunque, en la actualidad, este es un tema muy conflictivo que anteriormente no había tenido tanta relevancia. Nos alejamos aquí del *ingenuo ideal positivista*¹¹⁷ para el cual la decisión del intérprete equivaldría a una conclusión lógica independiente de factores como la voluntad, el cálculo sobre las consecuencias morales y políticas de la decisión, el contexto cultural... etc.

El juez no puede ser un aplicador frío de la letra de la ley, pues, bajo el impacto de circunstancias no previstas por el legislador hay que ver en la ley no una letra muerta, sino un tejido vivo, capaz de reacciones nuevas ante nuevas situaciones.¹¹⁸

Autores como Ihering han defendido que de la misma manera que un médico no prescribe la misma medicina a todos los enfermos, sino que ajusta una receta a cada

¹¹⁷ PRIETO SANCHÍS, L., "Notas sobre (...), *op. cit.*, pág. 178.

¹¹⁸ GOIG MARTÍNEZ, J. M., "La interpretación constitucional (...), *op. cit.*, pág. 291.

uno de sus pacientes, el Derecho no puede regular todo igual en todos los casos, sino que debe adaptarse a la situación concreta del caso particular. Otros, como el Juez Holmes consideraban que el Derecho no es una cuestión de lógica sino de experiencia, debiendo tener en cuenta las necesidades de cada época, la política, la moral... siendo el Derecho un conflicto entre la lógica (como deducción de lo general) y el buen sentido. Para Ehrlich la vida es mucho más rica que los conceptos jurídicos y los supuestos de hecho. Los intereses de la realidad y la sociedad presentan tantas variables que ninguna norma jurídica podría nunca expresar. Para Pound, máximo representante de la Jurisprudencia Sociológica es necesario acudir a criterios axiológicos tanto en la función legislativa como en la judicial, debiendo hallar métodos adecuados de interpretación (preocupándose sobre todo por alcanzar sentencias justas). El Derecho si bien tiene estructura lógica, es un instrumento para la vida social. Merece especial mención el movimiento realista, quien *ha llevado a cabo la más demoledora crítica de la concepción mecánica de la función judicial como un silogismo*¹¹⁹, formado por todos aquellos que buscan el Derecho real y consideran que el Derecho sólo es Derecho cuando se aplica, siempre en base a intuiciones de justicia, el Derecho se convierten Derecho tras la decisión del Juez.

Todas estas concepciones coinciden, de una forma o de otra, con la mayor parte de las tesis suaristas, en la medida en que defienden, entre otros lo siguientes puntos:

- I. Que la ley se ha de aplicar a un caso concreto. La

¹¹⁹ RECASENS SICHES, L., *Nueva Filosofía "...". op. cit.*, pág. 94.



- ley tiene una verdad para el caso concreto a la que se aplica y hay que descubrirla.
- II. Se acercan a Suárez en la medida en que emplean criterios extra-positivos y axiológicos en la interpretación de las normas. Muchos hablan de la estimación de lo justo y equitativo del intérprete u órgano jurisdiccional.
 - III. Además, todos ellos emplean los referentes extra-positivos siguientes, visionados previamente por Suárez, si bien es cierto que unos hacen mayor hincapié en unos que en otros: los intereses, la convicción social predominante, la necesidad social, la realidad económica, la jurisprudencia... En concreto Suárez parte de un Derecho natural católico.
 - IV. Reconocen la mutabilidad del Derecho positivo y la motorización legislativa.

El Juez Magnaud, conocido como “el buen Juez”, entendía que había que interpretar las leyes de forma humana, guiándose por principios como la solidaridad. En ocasiones este Juez se saltaba abiertamente los preceptos del Derecho positivo para alcanzar lo que él consideraba la Justicia en el caso particular. Esto no implica en ningún caso que defendamos aquí la violación constante e impertinente del Derecho positivo, pero puso de manifiesto mucho de los problemas de la interpretación de las normas y sobre todo actuó como un auténtico denunciante de los límites del silogismo.

Cuando nos damos cuenta de que para obtener el resultado justo en el caso particular la lógica tradicional y sus métodos no son capaces, y además no nos ayudan para resolver un problema jurídico no se debe proponer la arbitrariedad, sino una nueva forma de razonar que supere los límites del razonamiento silogístico. Aquí es fundamental el Juez Holmes, para

quien como decíamos anteriormente la vida no es lógica sino experiencia, y por ello todos los factores extra-positivos que rodean la norma han tenido mucha más importancia en la determinación de las normas que los silogismos. Holmes descubre como en el Derecho que evoluciona y sobre todo cuando se individualiza entran en juego muchas más razones y razonamientos que el mero silogismo. Se razona de una forma diferente a la matemática, que el Juez Holmes denomina *buen sentido*. Otros autores como Recasens Siches lo llamarán *logos de lo razonable*. Pero en cualquier caso se propugna una nueva forma de razonar que tenga en cuenta los límites del razonamiento matemático y ponga de manifiesto y tenga en cuenta en la individualización de las normas jurídicas elementos extra-positivos hermenéuticamente relevantes.

Esto no quiere decir en ningún caso que se esté dejando vía libre al quebrantamiento y vulneración del Derecho positivo, sino a conocer la interpretación correcta en cada caso particular. Los juristas han de comprender que el Derecho no es sólo cuestión de lógica ni debe serlo. La norma positiva como Derecho no debe entenderse sólo como un conjunto de palabras o como conceptos y abstracciones, sino es mucho más.

Todas estas teorías, que podemos englobar como realistas, sociologicistas o utilitaristas muestran de manera incuestionable todos los límites del positivismo extremo y, sobre todo, de los problemas que conlleva entender el Derecho única y exclusivamente con una función silogística. No obstante, no debemos abandonarnos a ellas y avanzar al extremo contrario, cayendo en un sociologicismo contrario a la seguridad jurídica. La interpretación ha de ser razonable, siguiendo la idea de que ha de ser *prudente* en el

sentido clásico, que coincide en rasgos generales con la *prudencia* suarista que estudiamos anteriormente.

Además, cuando la sociedad evoluciona nos damos cuenta que gran cantidad de las sistematizaciones del Derecho positivo quedan destrozadas por los nuevos tiempos o simplemente obsoletas. Si pretendemos trabajar con unas sistematizaciones imperfectas, en ocasiones atrasadas a los nuevos tiempos y la ofrecemos una metodología de trabajo basada en el silogismo, no sólo no encontraremos la interpretación, como diría Cicerón correcta, sino que estaremos separando la realidad de lo jurídico, cuando lo jurídico debe estar subordinado a la realidad. Hay que lograr fusionar adecuadamente el derecho positivo y el texto legal con su significación concreta y correcta para los nuevos hechos y nuevos tiempos. Por lo tanto, hay que efectuar una interpretación si no evolutiva coherente a la vida en que se desenvuelve. El Derecho nace de la vida humana, de la sociedad y es por ello por lo que jamás debe desligarse de ella. Si el Derecho busca la justicia, ahora más que nunca es necesario propugnar un nuevo camino que defienda un desenvolvimiento del Derecho conforme a la realidad social. Ni las teorías del *ius strictum* ni la motorización legislativa han sido capaces de solucionar estos problemas.

La lucha entre lo puramente racional y lo que podríamos llamar razonabilidad es un problema tan antiguo casi como el Derecho mismo. En el Digesto nos podíamos encontrar con un texto de Ulpiano que recordaba que la Ley de las XII Tablas concedía una acción noxal (una acción de responsabilidad) si "*quadrupes pauperismo fecisse*". Es decir, *grosso modo* se concede una acción de responsabilidad civil por los daños causados por cuadrúpedos. En una ocasión llegaron a Roma unas avestruces africanas que

causaron gravísimos daños a su paso, y Paulo dijo que *haec actio competir et si non quadrupes sed aliad animal pauperiem facit*. Es decir, que los avestruces son cuadrúpedos a efectos de la acción noxal. Y es que Ulpiano empleó otros criterios aparte de los meramente positivos para crear esa doctrina.

Si estuviéramos operando con verdades de razón pura, como pueden serlo fórmulas matemáticas, debemos de tratarlas con las metodologías de la lógica pura. Si operamos con el Derecho natural, basado en principios válidos a *priori*, universales y necesarios podemos emplear esta metodología y forma de abstracción. Ahora bien cuando hablamos de normas de Derecho positivo, hablamos de la vida, de la regulación de la vida y de hechos de la realidad fáctica, por lo que no podemos operar con ellas. Hay que atender a muchas más variables y criterios de interpretación extra-positivos y axiológicos para individualizar correctamente las normas.

VI. CONCLUSIONES

Interpretar no es otra cosa que conocer y comprender el sentido verdadero de la norma en el caso concreto al que queremos aplicarla. En estas situaciones el intérprete no debe olvidar que el Derecho se refiere a la vida e intenta solucionar los problemas vitales a los que la realidad obliga a enfrentarse. Esta actividad lleva aparejada una gran responsabilidad, cualquiera que sea el operador jurídico que realiza la labor hermeneútica.

Una de las principales pruebas de su relevancia y su necesidad es que además de todas aquellas creaciones teóricas y descubrimientos doctrinales de técnicas interpretativas (analogía) elementos de interpretación

(elementos literal, sistemático, teleológico-objetivo, teleológico-subjetivo...) y finalidades (*voluntas legislatoris, ratio legis...*) los ordenamientos jurídicos modernos han establecido a través de políticas legislativas técnicas hermenéuticas que no hacen otra cosa que positivizar los principios descubiertos y desarrollados por los clásicos o por la Nueva Escolástica. Algunos ejemplos los encontramos en el Código Civil, Estatuto de los Trabajadores o la Ley Orgánica del Poder judicial, sin olvidar su desarrollo jurisprudencial.

Nuestro *Doctor Eximius*, autor admirado por referentes como Bossuet o Hernández-Gil y cuya obra ha influido entre otros a Descartes, Spinoza o Hume trabaja y reinventa a Santo Tomás, actuando como un mediador entre el medievo y el Racionalismo. Su concepción del Derecho le lleva a subordinar la ley escrita a principios superiores, como la Justicia. Todos estos principios estarán presentes en la interpretación de las normas y deberán vincular al intérprete. Y es que, como decíamos anteriormente, para Suárez las leyes tienen para cada caso particular un significado verdadero, que es justo, útil y razonable atendiendo a principios de Derecho natural.

Suárez es fundamental porque pone de manifiesto gran cantidad de problemas presentes en la actualidad, y que se encuentran en la ciencia jurídica desde hace mucho tiempo. Uno de ellos es la mutabilidad del Derecho. El Derecho siempre va por detrás de la evolución de la sociedad, y es por ello que tenemos que tener en cuenta que las normas en su interpretación, *deben evolucionar*. Para ello dice el *Doctor Eximius* que, entre otros sistemas, tenemos que emplear la búsqueda de la voluntad del legislador. Cuando un término es impreciso ¿qué quiso decir el legislador?,

cuando dudamos sobre el camino al que se dirige una norma ¿de verdad el legislador buscaba esa consecuencia jurídica?, pero, sobre todo, cuando los tiempos cambian y la normativa todavía no ha evolucionado con ellos, tenemos que preguntarnos, ¿cómo la aplicaría el legislador, atendiendo a su finalidad, teniendo en cuenta la nueva realidad social? Nos encontramos con referentes que nos orientan en la interpretación de la ley, pero que no pertenecen al campo del Derecho positivo, hablamos de las *circunstancias que rodean a la ley*. Como la ley positiva no deja de ser un mandato general y abstracto es necesario mitigar su rigor para lograr la justicia en un caso particular. Para aligerar ese rigor rescata de los postulados aristotélicos el concepto de *epiqueya*. Como el legislador es imposible que abarque de forma absoluta las futuras mutaciones del Derecho, con la *epiqueya* se pueda cesar la obligatoriedad de la ley en ciertos casos rodeados de circunstancias especiales. Gracias a esta forma de equidad podemos mejorar las instituciones jurídicas, acercando el Derecho a la sociedad.

Suárez, a lo largo de su obra *De Legibus* pone de manifiesto como es necesario aplicar criterios extra-positivos (la voluntad del legislador) y extra-legales (*epiqueya*) para interpretar las normas jurídicas. No obstante, aclara reiteradamente como no hay que dejarse llevar por la arbitrariedad, coincidiendo con lo que se defiende en este trabajo, una interpretación razonable de las normas jurídicas, atendiendo a la *prudencia* clásica.

Particularizando sobre la interpretación de la constitución, hay que emplear una sensibilidad valorativa especial atendiendo a todo el entorno y a su evolución. El intérprete deberá atender a lo jurídico,

político, social y cultural.

La sociedad evoluciona y el Derecho no puede quedarse atrás, produciendo una ruptura entre la norma y su adecuación al entorno. Hay que adaptar las normas jurídicas y en especial las de la Constitución a los nuevos tiempos, interpretar de forma evolutiva siempre y cuando sea desde la propia Constitución, sin dar lugar a arbitrariedades e interpretaciones irracionales o irrazonables. Las constituciones tienden a buscar la estabilidad de su sistema, así que los procesos de su reforma suelen ser complejos para favorecer su permanencia por lo que en algunos casos puede pasar que la Constitución haya de interpretarse de forma evolutiva, para evitar el riesgo de que se quede demasiado a las espaldas de la evolución social. Los principios y valores de la Constitución no sólo han de concretarse, sino que deben acomodarse a los cambios sociales. El Tribunal Constitucional actual es un creador de Derecho y un intérprete que extrae el sentido de la norma a la que se aplica, atendiendo a criterios tanto extra-positivos como extra-legales.

Entender el Derecho como un simple juego de operaciones silogísticas es una *reductio ad absurdum* que nos puede llevar a cometer graves injusticias. No resulta sorprendente ver como las tesis literalistas más extremas se identifican regímenes políticos contrarios a la libertad. La teoría del *ius strictum*, es una tesis literalista defendida por el absolutismo, quien desconfiando de juristas y funcionarios impondrá obediencia absoluta a la letra de la ley huyendo de toda interpretación. El fetichismo cartesiano en la interpretación de las normas impide acudir al caso concreto e individualizar las normas, y emplear única y exclusivamente la lógica en verdades de razón pura o abstractas resulta útil para la teoría y la doctrina, pero

no para individualizar, correctamente las normas jurídicas. El Derecho si bien es cierto tiene estructura lógica es un instrumento para guiar a la vida. Por tanto, no es cuestión baladí defender una hermenéutica jurídica guiada por la razonabilidad y atendiendo a los elementos que hemos expuesto en este trabajo para evitar que una interpretación literalista desemboque en aplicaciones injustas de la ley.

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. FUENTES PRIMARIAS

- SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber I: de lege in communi eisque naura, causis et effectibus*, 1º Edición, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1971.
- SUÁREZ, F., "*Tractatus de legibus ac deo legislatore. Liber VI: De interpretatione, cessatione et mutatione legis humanae*", 1º Edición, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2012.

2. FUENTES SECUNDARIAS Y TERCARIAS

- BALAGUER CALLEJÓN, F., *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*. Tecnos, Madrid, 1997.
- BAUMAN, Z. *Tiempos líquidos*. Tusquets editores, España, 2007.
- CAMISÓN YAGÜE, J. A. "La polémica Kelsen-Schmitt sobre quién debe ser el "defensor de la constitución", Anuario de la Facultad de Derecho, 2011, págs. 129-149.



- CASTÁN TOBEÑAS, J., *"La actividad modificativa o correctora en la interpretación del Derecho"*. Conferencia dada por el Excmo. Sr. D. Jose Castán Tobeñas en el paraninfo de la Universidad de Murcia, Murcia, 29 de mayo de 1946.
- CASTÁN TOBEÑAS J., *"Crisis Mundial y Crisis del Derecho"*, Apertura de los tribunales de 15 de noviembre de 1960,
- CAPITÁNT, H., *Vocabulario Jurídico*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1930.
- CHIASSONI, P., "Entre formalismo y theological Reading: Garzón Valdés, Francisco Suárez y la Interpretación de la ley", *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2007, págs. 79-87.
- COPLESTON, F., *Historia de la Filosofía 3: de Ockham a Suárez*, 6º Edición, Ariel Filosofía, Barcelona, 2007.
- DIGESTO.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España. Libro Preliminar*, 2º Edición, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1949.
- DE CHURRUCA, J., *Introducción histórica al Derecho romano*, 5º Edición, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989.
- DÍEZ PICAZO, L., *"La interpretación de la Ley"*, Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Valencia, 1981.
- ELORDUY, E., "La epiqueya en la sociedad cambiante, teoría de Suárez", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1967, págs. 229-254.

- ESCUDERO, J. A., *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas.*, 2º Edición, Edición privada, Madrid, 1986.
- GADAMER, H.G., *Verdad y método*, ED. Sígueme, Salamanca, 1984.
- G. FAGGIN; S. VANNI-ROVIGHI; DI NAPOLI; GIACON., *Historia de la Filosofía I.* 1º Edición, Ediciones Rialp, Madrid, 1965.
- GOIG MARTÍNEZ, J. M., "La interpretación constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional." *Revista de Derecho UNED*, 2013, págs. 257-292.
- HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología del Derecho*, 1º Edición, *Revista de Derecho privado*, Madrid, 1945.
- HIRSCH, J., *Historia de la Filosofía. Tomo I. Antigüedad, Edad Media, Renacimiento*, 7º Edición, Editorial Herder, Barcelona, 1975.
- IGLESIAS, J., *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, 6º Edición, Ediciones Ariel, Barcelona, 1972.
- KELSEN, H., SCHMITT, K., *La polémica Schmitt / Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la Constitución vs. ¿quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Editorial Tecnos, España, 2009.
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 4º Edición, Ariel Derecho, Barcelona, 2010.
- MARTINEZ MUÑOZ, J. A., *El conocimiento jurídico*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho,

Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2005.

- MERCEDES BERGADÁ, M., "El aporte de Francisco Suárez a la Filosofía Moderna", *Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía*, 1949. págs. 1921-1923.

- RODRIGUEZ MOLINERO, M. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. 4º Edición. Librería Cervantes, España, 2001.

- OLLERO, A., *El Derecho en Teoría*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007.

- PETIT, E., *Tratado elemental de Derecho Romano*, Traducido de la 9º edición francesa, Ed. Saturnino Calleja, Madrid, 1926.

- PRIETO SANCHÍS, L., "Notas sobre la interpretación constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991, págs. 175-198.

- RECASENS SICHES, L., *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1973.

- RODRIGUEZ MOLINERO, M. *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 4º Edición, Librería Cervantes, España, 2001.

- RUIZ MIGUEL, A. *Una filosofía del derecho en modelos históricos*, 2º edición, Trotta, España, 2009.

-SALVADOR GUANDIQUE, J. "Noción de ley. Doctrina de Francisco Suárez", *Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía*, 1949, págs. 434-477.

- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Compendio de Historia del Derecho*, 1º Edición, Ed. Manuales Jurídicos

Dykinson, Madrid, 2009.

- VARGAS LLOSA, M. *La ciudad y los perros*. Alfaguara, España, 2012.

3. DERECHO POSITIVO

-Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

-Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

-Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

-Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

4. JURISPRUDENCIA

-Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril.

-Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 9 de octubre de 1979.

-Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 171/2006 de 1 marzo. RJ 2006\725

-Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia de 12 junio 1990. RJ 1990\4758

-Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª). Sentencia de 19 diciembre 2013. RJ 2013\8220.

" LA CLÁUSULA DE REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA "

D^a. Mónica de la Cuerda Martín

Graduado en Derecho – UCLM

Trabajo de Fin de Grado, Julio de 2015

Dirigido por el Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo

RESUMEN

En primer lugar se hace preciso mencionar que en éste ámbito de la regularización tributaria entran en interconexión, de forma clara, dos de las ramas del derecho con más transcendencia, como son el derecho administrativo-tributario y el derecho penal, pues las también denominadas comúnmente amnistías fiscales, son otorgadas en la primera de las ramas, pero surten efectos en la segunda.

Es de destacar que debemos entender a la cláusula objeto de análisis como una excusa absolutoria de levantamiento de la pena, lo que nos lleva a considerar que una actividad delictiva como es el fraude fiscal no sea objeto de reproche penal en virtud de la realización una conducta post-delictiva consistente, en

la declaración a la Administración Pública de los datos previamente falseados u omitidos, y en el abono de la deuda tributaria. No obstante, dicha conducta post-delictiva debe de tener lugar antes de que concurra alguna de las causas de bloqueo, pues éstas son básicamente límites temporales que impiden la ineficacia de la regularización.

Ello viene a poner de manifiesto la prácticamente ausencia de motivos de política criminal, en general, en la regulación jurídica del delito fiscal, y en particular en la cláusula de regularización tributaria, pues éstos han vencido a favor de motivos de política tributaria manifestados en el afán recaudatorio del Erario Público, cuestión que es puesta de manifiesto en el RDL 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público.

ABSTRACT

First of all it is necessary to note that in this context of tax regulation, two branches of law of greater significance such as administrative-tax law and criminal law, and also referred to as commonly fiscal amnesty are clearly interconnected and, are issued in the first branch, but takes effect in the second one.

It should be noted that we understand the term object to analysis not as a non guilty verdict for the removal of punishment; this means a criminal misconduct, such as tax fraud, might not be subject to criminal punishment in those cases where the tax payer reports falsified information or information which has not been included and proceeds payment of tax liability. However, this criminal offence would have to be committed before any of the causes of blockage

foreseen in art. 305.4 CP, well these are time limits that prevents the inefficiency of tax adjustment.

This comes to reveal the virtual absence of criminal policy motives, altogether, in the legal regulation of tax fraud, particularly in tax adjustment term, as this has expired in favour of tax policy purposes manifested in the collection zeal of public funds, issue which is shown in RDL 12/2012 (royal decree law 12/2012) of March 30th, for which various adaptive tax an administrative measures were introduced and directed towards public deficit reduction.

PALABRAS CLAVE:

Regularización tributaria, excusa absolutoria de levantamiento de la pena, requisitos positivos, causas de bloqueo, política-tributaria, política-criminal.

KEYWORDS:

Tax adjustment term, guilty verdict for the removal punishment, positive requirements, causes of bloquage, tax policy, and criminal policy.

SUMARIO:

I-. INTRODUCCIÓN.

II-. ORIGEN DE LA CLÁUSULA DE REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1-. LA CLAUSULA DE REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA EN EL DERECHO COMPARADO.

1.1-. Derecho austriaco.

1.2-. Derecho alemán.

1.3-. Derecho suizo.

III-. NATURALEZA JURÍDICA Y FUNDAMENTO DE LA CLÁUSULA DE REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA.

1-. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CLÁUSULA DE REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA.

1.1-. Teoría I: La ausencia de regularización como un elemento negativo del tipo penal.

1.2-. Teoría II: La regularización tributaria como causa de justificación.

1.3-. Teoría III: La regularización excluye la tipicidad de la conducta fiscal.

1.4-. Teoría IV. Posición doctrinal dominante: La regularización tributaria como excusa absolutoria de levantamiento de la pena.

1.4.1-. *¿Se ha producido un cambio en la naturaleza de la regularización tributaria debido a la entrada en vigor de la LO 7/2012?*

1.4.2-. *¿Es posible la extensión a terceros partícipes de la regularización tributaria como excusa absolutoria personal de levantamiento de la pena?*

2-. FUNDAMENTO DE LA REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA.

IV-. REQUISITOS DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA.

1-. REQUISITOS POSITIVOS: NECESIDAD DE PAGO Y PRESENTACIÓN DE DECLARACIONES.

1.1-. Comunicación a la Administración Pública de los datos falseados u omitidos.

1.2-. Ingreso o pago de la deuda.

1.2.1-. *Ingreso o pago de la deuda como requisito no necesario.*

1.2.2-. *Ingreso o pago de la deuda como requisito necesario.*

1.2.2.1-. *Momento de pago y posibilidad de fraccionamiento o aplazamiento del pago.*

2-. REQUISITOS NEGATIVOS: LAS CAUSAS DE BLOQUEO.

2.1-. Notificación del inicio de las actuaciones de comprobación o investigación de la Administración Tributaria.

2.1.1-. Aspectos relativos a la notificación.

2.1.1.1-. Formalidades de la notificación.

2.1.1.2-. ¿Se puede considerar como acto de notificación la comparecencia de un funcionario o autoridad financiera para proceder, en términos generales, a la inspección?

2.1.1.3-. Alcance de la notificación.

2.1.2-. Actuaciones de investigación o comprobación de la Administración Tributaria.

2.1.2.1-. Delimitación del concepto de inspección, investigación y comprobación.

2.1.2.2-. Actuaciones de comprobación e investigación como causas de bloqueo en el delito de fraude fiscal.

2.2-. Interposición de querrela o denuncia contra el obligado tributario por parte del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonomía, foral o local de que se trate.

2.2.1-. Posición doctrinal I: No es necesario que el obligado conozca formalmente la interposición de la denuncia o querrela.

2.2.2-. Posición doctrinal II: Sí es necesario que el obligado tributario conozca formalmente la interposición de la denuncia o querrela.

2.3-. Conocimiento formal por parte del obligado tributario de la iniciación de actuaciones por el MF o por el Juez de instrucción.

V-. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA.

1-. ESPECIAL MENCIÓN AL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADO CONTRA EL RDL 12/2012, DE 30 DE MARZO, POR EL QUE SE INTRODUCEN DIVERSAS MEDIDAS TRIBUTARIAS Y ADMINISTRATIVAS DIRIGIDAS A LA REDUCCIÓN DEL

DÉFICIT PÚBLICO. TAMBIÉN CONOCIDO COMO "AMNISTÍA FISCAL".

1.1-. Análisis jurídico de los posibles motivos de inconstitucionalidad del RDL 12/2012.

1.1.1-. *¿Es el RDL el modo más adecuado de regular este controvertido aspecto?*

1.1.2-. *Análisis de la constitucionalidad de este RDL 12/2012 desde la perspectiva de los principios de igualdad y de justicia tributaria.*

1.2.3-. *Afectación del CP por el RDL 12/2012.*

VI-. MOTIVOS DE POLÍTICA CRIMINAL.

1-. ¿HAY REALMENTE EN LOS DELITOS FISCALES NECESIDAD Y MERECIMIENTO DE PENA?

2-. POLÍTICA CRIMINAL Y REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA; ¿MOTIVOS PENALES O MOTIVOS TRIBUTARIOS?

2.1-. Evolución de la política criminal en el delito de defraudación a la Hacienda Pública.

VII-. CONCLUSIONES.

VIII-. BIBLIOGRAFÍA.

I-. INTRODUCCIÓN

En primer lugar se hace preciso destacar, en aras de garantizar una mejor comprensión, que éste artículo constituye el segundo capítulo de mi Trabajo de Fin de Grado, cuya primera parte ya fue publicada en el anterior número de ésta revista, y en él abordo toda la problemática jurídica que rodea al apartado 4 del art. 305 CP dónde se encuentra recogida la cláusula en cuestión.

La cláusula de regularización tributaria es comúnmente conocida bajo la denominación de "amnistía fiscal", y ha resultado ser una de las figuras

jurídicas más controvertidas de los últimos tiempos debido a la importancia que posee para el Erario Público, y es que sucede que la principal función que desempeña ésta cláusula es permitir a los contribuyentes que no hubieran cumplido fielmente con sus obligaciones para con el fisco, y que por ende hubieran cometido un delito fiscal, ponerse al corriente de las mismas sin sanción penal, siempre y cuando concurren una serie de requisitos tanto positivos como negativos, que a lo largo de éste trabajo analizaré.

En todo caso, de un análisis conjunto del RDL 12/2012 y del art. 305.4 CP al que se le dio una nueva redacción mediante la LO 7/2012 de 27 de diciembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal, podemos extraer que lo que se produce en éstos casos, es decir, cuando la cláusula de regularización tributaria despliega toda su efectividad, es una anulación retroactiva de la punibilidad ya nacida gracias a la realización de un comportamiento post-delictivo, que impide la imposición de la sanción penal. En otras palabras, el autor de un delito fiscal no será castigado por la comisión del mismo en aquellos casos en los que después de la consumación del delito y antes de que se den las causas de bloqueo, comunique la Administración Pública de una forma clara, íntegra, plena y veraz la existencia de la deuda, y seguidamente proceda a su ingreso.

Esta cuestión ha generado un intenso debate, no solo doctrinal, sino también social, pues no parece estar clara la justificación de la necesidad de esta medida, máxime cuando han primado en su regulación penal motivos de política tributaria en detrimento de una

justificación político-criminal, relativa a la necesidad u oportunidad de la sanción penal.

Teniendo todo esto en cuenta, procedo a realizar un exhaustivo análisis de ésta cláusula.

II-. ORIGEN DE LA CLÁUSULA DE REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Las primeras manifestaciones de la cláusula de regularización tributaria las encontramos en el plano del derecho administrativo, así el art. 61.2 LGT establecía la posibilidad de que el contribuyente, mediante declaraciones complementarias, regularizara su situación tributaria.

No obstante, dicha cláusula de regularización tributaria entró a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico-penal al quedar recogida en el antiguo art. 349 CP, debido a una reforma que dicho cuerpo legal sufrió mediante la LO 6/1995¹²⁰, de 29 de junio, que modificó los arts. 349 y ss. del CP del 1973.

El motivo fundamental por el cual tuvo lugar la introducción en el ámbito penal de la cláusula de regularización tributaria, lo encontramos nuevamente en el plano del derecho administrativo-tributario, en concreto, debemos de dirigirnos a las DA 13 y 14 de la ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF, ya que estas DA fueron las encargadas de modificar el antes

¹²⁰ Esta LO 6/1995, de 29 de junio, se adelantó a la reforma que el CP sufriría meses más tarde, concretamente en el mes de noviembre mediante la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

mencionado art. 61.2 LGT, y en las cuales se establecía la posibilidad de regularizar tributariamente los activos financieros que previamente hubieran sido canjeados¹²¹.

El contenido de estas DA ha tenido una finalidad común de naturaleza preferentemente económica; pues tal y como ha interpretado en una línea constante el Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC), *“La ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF, en sus DA 13º y 14º, contiene medidas excepcionales para la afloración de patrimonios que permanecían sumergidos por razones fiscales, y para la puesta en orden, en general, de situaciones tributarias de los sujetos pasivos”*. No obstante, es de destacar, que a pesar de que los efectos económicos de estas medidas no se hicieron esperar, estos se vieron parados en seco, fundamentalmente por dos resoluciones judiciales¹²²

¹²¹ En lo que se refiere a la regularización tributaria, esta DA 14º establecía lo siguiente: *“Hasta el 31 de diciembre de 1991 podrán realizarse, siempre que no medie requerimiento o actuación administrativa o judicial en relación con las deudas tributarias de los sujetos pasivos, declaraciones complementarias e ingresos por cualquier concepto tributario devengado con anterioridad al 1 de enero de 1990, con exclusión de las sanciones e intereses de demora que pudieran ser exigibles”*.

¹²² Estas resoluciones judiciales son: Auto de la AN de 25 de junio de 1993 y SAP de Lérida de 15 de julio de 1993 y básicamente condenaban por la comisión de un delito de fraude fiscal a quienes suscribieron deuda pública después del inicio de actuaciones inspectoras o de la apertura de diligencias penales, pues tal como dice la SAP de Lérida: *“El Derecho penal exige un rigor en la configuración de los tipos delictivos que no puede quedar difuminado o puesto en permanente cuestión por disposiciones de carácter administrativo y faltas de todo contenido penológico, que no puede pretenderse se extiendan por analogía o similitud de*

que no reconocían efectos exoneradores de la pena en el caso de que las cuantías defraudadas fueran constitutivas de delito, aunque mediara previa regularización en sede tributaria. Estas resoluciones, reavivaron el debate doctrinal acerca del alcance jurídico de la regularización, hasta el punto que un importante sector de la doctrina ha considerado que una interpretación coordinada del art. 61 LGT y de la DA 14º de la Ley 18/1991 cumpliría funciones de una verdadera excusa absolutoria, incluso con relevancia penal a efectos de eximir completamente de pena por el posible delito fiscal existente¹²³.

Todo ello provocó, un clima caracterizado por la inseguridad jurídica. Por lo que en aras de garantizar este principio constitucional recogido en el art. 9.3 CE, tuvo lugar por parte del legislador la promulgación de la LO 6/1995.

1-. LA CLÁUSULA DE REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA EN EL DERECHO COMPARADO

1.1-. Derecho austriaco

modo que vengan a formar parte integrante del CP [...] La exoneración tributaria del pago de cuotas en sede administrativa [...] en ningún caso recoge la expresa declaración de voluntad legislativa que sería imprescindible para exigir de una pena de hasta 6 años de privación de libertad”.

¹²³ IGLESIAS RIO, M A, “Capítulo segundo: Panorámica general de la autodenuncia en España y en el derecho comparado” en *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (Un análisis de la “autodenuncia”*. Art. 305.4 CP). Valencia, Tirant lo Blanch monografías, 2013, pp. 97, 99, 101-102.

Los primeros antecedentes que encontramos de esta figura en el derecho austriaco datan de 1639, y es desde este momento hasta fechas que se pueden considerar relativamente recientes, cuando el derecho austriaco ha premiado con una recompensa económica de entre el 5 y el 10% de la deuda a aquellos funcionarios o particulares que concedores de la comisión de una infracción de carácter tributario procedieran a realizar la correspondiente denuncia. Pero es más, si el denunciante era uno de los autores de la infracción, se le eximía de pena. Por lo tanto, podemos decir, que la finalidad de esta medida era fomentar la colaboración ciudadana.

Años más tarde, ya en el 1896 fue la *Personalsteugesetz* la encargada de declarar exento de pena a quien rectificase sus datos fiscales con anterioridad a la interposición de una denuncia o de la primera citación al interrogatorio del procesado, donde se pone de manifiesto, una clara ausencia del requisito de voluntariedad¹²⁴.

Finalmente, la cláusula de regularización tributaria quedará recogida en el §29 de la *Finanzstrafgesetz*¹²⁵, dónde se condiciona el levantamiento de la pena al cumplimiento de determinados requisitos, tales como;

- El contribuyente tan sólo tiene la obligación de realizar una rectificación precisa de sus datos,

¹²⁴ IGLESIAS RIO, M A, "Capítulo segundo: Panorámica general de la autodenuncia en España..." en *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (Un análisis de la "autodenuncia". Art. 305.4 CP)*, Op. Cit. pp. 105-106.

¹²⁵ Entró en vigor el día 1 de enero de 1959, momento desde el cual se encuentra vigente, pese a las modificaciones realizadas con posterioridad.

tanto si estos son incorrectos, como si directamente los ha omitido, no exigiéndose así ninguna formalidad adicional.

- En un plazo máximo de dos años, el contribuyente debe de proceder a realizar el pago de la deuda que sostiene con las arcas públicas.
- No se podrá acoger a esta causa de levantamiento de la pena, en el caso de que las autoridades tuvieran el mero conocimiento de la existencia de la defraudación.

1.2-. Derecho alemán

La cláusula de regularización tributaria o *Selbstanzeige*, ha estado presente en el ordenamiento jurídico alemán desde el año 1873, y desde este momento hasta la actualidad, ha sufrido numerosas y notables reformas¹²⁶ que poco a poco han ido configurándola. Es de destacar, que tanto la doctrina como la jurisprudencia han debatido largo y tendido sobre prácticamente todos sus aspectos, pero que tan solo en ocasiones concretas se han visto plasmados en las leyes.

Sin embargo, en el periodo comprendido entre los años 1919-1949 fue cuando quedaron consolidados prácticamente de forma definitiva, los principales requisitos de la autodenuncia alemana, y que actualmente siguen operando como condiciones

¹²⁶ Como reformas más importantes encontramos las realizadas en los años; 1919, 1931, 1939, 1949, 1951 o 1977.

objetivas de impunidad. Tales requisitos son los siguientes¹²⁷:

- Rectificación de los datos incorrectos o la comunicación de los omitidos.
- Obligación de pagar los impuestos adeudados.
- Como requisito negativo encontramos el bloqueo de la eficacia de la autodenuncia debido al inicio del proceso penal o a la denuncia presentada contra el sujeto así como el peligro de descubrimiento inminente.

Es de destacar que, la figura de la autodenuncia alemana quedó definitivamente recogida en el art. 371 de la *Abgabenordnung*¹²⁸. El cual es considerado de forma pacífica en la doctrina, como una causa de levantamiento de la pena.

Por último, es necesario mencionar que la cláusula de regularización tributaria alemana tuvo la importante función de ser el modelo a seguir por el legislador español para su configuración en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, es preciso establecer **una diferencia** en la aplicación de la autodenuncia alemana en referencia con el ordenamiento jurídico español, y es que sucede, que mientras que en nuestro país la aplicación de la regularización conlleva la impunidad no solo del delito de fraude fiscal sino también de todos aquellos que

¹²⁷ IGLESIAS RIO, M A, "Capítulo segundo: Panorámica general de la autodenuncia en España..." en *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (Un análisis de la "autodenuncia". Art. 305.4 CP)*, Op. Cit. p. 114.

¹²⁸ El *Abgabenordnung*, entró en vigor el día 1 de enero de 1977, pero fue aprobado por la ley de 16 de marzo del año 76.

sean considerados como delitos instrumentales¹²⁹ a la comisión del delito fraude fiscal. En Alemania, solo queda impune el propio delito de fraude fiscal o *Selbstanzeige*, no corriendo con la misma suerte el resto de delitos considerados como instrumentales.

1.3-. Derecho suizo

Con la finalidad de otorgar la oportunidad a los contribuyentes de regularizar su situación tributaria, el legislador suizo ha procedido a la promulgación de diferentes amnistías, siendo la más importante de todas la otorgada en enero de 1945 ya que afectó tanto el Bund como a los cantones.

El derecho suizo en esta materia no se caracteriza por ser unitario, sino por todo lo contrario, ya que existe una gran dispersión normativa. Pues, por ejemplo, mientras que en algunos sistemas cantonales la autodenuncia conduce a una exoneración obligatoria de la pena, en otros sólo permiten una atenuación facultativa de alcance discrecional¹³⁰.

Es de destacar, que mientras que en el ámbito de los **impuestos directos**, el ordenamiento suizo no concedía una impunidad total cuando el contribuyente realizaba una autodenuncia. En el caso de los **impuestos indirectos**, sucedía todo lo contrario, pues en este caso, sí que se concedía la total impunidad a quienes regularizaran su situación tributaria mediante la realización de una autodenuncia.

¹²⁹ Son delitos instrumentales, por ejemplo, el delito de falsedad documental o el delito contable.

¹³⁰ IGLESIAS RIO, M A, "Capítulo segundo: Panorámica general de la autodenuncia en España..." en *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (Un análisis de la "autodenuncia". Art. 305.4 CP)*, Op. Cit. p. 129.

Por último, merece una especial mención el Tribunal Supremo Federal, pues aunque ha aplicado en muy concretas ocasiones, ello no obsta, para hablar de la importante labor que ha desempeñado, puesto que en Suiza, ha sido fundamentalmente por la vía jurisprudencia por la que han quedado determinados los criterios de aplicación de la autodenuncia, que coinciden sustancialmente con los ya mencionados en el caso del derecho alemán.

III-. NATURALEZA JURÍDICA Y FUNDAMENTO DE LA CLÁUSULA DE REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA

1-. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CLÁUSULA DE REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA.

El debate acerca de la naturaleza jurídica de la cláusula de regularización tributaria está muy presente en la doctrina desde que esta fue introducida en el CP y aún en la actualidad continua, y es más, se ha visto acrecentado por la promulgación del Real Decreto Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público.

Son cuatro las teorías existentes en la doctrina acerca de la naturaleza jurídica de la cláusula en cuestión, y en concreto son:

- La ausencia de regularización como un elemento negativo del tipo penal.
- La regularización tributaria es una causa de justificación.

- La regularización excluye la tipicidad de la conducta fiscal
- La regularización tributaria como excusa absoluta de levantamiento de la pena.

1.1-. Teoría I: La ausencia de regularización como un elemento negativo del tipo penal

Ésta teoría fue planteada en el año 1996 por HERRERO DE EGAÑA y ESPINOSA DE LOS MONTEROS¹³¹ el cual viene a decir que sólo podrá existir elusión o evasión cuando no exista la posibilidad de realizar un cumplimiento voluntario de la deuda, ya sea este tempestivo o extemporáneo. Puesto que si finalmente el obligado tributario realiza un comportamiento extemporáneo no puede afirmarse la existencia del elemento subjetivo (ánimo de defraudar) que debe de existir para considerarse cometido este delito de fraude fiscal.

Es de destacar, que entender la regularización como un elemento negativo del tipo afecta al momento consumativo del delito y a su vez a la prescripción del ilícito.

En relación con la consumación, el profesor SANZ DIAZ-PALACIOS, dice que MUÑOZ CUESTA, ha pretendido salvar el escollo que en materia de consumación y prescripción plantea esta tesis, al dar lugar a una teoría, que SANZ DIAZ PALACIOS califica como aparatosa y que consiste en lo siguiente: "*Se deduce que la no regularización, no impedirá la*

¹³¹ HERRERO DE EGAÑA y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J M, "Estudio sobre el delito fiscal del art. 349 del Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/1995 de 29 de junio" en *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 239, 1996, p.5

*consumación delictiva quedando en suspenso esa perfección hasta tanto pueda llevarse a cabo la regularización, así podría entenderse que nace una categoría nueva en la consumación de los delitos, innovadora a todas luces y justificada por razones de política criminal*¹³².

En definitiva, esta construcción doctrinal entiende que la regularización es un elemento que niega la propia existencia del delito, siendo así que ahora la impunidad no operaría sobre la pena (conducta típica, antijurídica y culpable, pero que por razones de índole político-criminal se exime la pena, es decir, no punible), sino que la impunidad opera sobre el propio delito, de tal manera que la regularización de la situación tributaria llevada a cabo por el obligado implica aceptar que en realidad, el delito nunca se ha perfeccionado. No obstante, para que exista un delito de fraude fiscal serían necesarios dos comportamientos por parte del obligado en cuestión: En primer lugar, acreditar una defraudación superior a los 120.000 €, y en segundo lugar, que no regularice su situación tributaria¹³³.

1.2-. Teoría II: La regularización tributaria como causa de justificación

Debido al hecho de que con carácter general, lo que un sector minoritario de la doctrina considera como

¹³² SANZ DIAZ PALACIOS, J A, "3. La amnistía fiscal de 2012" en *Las amnistías fiscales en España. La "declaración tributaria especial" del año 2012 y el delito de blanqueo de capitales*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 116.

¹³³ MARTINEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DEL PRADO, I, "III. Análisis de los tipos penales" en *El autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente al blanqueo de capitales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 55.

elementos negativos del tipo, en realidad, para el sector mayoritario son causas de justificación, por lo tanto, la regularización para este sector, sería eso, una causa de justificación que implicaría la desaparición de la antijuridicidad de la conducta.

Es de destacar, que aceptar la regularización como una causa de justificación¹³⁴ implica la existencia de una lesión, al menos provisional, del bien jurídico protegido, que como especifiqué al principio de este trabajo, es el Erario Público. Dos de los más férreos defensores de esta teoría, según SANZ DIAZ-PALACIOS, son DOMINGUEZ PUNTAS y ALONSO GALLO. Y básicamente, según la misma, una conducta típica, no es ilícita porque resulta autorizada por una norma que excepcionalmente permite la realización de un hecho típico, siendo así por tanto, la conducta conforme con el ordenamiento jurídico. O lo que es lo mismo, la lesión provisional del bien jurídico protegido no se ha materializado gracias a la regularización,

¹³⁴ Las causas de justificación se definen como aquellas circunstancias bajo las cuales se alza la prohibición personal de la conducta. Son condiciones que hacen que una conducta deje de ser contraria a Derecho por realizarse bajo hipótesis que excluyen la prohibición. Si el sujeto actúa bajo esos supuestos su conducta carece de toda responsabilidad penal y realiza un hecho que el Ordenamiento jurídico no desapruueba. Es de destacar, que las causas de justificación son casos tasados que el legislador somete a férreas condiciones para su estimación. (MATALLANES RODRIGUEZ, N, "Las causas de justificación" en DEMTRIO CRESPO, E. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo II. Teoría del delito*. Madrid, Iustel, 2011, p. 241.

puesto que esta ha hecho desaparecer el injusto y la antijuridicidad o ilicitud del hecho¹³⁵.

No obstante, como principal argumento en contra de la aceptación de esta tesis encontramos la necesidad que las causas de justificación estén presentes en el momento en el que tiene lugar la consumación del hecho delictivo, es decir, cuando se produce el efectivo perjuicio al patrimonio público, y ello no sucede en el caso de la regularización tributaria, pues esta tiene lugar, con posterioridad a la causación de tal perjuicio.

1.3-. Teoría III: La regularización excluye la tipicidad de la conducta fiscal

Esta teoría parte de entender el delito fiscal como un ilícito consistente en la infracción de un deber¹³⁶, en concreto de un deber de carácter tributario que como tal queda establecido en el ordenamiento tributario. Por lo tanto, el delito de fraude fiscal se entendería cometido cuando el obligado tributario, que es quien

¹³⁵SANZ DIAZ PALACIOS, J A, "3. La amnistía fiscal de 2012" en *Las amnistías fiscales en España. La "declaración tributaria especial" del año 2012 y el delito de blanqueo de capitales*, Op. Cit. p. 119.

¹³⁶ Esta teoría del delito como infracción de un deber, surge como oposición a la doctrina liberal del derecho protector de bienes jurídicos. Y se centra en el hecho de que el delito debe de establecerse en función del desvalor de la acción y no del desvalor del resultado. De tal manera que en los delitos de infracción del deber, los tipos solo pueden ser lesionados por quienes ostentan un deber especial cuyo origen, a pesar de encontrarse situado fuera del derecho penal, está manifestado en el tipo. (MARTINEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DEL PRADO, I, "III. Análisis de los tipos penales" en *El autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente al blanqueo de capitales*, Op. Cit. p. 61).

ostenta el deber concreto de tributar, realiza un incumplimiento en los términos del art. 305 CP¹³⁷.

En este punto, destaca la STS 801/2008, de 26 de noviembre que dice: "*Cabe concluir, la ocultación del hecho imponible o la minoración falsaria del mismo, constituye una conducta defraudatoria en tanto en cuanto implica una infracción del deber mediante una actuación de ocultación de la realidad en que el deber se basa o se origina*".

1.4-. Teoría IV. Posición doctrinal dominante: La regularización tributaria como excusa absolutoria de levantamiento de la pena

Inicialmente y situándonos en momentos de la vigencia del CP de 1973 dónde el delito de fraude fiscal se encontraba recogido en el art. 349 CP, un sector de la doctrina según MORALES PRATS, representado por PEREZ ROYO y FERREIRO LAPATZA consideró a la regularización fiscal como una **excusa absolutoria implícita**, ya que partían de la aceptación de este art. 349 CP como una ley penal en blanco cuya interpretación y análisis debía entrar en conjunción con lo dispuesto en el art. 61.2 LGT, el cual, por medio de la realización de declaraciones complementarias permitía que los obligados tributarios cumplieran, de forma espontánea y fuera de plazo, sus obligaciones con el fisco. De tal manera, que si la conducta de los obligados tributarios carecía de consecuencias sancionadoras en el ámbito administrativo, estos mismos efectos deberían reconocerse en la órbita penal en aquellos casos en los que el pago eludido reuniera los requisitos exigidos en el tipo del art. 349 CP. Por lo que, el intento interpretativo de configurar a la

¹³⁷ *Ibídem.*

regularización tributaria como una excusa absolutoria implícita se basó en entender que la declaración complementaria constituía una reparación o evitación del resultado típico¹³⁸ que enervara así al responsabilidad penal¹³⁹. Es de destacar, que esta teoría fue claramente rechazada tanto por la jurisprudencia como por el resto de la doctrina.

Sin embargo, una vez que se promulgó la Lo 6/1995, reformándose así el CP en la búsqueda de una armonización de la legislación administrativo-tributaria y quedando el delito de fraude fiscal consolidado en el art. 305 CP, la cláusula de regularización tributaria quedó constituida de forma clara como una excusa absolutoria, pues el apartado 4 del mencionado artículo establecía: "*Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a las que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que le he haya notificado [...]*" y así lo declaró la doctrina y la jurisprudencia¹⁴⁰.

Pues tal y como dicen BAJO Y BACIGALUPO, la norma contenida en el art. 305.4 exime de responsabilidad penal al sujeto que regularice su

¹³⁸ Recordar que el resultado típico es la causación de un perjuicio económico para la Hacienda Pública.

¹³⁹ MORALES PRATS, F, "Titulo XIV. Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social" en QUINTERO OLIVARES, G (Dir.) y MORALES PRATS, F (Coord.) *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2011, p. 1069

¹⁴⁰ Como ejemplos jurisprudenciales podemos mencionar los siguientes: STS de 29 de septiembre de 2000 (RJ 2000/9251), SAP de Valencia de 1 de febrero de 2000 (ARP 2000/1417) y SAP de Barcelona de 30 de junio de 2001 (JUR 2001/286884).

situación tributaria una vez consumado el delito¹⁴¹ y no solo por el delito fiscal, sino también por los delitos considerados instrumentales del primero, siempre y cuando cumpla con los requisitos legales que dicho pasaje exige.

Ello se ve avalado por la Consulta a la Fiscalía General del Estado 4/1997, de 19 de febrero, sobre la extensión a terceros partícipes de los efectos de la regularización fiscal, (en adelante Consulta FGE 4/1997) y por la Circular 2/2009, también de la Fiscalía General del Estado relativa a la interpretación del término regularizar en las excusas absolutorias previstas en los apartados 4 del art. 305 y 3 del art. 307 del Código Penal (en adelante Consulta FGE 2/2009).

Tanto la consulta como la circular de la FGE no configuran a esta excusa absolutoria como un desistimiento voluntario (tentativa inacabada) o como un arrepentimiento activo (tentativa acabada), sino que la configuran como una excusa absolutoria que "elimina" el reproche penal que una conducta merece en base a unas circunstancias que tienen lugar con posterioridad a la realización del ilícito. Es decir, la regularización actúa como un comportamiento post-delictivo positivo que no afecta ni al injusto ni a la culpabilidad.

Pero sucede, que tanto Consulta 4/1997, como la doctrina, representada por autores tales como; MARTINEZ-BUJAN, MORALES PRATS, IGLESIAS RIO, HIGUERA GUIMERA, configuran la regularización

¹⁴¹ BAJO, M y BACIGALUPO, S, "Capítulo octavo. Delitos contra la Hacienda Pública" en *Derecho penal económico*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Arces S.A, 2001.

tributaria, siguiendo en este punto a la doctrina alemana, como una **exclusa absolutoria de levantamiento de la pena** en atención a un comportamiento posterior a la comisión del delito que anula la punibilidad que en principio merecía el hecho, es decir, se produce una exoneración de carácter retroactivo de la punibilidad ya nacida¹⁴². En concreto, el obligado tributario no será castigado por la comisión de un delito de fraude fiscal en aquellos casos en los que después de la consumación del delito y antes del inicio de las actividades de inspección por parte de la Administración Tributaria, proceda a regularizar y por lo tanto, ponerse al día en el pago de sus tributos con la Hacienda Pública, pues en estos casos a pesar de haberse cometido efectivamente un ilícito penal, el legislador, por razones de política-criminal decide no imponer ninguna pena al obligado tributario o lo que es lo mismo, decide proceder a levantar la pena quedando así su conducta "impune".

1.4.1-. ¿Se ha producido un cambio en la naturaleza de la regularización tributaria debido a la entrada en vigor de la LO 7/2012?

Recordemos que la LO 7/2012, de 27 de diciembre, se encarga de modificar la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de

¹⁴² No obstante, también podemos distinguir otro tipo de excusa absolutoria en las cuales la punibilidad no llega a nacer por cuanto que desde el momento de la comisión del hecho concurre una circunstancia que excluye la pena. Se trata de excusas absolutorias que operan como "causas de exclusión" a priori de la pena en función de determinadas condiciones personales que concurren en el sujeto activo. (Fundamento tercero de la Consulta 4/1997).

transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social.

Es de destacar, que esta LO no solo da una nueva redacción al apartado 4 del art. 305¹⁴³, sino que también ha pretendido modificar la naturaleza jurídica de la regularización¹⁴⁴. Intención que se ve reflejada en el apartado segundo del preámbulo cuándo concretamente se dice lo siguiente: “[...] *En coherencia*

¹⁴³ El art. 305.4 queda configurado de la siguiente manera: *“Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración tributaria se le haya notificado el inicio de las actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que le Ministerio Fiscal o el Juez de instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de las diligencias.*

Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior resultarán aplicables cuando se satisfagan las deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.

La regularización por el obligado tributario de su situación tributaria impedirá que se le persiga por las posibles irregularidades contable u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria” .

¹⁴⁴ DIEZ LIRIOS, L C, “La naturaleza jurídica de la regularización tributaria tras la entrada en vigor de la LO 7/2012”, Revista de Jurisprudencia nº 2, septiembre 2013.



con esta nueva configuración legal de la regularización tributaria como el reverso del delito que neutraliza completamente el desvalor de la conducta y el desvalor del resultado, se considera que la regularización de la situación tributaria hace desaparecer el injusto derivado del inicial incumplimiento de la obligación tributaria y así se refleja en la nueva redacción del tipo delictivo que anuda a ese retorno a la legalidad la desaparición del reproche penal. Esta modificación se complementa con la del apartado 4 relativa a la regularización suprimiendo las menciones que la conceptuaban como una excusa absolutoria [...]"

No obstante la evidencia más clara del legislador, en lo relativo a proceder a realizar un cambio en la naturaleza jurídica de la cláusula de regularización tributaria, lo encontramos en el preámbulo del anteproyecto de reforma del CP cuando dice expresamente: *"Una primera modificación de carácter técnico es la que se prevé que la regularización de la situación tributaria pase a ser un elemento del tipo delictivo en lugar de una excusa absolutoria [...]"*

Sucede pues, que debido a las modificaciones que tuvieron lugar con respecto al texto del anteproyecto en relación con la redacción definitiva de la LO 7/2012, algunos autores consideraron que en realidad no tuvo lugar ningún cambio de naturaleza jurídica. Así, DIEZ LIRIOS argumenta que a pesar de que es criticable atribuir a la regularización la desaparición del injusto, desde una perspectiva dogmática es difícil asumir que la reparación integral del perjuicio pueda ser considerado como un supuesto de exclusión de la antijuridicidad, como si de una causa de justificación "a posteriori" se tratase, olvidando que el comportamiento antijurídico ya se ha materializado previamente a través de la defraudación inicial.

Por lo que se puede concluir, que a pesar de que el legislador ha pretendido proceder a realizar un cambio en la naturaleza jurídica de la cláusula de regularización tributaria, finalmente ello no ha sucedido, pues para que ello hubiera sido así, era necesario que en el texto legal hubiera establecido la pendencia de la consumación del delito a la posterior falta de regularización. Gozando por ende, dicha cláusula de la naturaleza jurídica de excusa absoluta y más concretamente, de excusa absoluta de levantamiento de la pena.

1.4.2-. ¿Es posible la extensión a terceros partícipes de la regularización tributaria como excusa absoluta personal de levantamiento de la pena?

Siguiendo a IGLESIAS RIO, debemos de decir que en principio, la causa personal de levantamiento de la pena **beneficia única e individualmente al sujeto concretamente afectado** (Intraneus), **y no a los partícipes**, los cuales serán responsables de su contribución al delito principal y, en su caso, de los posibles delitos instrumentales. Se habla, pues, de un efecto personal de la exención que depende del concreto comportamiento del sujeto¹⁴⁵.

Sin embargo, algunos autores tales como; MARTÍNEZ BUJÁN, MORALES PRATS, BOIX REIG y MIRA BENAVENT¹⁴⁶, quienes son tendentes a **la**

¹⁴⁵ El desarrollo de los argumentos esgrimidos por el IGLESIAS RIO, están basados en la siguiente obra: IGLESIAS RIO, M A, "Capítulo segundo: Panorámica general de la autodenuncia en España..." en *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (Un análisis de la "autodenuncia". Art. 305.4 CP)*, Op. Cit. pp. 168-177.

¹⁴⁶ Sobre este particular mirar los siguientes manuales:



ampliación del ámbito subjetivo de la autodenuncia a los partícipes. Dichos autores alegan para sostener su postura argumentos de justicia material, y entre otros destacan los siguientes:

- Si un sujeto puede participar de forma penalmente responsable en las "personalísimas e intransferibles obligaciones tributarias de otro", no hay razón para que no pueda "participar en el hecho de retorno a la legalidad de otro, ex post facto"
- Si el partícipe realiza una intervención en la comisión del delito cuantitativamente y cualitativamente menos grave que la del autor, y se permite regularizar a este último, no hay razones para que la vuelta a la legalidad no afecte también a los partícipes.

Es de destacar, que MORALES PRATS se muestra partidario de la propuesta realizada por MARTINEZ BUJÁN, según la cual será posible extender a los partícipes la excusa absolutoria en aquellos casos en los que decidan, de forma voluntaria y con independencia del comportamiento del autor, autodenunciarse. De tal manera que, el partícipe podría autodenunciarse junto

-
- MARTINEZ BUJÁN, C, *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (estudio de las modificaciones introducidas por la LO 6/1995, de 29 de junio)*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 147 y ss.
 - MORALES PRATS, F, *Comentarios al Código Penal de 1995*, QUINTERO OLIVARES y VALLE MUÑIZ (Coord.), Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 787-788
 - BOIX REIG y MIRA BENAVENT, *Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 91 y ss.

con el autor o también podría hacerlo de forma autónoma. No obstante debemos de decir, que MORALES PRATS tan solo se muestra partidario de proceder a levantar la pena a los terceros partícipes en aquellos casos en los que estos realizan una autodenuncia de manera conjunta junto con el autor del delito, ya que considera que no existe un espacio autónomo para la proyección de la excusa absolutoria "ex post" sólo sobre el partícipe¹⁴⁷.

En este ámbito relativo a la aceptación o no de la extensión de la excusa absolutoria personal de levantamiento de la pena a los partícipes en la comisión del delito, se hace necesario volver a hacer referencia a la Consulta FGE 4/1997 pues en ella no sólo se recogen argumentos similares a los ya plasmados, sino que enfoca la extensión a terceros de la excusa absolutoria en función del grado de participación que estos hubieran tenido en la realización del delito, pudiendo así distinguir las siguientes situaciones:

- Cuando los partícipes en el delito hayan cooperado de alguna forma a la regularización, se verán favorecidos por la exención de la responsabilidad: Para que la regularización surja efectos no es necesario que los partícipes cooperen en la misma. Por lo que, si el tercero ha desplegado una conducta que permita o favorezca la regularización del deudor tributario, le será de aplicación la excusa absolutoria.

En el caso de las personas jurídicas, el autor del delito se verá favorecido por la excusa

¹⁴⁷ MORALES PRATS, F, "Título XIV. Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social" en *Comentarios parte especial del Derecho Penal, Op. Cit.* pp. 1081-1082.



absolutoria, cuando actúe en la regularización en representación de la persona jurídica.

- No le será aplicable la excusa absolutoria al tercero partícipe cuando este lleve a cabo una actuación tendente a conseguir que el deudor tributario no regularice.
- En aquellos supuestos donde no consta la oposición del tercero a la regularización, pero este la conoce una vez ya efectuada. Se recomienda a los Fiscales examinar las circunstancias caso por caso, y decidir por tanto, entre la aplicación de la excusa absolutoria o, por el contrario de la atenuante analógica del art. 21.6 CP estando en relación con el apartado 5¹⁴⁸ del mismo artículo.
- No será posible la extensión de la excusa absolutoria en aquellos casos en los que el obligado tributario no regulariza a pesar de la insistencia del tercero partícipe de proceder a la regularización. Y ello es debido al hecho de que en realidad, la excusa absolutoria no resulta de aplicación, puesto que efectivamente, la regularización no ha tenido lugar.

¹⁴⁸ El art. 21: "*Son circunstancias atenuantes: 5. La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto de juicio oral. 6. La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa*".

2-. FUNDAMENTO DE LA REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA

En lo que al fundamento se refiere, podemos distinguir entre un fundamento orientado al ámbito político-fiscal y un fundamento penal.

Es de destacar, que seguramente resulta mayoritario el grupo de autores tendente a resaltar la **orientación político-fiscal** como fundamento de las causas de anulación de la pena. En este sentido, se las contempla como meros instrumentos que pretenden incentivar el cumplimiento, aún extemporáneo, de las obligaciones tributarias o contributivas, atendiendo primordialmente a los intereses recaudatorios de la administración¹⁴⁹.

No obstante, y en relación al **fundamento penal**, que es el que en última instancia aquí nos interesa, MARTÍNEZ BUJÁN establece que se trata, de un fundamento similar al del desistimiento voluntario o arrepentimiento activo, los cuales impiden que la conducta ilícita continúe produciendo un daño. Por lo que, en todo caso, en base a una tesis valorativa del desistimiento, el fundamento elemental lo encontramos en la carencia de las razones tanto de prevención general como de prevención especial, para proceder a castigar al defraudador que mediante la realización de una conducta posterior a la comisión del ilícito, retorna su situación a la legalidad.

¹⁴⁹ BRANDARIZ GARCÍA, J A, "La regularización post-delictiva en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social" en *Estudios penales y criminológicos XXIV*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 69-70.

Debido a todo ello, el contribuyente que realiza las actuaciones tendentes a su vuelta a la legalidad, y por ende regulariza su situación tributaria disfrutando así de una impunidad, se erige como ejemplo a seguir por el resto de personas o mejor dicho, de autores de la comisión de un delito de fraude fiscal.

De tal manera que, esta **excusa se apoya en la idea de una reparación que hace disminuir la trascendencia del hecho**¹⁵⁰. Es decir, lo realmente buscado es sustraer de responsabilidad penal a los contribuyentes que, tras haber incurrido en irregularidad, hubieran decidido espontáneamente salir de ella, haciendo frente de manera efectiva a sus obligaciones y a la consecuencia del incumplimiento de estas¹⁵¹.

IV-. REQUISITOS DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA.

1-. REQUISITOS POSITIVOS: NECESIDAD DE PAGO Y PRESENTACIÓN DE DECLARACIONES

En primer lugar es necesario mencionar el hecho, de que la doctrina es unánime al afirmar que uno de los requisitos objetivos necesarios para que la regularización tenga lugar **consiste en la comunicación a la Hacienda Pública de los datos que han sido falseados u omitidos.**

No obstante, tal unanimidad se torna en inexistente **cuando se trata de determinar la existencia de un segundo requisito de carácter**

¹⁵⁰ Auto del TS de 19 de julio de 1997 (RJ 1997/7842), fundamento jurídico duodécimo.

¹⁵¹ STS de 3 de abril del 2003, fundamento jurídico duodécimo.

objetivo consistente en el efectivo ingreso de la deuda tributaria a la Hacienda Pública, pues mientras que un sector doctrinal entiende la regularización como una simple comunicación. El sector mayoritario considera que es necesario la existencia del posterior ingreso para que la regularización tenga lugar, posición esta última que se encuentra avalada por el propio art. 305.4 CP cuando establece que “*se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por parte del obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria*”¹⁵².

Por lo tanto, y en base a todo ello, podemos decir, que los **requisitos objetivos** para que tenga lugar la regularización tributaria son:

- Comunicación a la Administración Pública de los datos falseados u omitidos.
- Ingreso de la deuda.

1.1-. Comunicación a la Administración Pública de los datos falseados u omitidos

En primer lugar debemos de decir, que al igual que sucede en el ordenamiento jurídico alemán, estamos en presencia de una expresión que a pesar de encontrarse legalmente reconocida, se caracteriza por ser demasiado genérica, por lo que necesita ser concretada y precisada para así poder conocer tanto sus exigencias mínimas como sus aspectos formales.

¹⁵² En el apartado 1.2 cuyo título es “*Ingreso o pago de la deuda*”, se detallan los argumentos esgrimidos por cada uno de los dos sectores doctrinales para sostener su posición.

En opinión del profesor IGLESIAS RIO, el deber de presentar una declaración de rectificación es **incuestionable**, ya que implica el retorno a la legalidad tributaria del obligado en cuestión mediante la realización por parte de este de un comportamiento opuesto al constitutivo del delito. Por todo ello, este deber de declarar se alza como el presupuesto de partida sobre el que se asienta toda la institución jurídica de la regularización¹⁵³.

No obstante, antes de continuar se hace necesario precisar que **por declaración tributaria debemos entender** todo aquel documento que sea presentado ante la Administración Tributaria y donde se reconozca o manifieste la realización del hecho relevante para la aplicación del tributo¹⁵⁴. Es decir, según SANCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ **las declaraciones complementarias** que aparecen previstas en el derecho tributario, **tienen entre otras funciones, la de ser el instrumento técnico para llevar a cabo la regularización de la situación tributaria definida en el CP**¹⁵⁵.

En principio, **no se exige ninguna formalidad** por parte del obligado tributario a la hora de realizar la declaración complementaria, por lo que se podría entender, que sería suficiente con una actuación del obligado tributario que fuera tendente a poner de

¹⁵³ IGLESIAS RIO, M A, "Capítulo Quinto. El proceso de rectificación voluntaria de datos" en *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria. (Un análisis de la "autodenuncia". Art. 305.4 CP)*, Op.Cit. p. 269.

¹⁵⁴ Art. 119.1 LGT.

¹⁵⁵ SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P, "Capítulo III. Contenido de la regularización tributaria" en *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, Navarra, Aranzadi monografías, 2002, p. 95.

manifiesto a la Hacienda Pública sus irregularidades tributarias. Ya que en virtud del principio de libertad de forma, son mínimos los requisitos exigidos para la declaración, flexibilizando así al máximo la interpretación de declaración complementaria de rectificación de datos falsos u omitidos. No siendo en ningún caso necesario que éste (el obligado tributario) manifieste cuáles han sido las razones que le han llevado a realizar tal conducta.

En otras palabras, ni resulta necesario que la forma de la comunicación se ajuste a los modelos formalizados, ni debe excluirse completamente la forma oral¹⁵⁶, aunque eso sí, se considere más adecuada la forma escrita.

No obstante, **no podría considerarse propiamente como rectificación** conductas tales como: la revelación de una actitud de arrepentimiento activo, una abstracta manifestación de las ilegalidades existentes o incluso el reconocimiento del carácter incompleto de una declaración. En estos casos, como máximo tan solo podrá resultar de aplicación la atenuante contenida en el art. 21.4 CP. Pero sucede, que igualmente carecen de capacidad de rectificación la solicitud del obligado tributario a la Administración para que esta lleve a cabo la correspondiente inspección, o la aceptación de los resultados de una inspección o auditoria, realizada también por la Administración¹⁵⁷.

¹⁵⁶ BRANDARIZ GARCÍA, JA, "La regularización post-delictiva en los delitos contra la Hacienda Pública..." en *Estudios penales y criminológicos XXIV, Op. Cit.* p. 82.

¹⁵⁷ IGLESIAS RIO, M A, "Capítulo Quinto. El proceso de rectificación voluntaria de datos" en *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (Un análisis de la "autodenuncia". Art 305.4), Op.Cit.* pp. 270-271.



Una vez dicho esto, se hace necesario destacar cuáles son las **concretas características que la comunicación** a la Hacienda Pública **debe de reunir**:

- Es necesario que la comunicación sea **clara** pudiendo así la Administración Tributaria proceder a realizar la comprobación sin excesivas dificultades y en todo caso, de forma rápida y eficaz.
- La declaración debe de contener, para su plena eficacia, los datos reales de la situación tributaria sustituyendo así los falseados e introduciendo los que fueros omitidos. Es decir, debe de tratarse de una declaración complementaria caracterizada por ser **íntegra, plena y veraz**.

La rectificación íntegra opera como condición objetiva de total impunidad. Sin embargo puede que el sujeto en el momento de la autodenuncia, por distintas circunstancias, no disponga de todos los datos económicos precisos para regularizar correctamente sus deudas tributarias. En este caso, la regla general será que el infractor soporte este riesgo, y se beneficie a lo sumo, solo de una atenuante¹⁵⁸. Siendo en todo caso admitido la presencia de errores aritméticos o desviaciones insignificantes que en términos de conjunto no alteren en exceso la cuantía defraudada.

Sin embargo, para BRANDARIZ GARCÍA la enunciada exigencia relativa al carácter completo y veraz de la comunicación, implica aceptar que una

¹⁵⁸Ibídem, p. 280

manifestación en la que se vuelvan a omitir o falsear datos con relevancia tributaria o contributiva no sea válida, toda vez que en tal situación se perpetuaría la defraudación, y no se verificaría un comportamiento capaz de compensar el desvalor previo del hecho antijurídico¹⁵⁹. Esta misma postura es compartida por IGLESIAS RIO quien entiende que no se puede hablar de regularización cuando el sujeto sustituye unos datos insuficientes por otros datos igualmente incompletos, aunque el balance final contribuya a una reducción cuantitativa de la deuda fiscal. Pues, solo es razonable y asumible como presupuesto de partida que la **regularización sea absoluta**, y como defiende parte de la doctrina española dominante, teniendo así al menos de manera intencional vocación de exhaustividad¹⁶⁰.

Es de destacar, que ésta cuestión de las declaraciones incompletas, goza de una importante relevancia práctica pues; ¿Qué sucedería si un obligado tributario realiza una regularización parcial que conlleva la reducción de la deuda tributaria por debajo de los 120.000 €?¹⁶¹.

¹⁵⁹ BRANDARIZ GARCÍA, J A, "La regularización post-delictiva en los delitos contra la Hacienda Pública..." en *Estudios penales y criminológicos XXIV, Op. Cit.* p. 83.

¹⁶⁰ IGLESIAS RIO, M A, "Capítulo Quinto. El proceso de rectificación voluntaria de datos" en *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (Un análisis de la "autodenuncia". Art 305.4), Op.Cit.* p. 283.

¹⁶¹ Recordemos que la cantidad de 120.000€ funciona a modo de límite entre el ilícito administrativo y el ilícito penal, de tal manera que; por debajo de esta cantidad el obligado tributario cometería una infracción administrativa, y si la defraudación supera los 120.000 € entraría en el campo del derecho penal.

En opinión de IGLESIAS RIO, **una regularización parcial de la deuda tributaria no impide seguir calificando a la conducta como delictiva**, pues a pesar de que el art. 305.4 tiene como función levantar la pena, previamente ha tenido lugar una conducta que se califica como típica, antijurídica y culpable. Por lo tanto, aunque la cuantía defraudada haya disminuido por debajo del límite para ser considerada como ilícito penal, la conducta debe seguir siendo considerada como un delito de defraudación tributaria.

En el plano jurisprudencial destacan la ya citadas: SAP de Valencia de 1 de febrero del 2000 (ARP 2000/1417) y la SAP de Barcelona de 30 de junio del 2001 (JUR 2001/286884), por establecer en su fundamentación jurídica la exigencia de una regularización íntegra, completa y veraz. Sino que también merece una especial mención la STS de 7 de noviembre de 1998 (RJ 1998/9503) puesto aboga por la necesidad de la búsqueda de una mayor veracidad fiscal mediante declaraciones voluntarias completas y exactas.

1.2.- Ingreso o pago de la deuda

Como ya he mencionado con anterioridad, sobre este aspecto existe un debate doctrinal intenso, pues mientras que un sector defiende la innecesariedad, el otro sector doctrinal lo considera como un requisito de carácter positivo y necesario para la operatividad de la regularización.

A continuación expondré los principales argumentos esgrimidos por ambos sectores en la defensa de su posición.

1.2.1-. Ingreso o pago de la deuda como requisito no necesario.

En este sector de la doctrina que aboga por la innecesariedad del ingreso de la deuda para entender regularizada la situación tributaria, representado por BRANDARIZ¹⁶², se esgrimen como principales argumentos los siguientes:

- La presentación por parte del obligado tributario de una declaración complementaria en la cual se especifiquen todos los datos que habrían sido omitidos o falseados, compensa el desvalor de acción de la defraudación a la Hacienda Pública.

- La conducta prohibida en los tipos delictivos de referencia no es el impago de cuotas o tributos, sino su elusión fraudulenta, esto es, el comportamiento que consiste en dejar a la Administración en desconocimiento de los hechos que fundamentan el nacimiento o la concreta cuantía de la deuda.

- En el caso de que no fuese suficiente con la mera comunicación de los datos defraudados u ocultados para proceder a la aplicación de la excusa absoluta, lo que en realidad se estaría produciendo sería una confesión del delito.

De tal manera que, a modo de síntesis y tal y como queda especificado en la Circular 2/2009 de la

¹⁶² BRANDARIZ GARCÍA, J A, "La regularización post-delictiva en los delitos contra la Hacienda Pública..." en *Estudios penales y criminológicos XXIV*, Op. Cit. p. 77.

FGE: Este sector doctrinal parte de una consideración fragmentaria del ilícito penal, pues entiende que el injusto está constituido tan solo por el engaño del que es víctima la Hacienda Pública, con el fin de eludir la obligación contributiva, obviando en todo caso, el importante matiz de que en el momento de presentar la declaración extemporánea ya se ha consumado la defraudación constitutiva de delito que ha generado un perjuicio patrimonial para la Hacienda Pública¹⁶³.

Por último, se hace necesario destacar, que se trata de una postura que aunque de forma minoritaria, también se ha visto avalada por un sector de la jurisprudencia, tal es el caso de la SAP de Valencia de 1 de febrero de 2011 (ARP 2000/1997) en cuyo fundamento jurídico quinto establece: *"En este sentido, se admite que no es necesario el pago efectivo para que la excusa absolutoria pueda ser aplicada"*, o de la SAP de Barcelona de 12 de mayo de 1998 (RJ 1998/2819) cuando dice: *"El hecho de presentar tales declaraciones y sin ocultar datos es suficiente a efectos penales para considerar que se ha producido una regularización de la situación tributaria"*¹⁶⁴.

1.2.2-. Ingreso o pago de la deuda como requisito necesario.

¹⁶³ Circular 2/2009 FGE, fundamento relativo a la interpretación del término en el ámbito del derecho penal y doctrina jurisprudencial.

¹⁶⁴ Otras sentencias que abalan esta postura son las siguientes: SAP de Barcelona de 12 de mayo de 1998 (ARP 1998/2819): *"El hecho de presentar tales declaraciones sin ocultar datos es suficiente a efectos penales para considerar que se ha producido una regularización de la situación tributaria del hoy acusado"*. O también otras tales como; ATS de 19 de julio de 1997 (RJ 1997/7482) o STS de 28 de octubre de 1997 (RJ 1997/7843)

En primer lugar debemos de decir, que el ingreso o pago de la deuda se encuentra expresamente recogido en el art. 305 CP como uno de los requisitos necesarios para que la regularización surta plenos efectos. Pero no es solo en nuestro CP dónde lo encontramos mencionado, sino que si recurrimos al Derecho comparado, y en concreto a la legislación alemana que como bien sabemos fue en gran medida importada a nuestro sistema jurídico, también encontramos una referencia expresa¹⁶⁵ a la necesidad de pago como requisito para que la regularización tributaria tenga lugar. No obstante, es preciso señalar una **diferencia** entre ambos ordenamientos jurídicos (alemán y español) pues mientras que el primero sí que hace una expresa mención al plazo en el que los obligados tributarios deben de abonar a la Hacienda Pública los impuestos que previamente han defraudado, en el caso del art. 305.4 CP tan solo se menciona la necesidad de pago pero nada se establece con respecto al plazo o demás requisitos necesarios para que esta tenga lugar.

En este sector doctrinal, tal y como establece ROMERO DUPLÁ, podemos encuadrar a autores tales como; MARTINEZ-BUJAN, BOIX REIG, IGLESIAS RIO, GONZALEZ DE MURILLO y MORALES PRATS. Para todos ellos, **el pago de la deuda tributaria**, que previamente ha determinado la administración tributaria, constituye **una condición indispensable de impunidad**, pues mediante dicho pago se neutraliza tanto el desvalor de acción como el de resultado de una conducta considerada como típica, antijurídica y culpable, además de evitar que el autor o sujeto activo del delito disfrute de los beneficios obtenidos por realizar una conducta que resulta

¹⁶⁵ Art. 371 del Abgabenordnung

contraria al ordenamiento jurídico. Por lo tanto, se erige así como el único medio eficaz para anular la impresión negativa que la conducta criminal causó en la colectividad¹⁶⁶. De tal manera que con ello se establece la insuficiencia del acto de rectificación voluntaria para proceder a la aplicación de la excusa absolutoria en cuestión, puesto que, el cumplimiento de ambos requisitos cancelaría de forma total la deuda dándose por cumplidos tanto los fines reparadores económico-fiscales, como las expectativas de prevención general y especial.

Por si ello fuera poco, según la Circular de la FGE 2/2009, el deber de pago es un elemento consustancial a la noción de tributo, y se deriva de los postulados pragmáticos recogidos en los arts. 31.1 CE¹⁶⁷ y 19 LGT, y es que la declaración complementaria espontánea y extemporánea no puede por sí sola compensar la lesión al bien jurídico y el perjuicio patrimonial causado, resultando así que la rectificación y el pago aparecen conectados de forma cronológico-secuencial y son inseparables al efecto de provocar la liberación de la sanción penal.

Como último argumento, podemos decir, que resultaría chocante el hecho de que, en base al art.

¹⁶⁶ ROMERO DUPLA, C, "Causas de justificación. La regularización tributaria" en GARCÍA TIZÓN LÓPEZ, A (Dir.) y BAL FRANCES, E (Coord.) *Manual de delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, Ministerio de Justicia, p. 201.

¹⁶⁷ Arts. 31.1 CE: "*Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá el carácter de confiscatorio*".

Art 19 LGT: "*La obligación tributaria principal tiene por objeto el pago de la cuota tributaria*".

21.5 CP el obligado tributario que realizara el pago de la deuda (ya fuera total o incluso parcial) se procediera a la atenuación de su pena, y en cambio, el obligado tributario que únicamente presentara su declaración complementaria gozara de una exención total de la pena.

Destacar en todo caso, que se trata de una postura plenamente avalada por el TS, pudiendo a modo de ejemplo mencionar la STS de 30 de octubre del 2001 (RJ 2001/9089): *"Regularizar es evidentemente un comportamiento activo del contribuyente que supone la asunción de una declaración complementaria y el consiguiente pago"*, y la STS de 15 de julio del 2002 (RJ 2002/8709) que de forma clara en su fundamento de derecho decimooctavo viene a sintetizar la exigencia de ambos requisitos al decir: *"Regularizar es convertir en regular, poner en orden. Tratándose de una deuda, de una obligación significa pagar, cumplir. Implica un comportamiento espontáneo, activo y positivo por parte del deudor, que asume no solo su incumplimiento previo, sino los recargos que normalmente gravan la situación provocada por su actitud"*.

1.2.2.1-. Momento de pago y posibilidad de fraccionamiento o aplazamiento del pago.

Como criterio general parece que el abono de las sumas fraudulentamente eludidas, obtenidas o disfrutadas habrá de realizarse en el momento en que el sujeto presente la declaración de rectificación. El pago deberá comprender las referidas cantidades objeto de la defraudación y, en los casos de la primera

modalidad genérica de comisión del tipo, los recargos de demora aplicables a las mismas¹⁶⁸.

No obstante, pueden existir casos en los que el autor que declara las circunstancias con relevancia contributiva no pueda realizar el pago, o no pueda cumplimentarlo en su totalidad, a pesar de haberse esforzado por llevarlo puntualmente a cabo. En estos supuestos excepcionales, según BRANDARIZ, y siempre que la seriedad de los esfuerzos de pago determine una evidente reducción de la necesidad de imponer la pena, desde los fines preventivo-generales y preventivo-especiales de la misma, podrá desarrollarse el procedimiento habitual de recaudación y cabrá, en concreto, la posibilidad de aplazamiento o fraccionamiento del pago¹⁶⁹.

Sin embargo, la Dirección General de Tributos en su informe sobre diversas cuestiones relativas al procedimiento de regularización derivado de la presentación de la declaración tributaria especial¹⁷⁰

¹⁶⁸ La inclusión de estos recargos obedece, por una parte, a que todo pago extemporáneo de la deuda determina el devengo de tales incrementos de la deuda y, por otra, al hecho de que resultaría incomprensible que el abono post-delictivo de las sumas defraudadas se realizase en condiciones más ventajosas que el ingreso fuera de plazo reglamentario de una deuda impagada (BRANDARIZ GARCÍA, J A, "Sobre el concepto de regularización en las causas de levantamiento de la pena de los arts. 305 y 307 CP" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, 1998, pp. 199-200.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS, Informe de 27 de junio del 2012 sobre diversas cuestiones relativas al procedimiento de regularización derivado de la presentación de la declaración tributaria especial. p. 14.

argumenta que: "*La disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012 establece que las personas y entidades previstas en la misma deberán ingresar la cuantía resultante de la declaración tributaria especial, por lo que no resulta de aplicación la figura del aplazamiento o fraccionamiento previsto en la Ley General Tributaria*" Postura que es sostenida por CAZORLA PRIETO quien dice que el ingreso de toda cantidad resultante es requisito imprescindible para que la declaración tributaria especial esté correctamente hecha y produzca los efectos sanatorios que conocemos¹⁷¹.

2-. REQUISITOS NEGATIVOS: LAS CAUSAS DE BLOQUEO

Las **causas de bloqueo** son aquellas circunstancias que impiden la aplicación de la excusa absolutoria de levantamiento de la pena, es decir conllevan la ineficacia de la regularización tributaria.

O lo que es lo mismo, tal y como dice BRANDARIZ, **las causas de bloqueo** son límites temporales a partir de los cuales el comportamiento post-delictivo no generará el efecto de anulación de la pena. Pero ello no significa que el legislador haya renunciado a condicionar la regularización a su carácter de espontáneo o voluntario, sino que este carácter ha sido entendido en su vertiente normativa¹⁷²,

¹⁷¹ CAZORLA PRIETO, L M, "X. Los aspectos procedimentales" en *La llamada "amnistía fiscal". Estudio pormenorizado de la regularización fiscal especial (Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo)*, Navarra, Thomson Reuters. Aranzadi, 2012, p. 104.

¹⁷² El concepto normativo de voluntariedad se refiere a un proceso de formalización u objetivación del mismo que se caracteriza por sus ventajas en materia probatoria y de

manifestándose así la voluntariedad mediante la actuación antes de tales límites temporales. En suma, **la regularización será voluntaria cuando** se verifique antes de la concurrencia de cualquiera de los requisitos negativos de bloqueo¹⁷³.

En todo caso, y en aras de garantizar la seguridad jurídica el CP detalla a la perfección las causas de bloqueo, que concretamente son:

- Notificación del inicio de las actuaciones de comprobación o investigación de la Administración Tributaria.
- Interposición de querrela o denuncia contra el obligado tributario por parte del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonomía, foral o local de que se trate.
- Antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de las diligencias.

2.1-. Notificación del inicio de las actuaciones de comprobación o investigación de la Administración Tributaria.

seguridad jurídica que aporta, ya que no tiene en cuenta vertientes psicológicas del obligado tributario como por ejemplo el arrepentimiento (BRANDARIZ GARCÍA, J A, "La regularización post-delictiva en los delitos contra la Hacienda Pública..." en *Estudios penales y criminológicos XXIV, Op. Cit.* p. 87).

¹⁷³ *Ibidem*.

2.1.1.-Aspectos relativos a la notificación.

En primer lugar, y siguiendo a IGLESIAS RIO, debemos de decir que el art. 305.4 del CP no hace referencia a un efectivo descubrimiento del hecho, sino que adelanta el bloqueo a momentos anteriores, en concreto, al momento en el que tiene lugar la notificación del inicio fáctico de una investigación tendente a esclarecer la existencia o no de un delito fiscal. No obstante, debemos de decir que en el caso del derecho alemán, el art. 371 de la Ordenanza Tributaria Alemana sitúa la operatividad del bloqueo en el momento en el que "se produzca el descubrimiento ya sea total o parcial del hecho, pero siempre que el autor lo supiera o al menos lo debiera suponer debido a una apreciación prudente de la situación"¹⁷⁴.

El fundamento de todo ello lo encontramos en el hecho de que, la notificación pone de manifiesto al obligado tributario o bien el descubrimiento de sus actuaciones, o bien, la inminencia del mismo. Por lo tanto, si aceptáramos que el contribuyente ante el peligro de ser descubierto por la recepción de la notificación pudiera regularizar, ésta carecería (la regularización) del elemento de voluntariedad que en todo momento debe presidirla.

El principal problema que al respecto se plantea es el siguiente: ¿Es operativo el levantamiento de la pena en aquellos casos, en los que a pesar de que el

¹⁷⁴ IGLESIAS RIO, M A, "Capítulo séptimo. Análisis de los presupuestos negativos que bloquean la eficacia de la autodenuncia: La notificación de las actuaciones de comprobación de las deudas y la interposición de denuncia o querrela" en *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria. (Un análisis de la "autodenuncia". Art. 305.4 CP)*, Op. Cit. p. 354.

obligado tributario no tiene la notificación de la administración tributaria, sí que conoce por otra vía del inicio de las actuaciones de comprobación o investigación? Según BRANDARIZ y en representación de la doctrina mayoritaria, sí que se puede permitir la aplicación de la causa de levantamiento de la pena en aquellos casos en los que el infractor ya conocía por otros medios distintos de la notificación. Abriéndose así la posibilidad de que en la práctica se produzca un proceso de negociación entre el obligado-infractor y la Administración¹⁷⁵, en el que la norma penal se vería instrumentalizada en beneficio de los intereses meramente recaudatorios¹⁷⁶.

2.1.1.1-. Formalidades de la notificación

El CP no establece expresamente cuáles son las formalidades necesarias que debe cumplir la notificación, por lo que en este punto se produce un reenvío a la normativa administrativa. En concreto, dicho reenvío es realizado a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC en adelante) y a la LGT. Siendo de vital importancia, no solo la correcta identificación del sujeto u obligado tributario, sino también que este conozca con exactitud que se ha procedido al inicio de las actuaciones.

En este punto, es preciso matizar una diferencia con respecto a la doctrina alemana, pues mientras que

¹⁷⁵ Nuevamente según BRANDARIZ, ello se evitaría si el legislador hiciese depender el momento de bloqueo al descubrimiento del hecho, y del conocimiento de tal circunstancia por parte del sujeto.

¹⁷⁶ BRANDARIZ GARCÍA, J A, "La regularización post-delictiva en los delitos contra la Hacienda Pública..." en *Estudios penales y criminológicos XXIV, Op. Cit.* p. 90.

ésta realiza una interpretación que se podría considerar como demasiado flexible de las formalidades necesarias para la notificación, aceptando incluso la validez de notificaciones realizadas por teléfono. La doctrina española se sitúa en el lado opuesto, pues entiende que la notificación debe reunir las exigencias legales recogidas tanto en la LRJPAC como en la LGT.

En lo relativo a los posibles **vicios de las notificaciones**, debemos diferenciar entre vicios formales y materiales. Los primeros son inesenciales pudiendo ser corregidos por las autoridades financieras y permiten la prosecución a inspeccionar de nuevo los hechos. **Siendo así únicamente relevantes los vicios materiales** de la notificación, pues pueden interrumpir el efecto de bloqueo de la autodenuncia; dichos vicios conllevarían la plena nulidad cuándo merezcan tal consideración, de acuerdo con una valoración penal. Por ejemplo, cuando la administración tributaria haya obtenido informaciones o sospechas de fraude mediante engaño, amenaza, coacciones, pruebas ilícitas, etc.¹⁷⁷.

2.1.1.2-. ¿Se puede considerar como acto de notificación la comparecencia de un funcionario o autoridad financiera para proceder, en términos generales, a la inspección?

Debemos decir que este requisito se encuentra enunciado de forma expresa en el art. 130.2 LGT¹⁷⁸, así

¹⁷⁷ IGLESIAS RIO, M A, "Capítulo séptimo. Análisis de los presupuestos negativos que bloquean la eficacia de la autodenuncia ..." en *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria. (Un análisis de la "autodenuncia". Art. 305.4 CP), Op. Cit.* p. 366.

¹⁷⁸ Art. 130.2 LGT: "Cuando las actuaciones inspectoras lo requieran, los funcionarios que desarrollen funciones de

como también se encuentra enunciado con tal carácter en la legislación alemana¹⁷⁹.

Es de destacar, que aunque no existe unanimidad en la doctrina, con carácter general se entiende, que la presencia del inspector proporciona plena seguridad jurídica del inicio de las actuaciones, ya que se alza como un dato perfectamente objetivable que delimita con relativa precisión el efecto de bloqueo, aún cuando el sujeto pasivo no se encuentre en ese momento en el lugar de la inspección. Ello también es constatado por MARTÍNEZ BUJÁN, quién adjudica los mismos efectos a la "comunicación debidamente notificada" que a la "presencia de la Inspección debidamente constatada y conocida por el interesado con el fin de iniciar efectivamente las actuaciones inspectoras"¹⁸⁰.

Por lo que, a modo de conclusión, podemos decir que la **personación del inspector tributario** en el lugar dónde presumiblemente se ha cometido el hecho ilícito con la finalidad de iniciar por éste las actividades inspectoras, siempre y cuando el obligado tributario conozca tal personación, es comparable y por lo tanto **provoca, el mismo efecto de bloqueo que la**

inspección de los tributos podrán entrar, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, en las fincas, locales de negocio y demás establecimiento o lugares en que se desarrollen actividades o explotaciones sometidas a gravamen, existan bienes sujetos a tributación, se produzcan hechos imposables o supuestos de hecho de las obligaciones tributarias o exista alguna prueba de los mismos."

¹⁷⁹ Art. 371.2 1.a) Abgabenordnung.

¹⁸⁰ IGLESIAS RIO, M A, "Capítulo séptimo. Análisis de los presupuestos negativos que bloquean la eficacia de la autodenuncia ..." en *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria. (Un análisis de la "autodenuncia". Art. 305.4 CP)*, Op Cit. pp. 360-361

recepción de la notificación del inicio de las ya mencionadas actividades de inspección.

2.1.1.3-. Alcance de la notificación.

Estamos ante un aspecto sumamente importante, dónde una vez más, nuestro CP posee una gran indeterminación, pues surgen preguntas tales como; ¿debemos entender que el bloqueo de la regularización afecta a todos los impuestos de los que el obligado en cuestión sea titular? O sin embargo; ¿El efecto de bloqueo solo alcanza a aquellos impuestos y durante los periodos concretos investigados por la Administración Tributaria?

Pues bien, se trata de dos cuestiones de gran incidencia y frente a las cuales debemos de decir que efectivamente, **el bloqueo solo alcanza a aquellos impuestos y durante los concretos periodos que hubieran sido objeto de investigación por la Administración Tributaria.** O lo que es lo mismo, las actuaciones de investigación no tienen una incidencia negativa universal, de tal modo que una actuación inspectora bloquee toda clase de impuestos y respecto de cualquier periodo. Que muy por el contrario, el efecto de bloqueo solo alcanza al ámbito expresamente referido en la notificación¹⁸¹.

Con ello, la finalidad que se persigue es otorgar una mayor seguridad jurídica al contribuyente, pues de este modo, podrá saber cuáles son los concretos impuestos y por los concretos periodos impositivos en los que tiene lugar la situación de bloqueo, pudiendo presentar la autodenuncia o declaración

¹⁸¹ *Ibíd.* p. 374.

complementaria por aquellos periodos impositivos que no se encuentren afectados por la situación de bloqueo.

2.1.2-. Actuaciones de investigación o comprobación de la Administración Tributaria.

2.1.2.1-. Delimitación del concepto de inspección, investigación y comprobación.

Nuevamente para saber el sentido de esta afirmación contenida en el CP, debemos remitirnos a lo establecido en la normativa administrativo-tributaria, y en concreto, a lo dispuesto en la LGT.

En primer lugar, debemos decir, que el término **“inspección”** posee fundamentalmente dos significados, uno en sentido estricto y otro en sentido amplio. **Según el primero**, la inspección se entiende como la actividad de comprobación cuya finalidad es verificar el cumplimiento de los deberes de los obligados tributarios, es decir, supone la verificación del carácter exacto y completo de las declaraciones-liquidaciones practicadas por los administrados. Sin embargo, **en un sentido amplio**, la inspección se concibe como el conjunto de funciones atribuidas a los órganos inspectores, constituidas no sólo por las de comprobación, sino también por otras tales como; liquidación, sanción o resolución¹⁸².

En el supuesto que nos ocupa, debemos de partir de la noción estricta del concepto de inspección. Ahora bien, una vez dicho esto, se hace necesario precisar que entendemos por comprobación y que por investigación. Pues bien, mientras que **la primera**

¹⁸² CORRAL GUERRERO, L, “Potestad tributaria de comprobación” en *Cuaderno de Estudios Empresariales*, Madrid, 1993, nº3, p. 56.

tiene por objeto los actos, elementos y valoraciones consignados por los obligados tributarios en sus declaraciones. La **investigación** tiene como finalidad descubrir la existencia, en su caso, de hechos con relevancia tributaria no declarados o declarados incorrectamente por los obligados tributarios¹⁸³.

2.1.2.2-. Actuaciones de comprobación e investigación como causas de bloqueo en el delito de fraude fiscal.

En este punto, la doctrina debate acerca del hecho de si es suficiente para que tenga lugar el bloqueo con la mera comprobación de que efectivamente ha tenido lugar el inicio de las actuaciones de comprobación e investigación, o sin embargo, si es necesario añadir a este requisito la sospecha fundada de la Administración de que se ha cometido un ilícito.

Por un lado encontramos a los representantes de la teoría fiscal, los cuáles desde una perspectiva que se puede considerar amplia, defienden la suficiencia de la "mera sospecha" de fraude (que no equivale al efectivo descubrimiento de los hechos) seguida del inicio por parte de la Administración Tributaria de las actuaciones tendentes a la comprobación para que tenga lugar el bloqueo, pues en todo caso tales actuaciones permiten ya al Estado tener un conocimiento real de la existencia o no del ilícito.

Por otro lado, encontramos a IGLESIAS RIO, que desde una perspectiva más restrictiva, exige para que tenga lugar el bloqueo que la fase de investigación haya cristalizado primero en una concreta sospecha inicial, de la que se desprenden puntos de apoyo

¹⁸³ Art. 145 apartados 2 y 3 LGT.

materiales reales y suficientes para afirmar la existencia de una defraudación, con independencia del posterior descubrimiento del delito¹⁸⁴.

Por lo tanto podemos concluir que, **para que estas actividades de investigación y comprobación constituyan verdaderos efectos de bloqueo, es necesario que sean idóneas, reales y efectivas para el descubrimiento de la situación tributaria.** Tornándose así en insuficiente y por tanto no susceptible de producir un bloqueo, las actividades de carácter formal destinadas, ya sea a informar a la Administración Tributaria, o bien a esclarecer determinadas dudas a dicha Administración por parte del obligado tributario.

2.2-. Interposición de querrela o denuncia contra el obligado tributario por parte del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonomía, foral o local de que se trate.

En principio, debemos de decir, que esta causa de bloqueo de la regularización tributaria **resulta operativa en aquellos casos** en los que previamente no hubiera tenido lugar las actividades de investigación y comprobación por parte de la Administración Tributaria.

El aspecto más controvertido, y por ende, más debatido por la doctrina en relación con esta causa de

¹⁸⁴ IGLESIAS RIO, M A, "Capítulo séptimo. Análisis de los presupuestos negativos que bloquean la eficacia de la autodenuncia ..." en *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria. (Un análisis de la "autodenuncia". Art. 305.4 CP), Op Cit.* pp. 354-355.

bloqueo, consiste en determinar el momento a partir del cual la misma actúa, o lo que es lo mismo, si es necesario o no para que tenga lugar el bloqueo que el obligado tributario conozca formalmente que se ha interpuesto contra él una denuncia o querella.

2.2.1-. Posición doctrinal I: No es necesario que el obligado conozca formalmente la interposición de la denuncia o querella.

Los defensores de esta posición doctrinal, entre los que se encuentran, según ROMERO DUPLÓ, MARTÍNEZ BUJÁN o CALDERÓN CERESO, sostienen que no es necesario que el obligado tributario conozca formalmente el hecho de que el MF, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, local o foral, han interpuesto una denuncia o querella contra él, para que la causa de bloqueo actúe de forma automática impidiendo la regularización.

El principal argumento esgrimido por estos autores, es básicamente; que el legislador ha evitado emplear las palabras "notificación" o "conocimiento formal", que sin embargo sí que se utilizan en otras causas, por lo que para aplicar esta causa de bloqueo, en principio, bastaría con acreditar que el sujeto llegó a conocer, por cualquier medio, la interposición de la denuncia o querella dirigida contra él¹⁸⁵.

Otro argumento también enunciado por este sector doctrinal, pero en este caso de menor peso consiste en el hecho de que, cuando se procedió a la tramitación parlamentaria del antiguo art. 349.3 CP, se

¹⁸⁵ ROMERO DUPLÓ, C, "Capítulo III. Causas de justificación. La regularización tributaria" en *Manual de delitos contra la Hacienda Pública, Op. Cit.* pp. 218-219.

realizó una enmienda parlamentaria cuyo objetivo era la inclusión en la redacción de esta causa de bloqueo de este requisito de notificación de la denuncia o querrela, sin embargo, dicha enmienda no prosperó.

2.2.2-. Posición doctrinal II: Sí es necesario que el obligado tributario conozca formalmente la interposición de la denuncia o querrela.

Como defensores de esta posición destacan autores como MORALES PRATS, APARICIO PEREZ, IGLESIAS RIO y SERRANO GONZALEZ DE MURILLO¹⁸⁶, quienes sostienen la insuficiencia de la mera interposición de la denuncia o querrela para producir el bloqueo, siendo necesario además tanto la admisión a trámite de la misma, así como su correspondiente notificación al obligado tributario.

De tal manera que, el sujeto presuntamente inculpado, aunque conozca de facto el descubrimiento inminente del hecho o la interposición de la querrela o denuncia, pero no haya recibido aún notificación oficial, podría regularizar hasta la admisión a trámite por parte

¹⁸⁶ Sobre este particular vid las siguientes obras:

- IGLESIAS RIO, M A, "Capítulo séptimo. Análisis de los presupuestos negativos que bloquean la eficacia de la autodenuncia: la notificación de las actuaciones de comprobación de las deudas y la interposición de denuncia o querrela" en *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria. (Un análisis de la "autodenuncia". Art. 305.4 CP)*, Op. Cit. p. 385.
- APARICIO PEREZ, J, *El delito fiscal a través de la Jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 325.
- GONZALEZ DE MURILLO, J L y CORTÉS BECHIARELLI, E, *Delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, Edresa, 2002, p. 92.

del juez instructor de la querrela o denuncia¹⁸⁷, pues en definitiva, **la voluntariedad o espontaneidad del obligado tributario no se ve afectada** cuando este regulariza su situación tributaria antes de conocer formalmente el inicio de las actuaciones.

Es de destacar que se trata de una posición doctrinal sólida, ya que se encuentra avalada tanto por el derecho comparado¹⁸⁸, como por la jurisprudencia.

En el plano jurisprudencial encontramos sentencias tales como; SAP de Madrid de 11 de julio de 2003, que en su fundamento jurídico segundo establece: *“Una vez iniciado el procedimiento judicial, es necesario que se produzca la notificación en legal forma al contribuyente, a fin de constatar que ha tenido un conocimiento efectivo de la imputación, pues carece de sentido una interpretación de la norma que sitúe el límite en la interposición de la denuncia o querrela, sin el menor conocimiento por parte del denunciado o querrelado de los hechos que se le atribuyen en aquellas”*.

A lo que se le suman la STS de 29 de septiembre del 2000 (RJ 2000/9251) y la SAP de Barcelona, de 12 de mayo de 1998 (ARP 1998/2891) en las cuales, lo

¹⁸⁷ IGLESIAS RIO, M A, “Capítulo séptimo. Análisis de los presupuestos negativos que bloquean la eficacia de la autodenuncia ...” en *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria. (Un análisis de la “autodenuncia”. Art. 305.4 CP)*, *Op Cit.* p. 383.

¹⁸⁸ El ya mencionado art. 371 de la Abgabenordnung u ordenanza tributaria alemana, también exige expresamente la presencia de este requisito de carácter subjetivo, en base al cual, el obligado tributario en cuestión debe de conocer de manera fehaciente que contra él se ha iniciado un procedimiento penal.

que se viene a decir es que; el plazo para que pueda empezar a apreciarse la excusa absolutoria de la regularización tributaria, empieza a contarse a partir del momento en el que el obligado tributario recibe la notificación en la que se le comunica la admisión a trámite de una denuncia o querrela, así como la descripción de los hechos presuntamente delictivos y de las personas afectadas por los mismos¹⁸⁹.

2.3-. Conocimiento formal por parte del obligado tributario de la iniciación de actuaciones por el MF o por el Juez de Instrucción

Nos encontramos ante la tercera y última causa de bloqueo de la regularización tributaria, y que guarda una diferencia muy significativa con las anteriores, y es que en ella, el legislador sí que realiza una mención expresa a la necesidad de que el obligado tributario conozca formalmente el inicio de las actuaciones del MF o del Juez de Instrucción.

La doctrina, en la que destacan autores tales como MARTÍNEZ BUJÁN o MORALES PRATS, ha sostenido el hecho de que estamos en presencia de una cláusula de cierre dónde se pueden incardinar aquellos supuestos en los que, previo conocimiento por el juez

¹⁸⁹ La STS citada es la que confirma la SAP de Barcelona, y ambas resuelven un supuesto de hecho en el que, el obligado regulariza su situación tributaria el mismo día en el que recibe la notificación de la admisión a trámite de la denuncia o querrela. Es de destacar, que se procede por los órganos judiciales a la apreciación de la excusa absolutoria, pues por horas, no es posible determinar si la regularización ha sido anterior o no a la comunicación judicial.

de una *notitia criminis*¹⁹⁰, éste toma la decisión de iniciar las diligencias penales oportunas.

En definitiva, este supuesto de bloqueo, lo que trata es de recoger la posibilidad de iniciar un proceso penal por delito fiscal al amparo de la previa realización tanto de unas diligencias de investigación¹⁹¹, como de unas diligencias judiciales¹⁹².

Aquí nuevamente surge una problemática interpretativa acerca de que debemos de entender por "conocimiento formal", pero con la salvedad de que en esta causa de bloqueo el debate doctrinal se traslada al siguiente plano: ¿Es suficiente para que tenga lugar el

¹⁹⁰ El juez, puede conocer esta *notitia criminis*, no solo por su propia autoridad investigadora, sino también tanto por denuncias anónimas como de terceros. (IGLESIAS RIO, M A. "Capítulo séptimo. Análisis de los presupuestos negativos que bloquean la eficacia de la autodenuncia ..." en *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria. (Un análisis de la "autodenuncia". Art. 305.4 CP), Op Cit.* p. 385.)

¹⁹¹ Recordemos, que las diligencias de investigación son realizadas por el MF al amparo del art. 773.2 LECrim: "*Cuando el MF tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, practicará el mismo y ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo [...]*".

¹⁹² Las diligencias judiciales se encuentran establecidas en el art. 777 y ss. LECrim, pero en concreto el art. 777.1 establece lo siguiente: "*El juez ordenará a la Policía judicial o practicará por sí las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento, dando cuenta al MF de su incoación y de los hechos de la determinen. [...]*".



bloqueo con que el obligado tenga sólidos indicios del inicio de las diligencias de investigación y de las diligencias penales? O en cambio ¿Es necesario que tenga lugar una notificación expresa en la que se le comunique el inicio de las mismas para que el bloqueo sea operativo?

La jurisprudencia ha partido de la necesidad de realizar una interpretación conjunta de los términos "permitir" y "tener conocimiento". Es de destacar, que la SAP de Barcelona de 12 de mayo de 1998 (ARP 1998/2819), realiza tal interpretación conjunta de ambos términos entre sí, además de fundamentar su postura en el deber de velar por los derechos procesales, al establecer en su fundamento jurídico segundo: *"[...] lo importante aquí es hacer una interpretación conjunta de "permitir" y la expresión "conocimiento formal". Al respecto, debe tenerse en cuenta la naturaleza del auto de inculpación y su trascendencia en orden a fijar la situación procesal del "inculpado", pues se trata de un acto que permite a las partes la ocasión de hacerse oír y de exponer cuanto convenga a la defensa de sus intereses lo que exige, a su vez, un previo conocimiento, de forma completa y detallada, de los hechos presuntamente delictivos y cuya comisión se atribuye. A la trascendencia de dicho auto se une en el presente caso el que determina el momento a partir del cual resultaría imposible la aplicación de la excusa absolutoria. Por tanto [...] se entiende que el auto inculpatario precisa de un conocimiento personal de la persona o personas a las que se refiere [...]"*.

En este caso, según GONZALEZ DE MURILLO y MERINO JARA¹⁹³, el evasor se encuentra enormemente favorecido por este requisito, pues la ley condiciona el efecto de bloqueo a que el sujeto alcance un "conocimiento formal" del inicio de las actuaciones de investigación. No resultando extraño imaginar, que por diversos cauces, el sujeto pasivo haya podido llegar a tener un conocimiento "real" del descubrimiento que ha aprovechado para regularizar su situación tributaria antes de recibir la notificación. Una regularización en estas circunstancias no sería voluntaria ni espontánea, por lo que estos autores postulan una **interpretación restrictiva** al considerar que el dato decisivo es "el conocimiento del sujeto acerca de si ha sido descubierto, no bastando para excluir la espontaneidad el hecho de que efectivamente lo haya sido, si éste lo desconoce", evitándose así tratamientos desiguales en el caso de que concurren dos codelincuentes en una misma infracción y uno de ellos conoce formalmente el anuncio de las actuaciones y el otro no ha recibido la notificación formal¹⁹⁴.

Sin embargo, en el lado opuesto encontramos a IGLESIAS RIO, quién afirma que este requisito del conocimiento formal no solo debe de ser aplicable en este supuesto de bloqueo, sino en todos, pues está encaminado a dotar de seguridad jurídica al obligado tributario que decide regularizar su situación tributaria,

¹⁹³ GONZALEZ DE MURILLO, J L y MERINO JARA, J, "La regularización tributaria en la reforma de los delitos contra la Hacienda Pública" en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, nº 236, 1995, p. 370

¹⁹⁴ IGLESIAS RIO, M A, "Capítulo séptimo. Análisis de los presupuestos negativos que bloquean la eficacia de la autodenuncia ..." en *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria. (Un análisis de la "autodenuncia". Art. 305.4 CP)*, *Op Cit.* pp. 387-388.

pues conoce con exactitud el momento a partir del cual resultan operativas las causas de bloqueo. Además, éste autor considera que sí existe voluntariedad en la regularización cuando el obligado tributario realiza la misma, aún cuando ya se hubieran iniciado las diligencias correspondientes, si no tiene conocimiento formal de las mismas.

V-. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA.

Llegados a este punto, se hace necesario hacer mención a los problemas de constitucionalidad con las que dichas cláusulas se han enfrentado y aún se enfrentan.

Es de destacar, que han sido numerosas las ocasiones en las que los tribunales se han pronunciado acerca de esta cuestión, y no solo han sido los tribunales españoles, sino que los tribunales alemanes¹⁹⁵ también han gozado de tal oportunidad.

¹⁹⁵ El Tribunal de Instancia de Saarbrücken presentó una cuestión de inconstitucionalidad en su resolución de 2 de diciembre de 1982, acusando a los apartados 1 y 3 del art. 371 de la *Abgabenordnung* de vulnerar los derechos fundamentales contemplados en los art. 3-1-1 y 20 de la Ley fundamental de Bonn.

De un lado se apreciaba una diferenciación injustificada atentatoria contra el principio de igualdad con relación a otras figuras delictivas (como el fraude de subvenciones o la estafa) que responden a un contenido de injusto estrechamente emparentado y provocan una similar dañosidad social a la defraudación fiscal pero que, sin embargo, no gozan del privilegio de la autodenuncia, de modo que o bien se contempla para todas ellas una específica causa de exención de la pena o para ninguna.

Por lo que han sido muchas las resoluciones judiciales que han tratado y por ende analizado la posible conculcación de estos importantes principios.

El principio de igualdad se encuentra recogido en el art. 14 CE¹⁹⁶ siendo así uno de los derechos fundamentales más importantes, gozando así de un gran valor para los ciudadanos.

Antes de continuar, es necesario hacer mención a una sentencia paradigmática, en relación con este principio, se trata de la STC 76/1990 (RTC 1990/76) que concretamente dice lo siguiente: *"El principio de igualdad ante la Ley no prohíbe cualquier diferencia de trato establecida por el legislador, sino sólo las diferencias de trato entre situaciones que puedan considerarse iguales y que carezca de una justificación*

En esta misma línea, el tribunal de instancia consideraba un privilegio constitucionalmente inadmisibles conceder el beneficio de impunidad a los delitos ya consumados, a diferencia de otras múltiples figuras similares que condicionan la exención penal a un resultado que todavía no se ha producido. Un tercer argumento, apelando a los principios generales vigentes en el derecho penal contemporáneo, entiende que el art. 371 de la *Abgabenordnung* vulnera los más elementales fundamentos de la idea de justicia material, dado que permite al defraudador comprar su libertad. Finalmente, el TC Alemán, rechazó esta cuestión. (IGLESIAS RIO, M A. "Capítulo primero. Justificación de la "autodenuncia": Las singularidades criminológicas del fraude fiscal y su incidencia en esta figura" en *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria. (Un análisis de la "autodenuncia". Art. 305.4 CP), Op Cit.* pp. 66-67)

¹⁹⁶ 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 familiar".

objetiva y razonable o que resultes desproporcionadas en relación con dicha justificación". De tal manera, que en ningún caso, se trata de un principio abstracto de carácter absoluto.

Las principales dudas de constitucionalidad en este plano se sitúan en torno a dos cuestiones: Por un lado, al igual que sucedió en el caso mencionado en la cita 79 en Alemania, que la autodenuncia excluye la condena penal una vez que se ha consumado el delito contra la Hacienda Pública, y que en otras figuras delictivas análogas (como la estafa), la reparación del daño opera como una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal¹⁹⁷.

Y por otro lado, a su aplicación retroactiva, es decir, se sostuvo la vulneración del principio de igualdad por el hecho de la entrada en vigor **sin carácter retroactivo** de las DA 13^o y 14^a de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF, pues impidió a los contribuyentes que ya estaban siendo objeto de investigación por la Administración Tributaria regularizar su situación, frente a aquellos que sí que pudieron regularizar puesto que contra ellos aún no se habían iniciado tales actuaciones de investigación. De tal manera que, los primeros alegaron la presunta vulneración del principio de igualdad¹⁹⁸.

Tanto en un caso, como en otro; y según los tribunales, **no se ha producido ninguna vulneración de los principios constitucionales**. El principal argumento en este sentido consiste en afirmar, que lo

¹⁹⁷ PEREZ MARTINEZ, D, "Capítulo III. Causas de justificación. La regularización tributaria" en *Manual de delitos contra la Hacienda Pública, Op.Cit.* p. 213.

¹⁹⁸ Este supuesto se planteó en el Auto de la AN de 31 de marzo de 1998 (JT 1998/753).



que prohíbe la Constitución es tratar de manera diferente a dos supuestos de hecho iguales, pero que en el caso que nos encontramos, no se trata de supuestos iguales. Con otras palabras; los delitos contra la Hacienda Pública poseen unas peculiaridades jurídicas que los diferencian del resto de delitos patrimoniales, por lo tanto se encuentra plenamente justificado que esta modalidad delictiva reciba un trato jurídico diferente.

Como ejemplos jurisprudenciales podemos citar; la STSJ del País Vasco de 18 de julio de 1997 (JT 1997/982) según la cual estamos en presencia de *"un mecanismo legal que haya permitido una importante afloración de rentas ocultas y unos mayores ingresos públicos que los derivados de no haberse usado, lo que hace proporcional y no desmedido su uso en relación al fin"*. O la STC 198/1995 de 21 de diciembre de 1995, en la que se declaró que el antiguo art. 61.2 LGT no vulnera el principio de igualdad, en su doble vertiente, referida a la igualdad entre los propios contribuyentes que realizan sus pagos tributarios de modo extemporáneo ni tampoco desde la perspectiva del principio de igualdad de trato entre el contribuyente y la Hacienda Pública¹⁹⁹.

En conclusión podemos decir; que a pesar de las reiteradas dudas de constitucionalidad que ha suscitado la cláusula de regularización tributaria desde que tuvo lugar su implantación en el ordenamiento jurídico, debemos decir que su trato diferente, ya sea con

¹⁹⁹ IGLESIAS RIO, M A, "Capítulo primero. Justificación de la "autodenuncia": Las singularidades criminológicas del fraude fiscal y su incidencia en esta figura" en *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria. (Un análisis de la "autodenuncia". Art. 305.4 CP), Op. Cit.* p. 69.

respecto a otros delitos, como entre los contribuyentes entre sí por razones temporales o incluso, entre éstos y la Hacienda Pública, se encuentra justificado por motivos de política criminal, no resultando en ningún caso desproporcionado o arbitrario, por lo se puede considerar que ésta cláusula es acorde con la Constitución.

1-. ESPECIAL MENCIÓN AL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADO CONTRA EL RDL 12/2012, DE 30 DE MARZO, POR EL QUE SE INTRODUCEN DIVERSAS MEDIDAS TRIBUTARIAS Y ADMINISTRATIVAS DIRIGIDAS A LA REDUCCIÓN DEL DÉFICIT PÚBLICO. TAMBIÉN CONOCIDO COMO "AMNISTÍA FISCAL".

En la DA 1º de RDL 12/2012 se introduce, para los contribuyentes del IRPF, IS e IRNR una declaración tributaria especial para tal y como dice la disposición general séptima; *"los obligados tributarios puedan ponerse voluntariamente al corriente de sus obligaciones tributarias regularizando también situaciones pasadas, siguiendo en esta línea la norma penal que admite la exoneración de la responsabilidad penal por estas regularizaciones voluntarias efectuadas antes del inicio de actuaciones de comprobación o, en su caso, de la interposición de denuncia o querrela"*.

No obstante, esta DA fue modificada a su vez por la DF 3º del RDL 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, mediante el cual se introdujeron los apartados 6 y 7, pero que en nada afecta a lo ya planteado.

El 15 de junio de 2012, un total de 105 diputados del Grupo Parlamentario del PSOE **presentaron un**

recurso de inconstitucionalidad contra la DA 1º del RDL 12/2012, que fue admitido a trámite por providencia del TC de 16 de julio (BOE de 24 de julio).

El **recurso se funda** en la posible contravención del art. 86 del texto constitucional, regulador de la figura del Decreto-Ley, y en el art. 31.1 CE, que consagra el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con los principios de justicia tributaria, generalidad, igualdad, capacidad económica y progresividad²⁰⁰.

1.1.- Análisis jurídico de los posibles motivos de inconstitucionalidad del RDL 12/2012.

1.1.1.- ¿Es el RDL el modo más adecuado de regular este controvertido aspecto?

Existe una fuerte postura jurisprudencial, que a la vez se ve avalada por autores tales como PEREZ ROYO, PALAO TABOADA o FALCÓN TELLA, que sostiene la improcedencia del RDL para regular aquellas materias que afecten a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos.

Aunque la primera sentencia dictada por el TC en este plano es la STC 182/1997 de 28 de octubre (RTC 1997/182), y en la que **el ámbito de la prohibición queda circunscrito** a la alteración del régimen general o los elementos esenciales de los tributos que inciden en la determinación de la carga tributaria, esto es, se interpreta que es inconstitucional cualquier intervención

²⁰⁰ IGLESIAS CASAS, J M y GONZALEZ MENDEZ, A, "La evasión fiscal y su "amnistía". La justicia tributaria en un contexto de crisis económica" en *Dereito: Revista jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*. Vol. 22. nº extra 1º. Noviembre de 2013, p. 218.

o innovación normativa llevada a cabo por un Decreto-Ley, que "por su entidad cualitativa o cuantitativa, altere sensiblemente la posición del obligado tributario a contribuir, según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario". Para ello, hay que tener en cuenta en qué tributo incide, el grado en que interviene el principio de capacidad económica, los elementos que resultan alterados y la naturaleza y alcance de la regulación concreta²⁰¹.

A esta sentencia, le han seguido otras posteriores²⁰², que no solo han confirmado su interpretación, sino que también han abundado un poco más en el asunto, llegando la STC 245/2004, de 16 de julio (RTC 2005/189) a declarar la inconstitucionalidad de un RDL en aquellos casos en los que *"afecte sensiblemente al deber de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, tal y como este se configura en el art. 31.1 CE"*.

No obstante, nos encontramos en una zona caracterizada por la incertidumbre jurídica, por lo que no hay respuestas absolutas de certeza. Si bien es cierto, que la opción legalmente más correcta hubiera pasado por la aprobación de una Ley de las Cortes Generales, más que nada, por la seguridad jurídica que ésta otorga.

CARZORLA PRIETO afirma que lo que la jurisprudencia considera inconstitucional del Decreto-ley es cuando este haya "afectado sensiblemente al deber de los ciudadanos a contribuir con los gastos

²⁰¹ Ibídem, p. 219.

²⁰² Destacan las STC 137/2003, de 3 de julio del 2003 (RTC 2003/137) y la STC 108/2004, de 30 de junio de 2004 (RTC 2004/108)

públicos” en lo atiende a ciertos impuestos. Pero, el RDL 12/2012 no afecta al deber de contribuir de todos los ciudadanos, sino que sólo afecta a los que caigan dentro de su ámbito subjetivo y objetivo de aplicación²⁰³. No aborda, por tanto, una modificación general del deber de contribuir del art. 31.1 CE²⁰⁴.

A ello se le suma, que el deber de contribuir de los ciudadanos que pueden verse concernidos por tal invocado RDL no se verá afectado en la mayoría de los casos de una manera absoluta y total, sino de una manera parcial y complementaria con respecto a lo ya tributado en los impuestos a los que alcanza la norma con rango legal ya examinada²⁰⁵.

Por lo que en conclusión podemos decir que, aunque la forma en la que se ha promulgado no es la

²⁰³ No obstante, el Grupo Parlamentario socialista sostiene en su fundamento jurídico segundo (Página 11 de su recurso) que; Se trata de una declaración tributaria ad hoc mediante la que el contribuyente reconoce la titularidad de bienes o derechos procedentes de rentas no declaradas en los periodos impositivos anteriores, sobre el valor de dichos elementos patrimoniales aplica un porcentaje para obtener el importe a ingresar en la Hacienda Pública. En consecuencia, el contenido de esta norma revela la estructura de un nuevo gravamen, de carácter temporal, naturaleza personal y directa, de sujeción voluntaria y, lo que resulta más llamativo, alternativo al IRPF, IS e IRNR, siendo estos los tres pilares básicos o estructurales de nuestro sistema tributario.

²⁰⁴ CAZORLA PRIETO, L M, “II. ¿La disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, respeta la Constitución?” en *La llamada “amnistía fiscal” Estudio pormenorizado de la Regularización Fiscal Especial (Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo. Op. Cit. pp. 17-18.*

²⁰⁵ *Ibídem.*

más idónea, queda garantizada, en todo caso, la seguridad jurídica de aquellos que decidan acogerse a lo dispuesto en este RDL 12/2012.

1.1.2-. Análisis de la constitucionalidad de este RDL 12/2012 desde la perspectiva de los principios de igualdad y de justicia tributaria.

La discordancia en este caso, con el principio de igualdad, pasa por dirimir si existe o no un agravio comparativo carente de justificación. Dicho agravio derivaría de la diversa y más favorable tributación a la que se acogen aquellas personas que regularizan con la amnistía fiscal. Y su justificación es básicamente extrafiscal; las necesidades de recaudación. Tal aspecto no parece fundamentar el diverso trato originado y, en menor medida, cuándo tiene como antecedente una conducta con claros indicios de ser reprobable punitivamente²⁰⁶.

Por otro lado, debemos de decir, que la **justicia tributaria** (art. 31.1 CE) no es un principio constitucional del que derivan derechos y obligaciones para los contribuyentes, sino que es un fin del sistema tributario que sólo se conseguirá en la medida en que se respeten los restantes principios constitucionales (seguridad jurídica, igualdad, capacidad económica, progresividad y no confiscatoriedad)²⁰⁷.

²⁰⁶ SANCHEZ HUETE, M A, "Medidas tributarias anticrisis en España: Análisis específico de la amnistía fiscal. *Revista de derecho (Valdivia) online*. 2013. Vol 26, nº1, pp. 95-117. Disponible en el siguiente enlace: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502013000100005&script=sci_arttext

²⁰⁷ STC 173/1996, de 31 de octubre (RTC 1996/173) y STC 19/2012, de 15 de febrero de 2012 (RTC 201/19).

Según CAZORLA PRIETO, aunque en principio pudiera parecer que este RDL 12/2012 posee una finalidad contradictoria con la Constitución, en realidad no es así, pues recordemos que la finalidad de aquella consiste en acercar a un mayor cumplimiento del principio de igualdad tributaria a los sujetos que con la ocultación total de las correspondientes rentas afrontaban máximamente dicho principio. No es contradictoria con la CE la finalidad de la figura que estudiamos, porque, aunque entiende que ética y políticamente no guste, en el fondo supone un alivio al incumplimiento completo del principio de igualdad tributaria a las que aquella se contrae²⁰⁸.

1.2.3-. Afectación del CP por el RDL 12/2012.

El RDL 12/2012, de 30 de marzo, no afecta directamente al CP, sino que lo hace de manera indirecta. La DA 1º del RDL 12/2012 modifica el art. 180.2 LGT, y es este artículo de legislación tributaria el que incide en el ámbito penal. Incidencia que en todo caso, debería de realizarse mediante una LO tal y como obliga el art. 25 CE. Pues tal y como viene a decir PEREZ ROYO, a pesar de que la norma penal no se habría modificado, su alcance será distinto a partir del nuevo concepto de regularización tributaria incorporado a la normativa tributaria.

Tengamos en cuenta, que el fundamento del art. 305.4 CP es ofrecer perdón a quien, habiendo cometido un delito de defraudación tributaria, repara el daño

²⁰⁸ CAZORLA PRIETO, L M, "II. ¿La disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, respeta la Constitución?" en *La llamada "amnistía fiscal" Estudio pormenorizado de la Regularización Fiscal Especial (Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, Op. Cit. pp. 34-35.*

causado, antes de ser descubierto, y así lo ha dejado muy claro el TS. Pero, en el supuesto que nos ocupa estamos ante una situación totalmente diferente; una cosa es exonerar de responsabilidad penal a quien paga espontáneamente la totalidad de la deuda evadida más los recargos e intereses correspondientes, y otra, muy distinta, otorgar el perdón a quien sigue sin pagar la deuda que en su día defraudó, aunque ingrese en su lugar, previo ofrecimiento del Gobierno, un "gravamen especial de atracción de rentas" cuyo importe en muchos casos no llegará a la tercera o cuarta parte de lo defraudado, sin incluir los intereses. Aplicar la excusa absolutoria a estos supuestos supone alterar radicalmente el juicio de reproche que sobre el delito fiscal se contiene en el CP²⁰⁹.

Sin embargo, es de destacar que, estas dudas acerca de la constitucionalidad de la norma, no se hubieran producido, si el legislador, utilizando una correcta técnica normativa, no hubiera hecho ningún tipo de mención al art. 180.2 LGT. Pues en ese caso, la norma penal en blanco del art. 305.4 CP, hubiera sido completada por todo el ordenamiento jurídico, incluyendo en él, como es lógico, a este RDL 12/2012.

No obstante y temporalmente hablando, la LO 7/2012 que modificó el CP en general, y este delito objeto de estudio en particular, entró en vigor con posterioridad al RDL 12/2012, por lo tanto, se puede decir que la LO vino a resolver los posibles vicios de constitucionalidad que el RDL pudiera tener. Pero aún así, no resulta totalmente claro, la aplicación de este artículo penal a la declaración tributaria especial contenida en al DA 1º del RDL 12/2012, por lo que en

²⁰⁹ PEREZ ROYO, F, "Más que una amnistía" en *Revista española de Derecho Financiero*, nº 154, 2012, p. 12.

aras de garantizar al máximo la seguridad jurídica, y en una demostración de técnica legislativa, lo más correcto sería, que una LO declarara de manera clara y precisa si es o no aplicable la excusa absolutoria penal a la declaración tributaria especial.

VI-. MOTIVOS DE POLÍTICA CRIMINAL.

En primer lugar, debemos decir que aunque son muchos los autores que han teorizado sobre la política criminal, sobre todo destacan ROXIN o VON LIZT. En éste punto debemos de decir, que de una manera genérica **la política criminal se concibe** como una de las manifestaciones de la actividad del poder público en relación con la criminalidad o como conjunto de conocimientos que aportan argumentos y principios para prevenir y disminuir la presencia del delito. Es decir, la política criminal designa al planteamiento que desde el ámbito público, desde el propio Estado, se establece para tratar y hacer frente al fenómeno criminal²¹⁰.

Por lo tanto, la finalidad y el objetivo de este último epígrafe es analizar los motivos que han llevado al legislador a establecer como excusa absolutoria la regularización tributaria, donde trataré de responder a preguntas tales como; ¿En la regularización tributaria hay necesidad y merecimiento de pena? ¿Es justo socialmente hablando, que por delitos aparentemente menos graves (hurto o robo) el autor vaya a la cárcel y

²¹⁰ BORJA JIMENEZ, E, "Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 56. Fasc. 1º. 2003, p. 130.

por defraudar grandes sumas de dinero puedas no ir?
¿Obedecen en realidad las amnistías fiscales a motivos penales, o obedecen a motivos de naturaleza tributaria?

1-. ¿HAY REALMENTE EN LOS DELITOS FISCALES NECESIDAD Y MERECIMIENTO DE PENA?

La necesidad y el merecimiento de la pena es una teoría que está presente ya en el último estadio del análisis del delito, es decir; nos encontramos ante una conducta típica, antijurídica y culpable, y ahora debemos de discernir, si se trata de una conducta punible o no.

Pero es de destacar que no es la única teoría, pues también nos encontramos con aquella que **fundamenta la exclusión de la punibilidad en motivos de relevancia extrapenal que se imponen frente a los motivos penales**, ya sean estos de prevención general o especial, y que por ende, y debido al mayor peso de los motivos extrapenales, el legislador decide excluir la imposición de una pena.

En principio, toda conducta típica, antijurídica y culpable sería merecedora de pena, pero esa pena solo sería necesaria en aquellos casos en los que los motivos de prevención tanto general como especial así lo indicaran, tal es el caso de la excusa absolutoria.

Sin embargo, en base a la segunda de las teorías enunciadas, la renuncia a la pena aparece como una decisión jurídico-política dado que el castigo sería pertinente en sí mismo, pero no aparece oportuno por otros motivos. En este caso, ROXIN entiende que el hecho de reconocer prioridad a otros fines del Estado

frente a los del derecho penal, aún no convierte a la renuncia a la pena en una decisión político-criminal²¹¹.

En el caso del delito fiscal, nos encontramos formalmente hablando en el caso de la existencia de una pena merecida, pero no necesaria. Aunque, considero, que en un plano material, en realidad tiene lugar la exclusión de la pena por motivos que nada tienen que ver con el derecho penal.

O lo que es lo mismo, la regularización opera como un método o un modo de aumentar los ingresos del Estado, y así ha quedado claro en prácticamente todas las exposiciones de motivos o disposiciones generales de las normas que han influido en esta materia. Por lo que, en este caso la eliminación de la punibilidad y por ende de la pena, obedece más a motivos de política tributaria, que se materializan en la búsqueda de aumentar los ingresos estatales, que a motivos de política criminal, como por ejemplo, puede ser, la disuasión en la comisión de los mismos.

De todas formas, y en este punto me voy a posicionar personalmente, considero que en realidad, sí que existe necesidad y merecimiento de la pena, pero es más, ésta (la pena) no debería poder quedar excluida por el afán recaudatorio del Estado.

El motivo por el cual no se puede hablar de la innecesaridad de la pena, es porque pienso que existen verdaderas razones carácter preventivo-general y especial, y haciendo una comparativa; las mismas razones que existen para que un autor de un delito de

²¹¹ DEMETRIO CRESPO, E, "La punibilidad" en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo II. Teoría del Delito, Op. Cit.* pp. 360-361.



hurto pueda ser castigado con hasta 18 meses de prisión, pueden predicarse de aquellos que han cometido un delito de defraudación fiscal. Pues hablando en términos de justicia social, no es justo que el primero pueda ir a la cárcel y el defraudador pueda escaparse de la misma, cuando la cuantía del delito de hurto es tan irrisoria en comparación con la del fraude fiscal.

Recordemos que se puede decir, que la pena tiene como finalidad principal la disuasión de la comisión de futuros ilícitos, aunque si bien es cierto que su imposición no garantiza que estos no vuelvan a ser cometidos. La pena posee un carácter ejemplificante sobre el resto de la sociedad, concienciado a la misma del hecho de que la comisión de un delito lleva aparejada la imposición de una pena. Sin embargo, con la excusa absolutoria de la regularización tributaria, esta finalidad preventiva de disuasión no actúa puesto que el Estado se conforma tan solo con una compensación económica, cuando en realidad, ello no debería de ser así, sino que se debería buscar el equilibrio entre los motivos tributarios y los motivos de política criminal, siendo quizás el resultado más aceptable, o al menos a mí me lo parece, aquel que imponga al autor del delito, no solo la obligación tributaria de ponerse al día con la Hacienda Pública, sino también una sanción penal.

2-. POLÍTICA CRIMINAL Y REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA; ¿MOTIVOS PENALES O MOTIVOS TRIBUTARIOS?

2.1.- Evolución de la política criminal en el delito de defraudación a la Hacienda Pública.

Fue la ley 50/1977, de 14 de mayo, de Medidas urgentes de reforma fiscal, la encargada de introducir en nuestro ordenamiento jurídico el delito de fraude fiscal o de defraudación a la Hacienda Pública, recogiénolo en el viejo art. 319 CP. Y en el que en el plano de la política criminal destacaron dos aspectos; Por un lado, la previsión misma del delito fiscal en el CP y no en las leyes especiales, como era y es habitual en el derecho comparado²¹²; y por otro lado, la consideración del delito fiscal en la cúspide de un conjunto de medidas dentro de una política tributaria más amplia²¹³.

No obstante, debido a la escasa incidencia de este artículo, el legislador procedió, mediante la LO 8/1985, de 29 de abril, a introducir en el CP los "delitos contra la Hacienda Pública" marcando así un hito muy relevante en el plano de la política criminal, pues estábamos en presencia de un nuevo delito de fraude fiscal, que una vez más, llevó aparejada la modificación de la LGT. Todo ello implicó un incremento de la funcionalidad del delito de defraudación, pues en todo

²¹² Países como Alemania, Francia, Italia o Portugal, no definen en el CP esta materia, sino que lo hacen en leyes especiales. Estas leyes prevén por lo general, tanto para delitos como para infracciones, las penas y las sanciones, además de preceptos relativos al procedimiento.

²¹³ SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P, "Capítulo II. El precepto del artículo 305.4 del Código Penal en el contexto de la política criminal y tributaria" en *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, Op.Cit. p. 38.

caso, se eliminó la prejudicialidad administrativa²¹⁴ característica de la época anterior.

Nos encontrábamos ante una política criminal que de verdad pretendía luchar contra el fraude fiscal en nuestro país, actuando de manera implacable para así, poder prevenir de manera efectiva la comisión de este delito.

Sin embargo, una excepción a este rigor político-criminal lo constituye la previsión del entonces art. 61.2 LGT, el cuál establecía la posibilidad de quedar libre de sanciones si se procedía a ingresar el importe de la deuda, incluyendo el interés de demora, fuera de plazo y sin requerimiento previo²¹⁵, a lo que se le sumó la promulgación de la Ley 18/1991, de 6 de junio del IRPF, cuyas disposiciones normativas establecieron la posibilidad de evitar sanciones, no solo en el plano tributario, sino también en el ámbito penal.

Cuatro años más tarde, nos encontramos con la LO 6/1995, de 29 de junio, y la LO 10/1995, de 23 de noviembre, las cuales reformaron el CP introduciendo novedades tan importantes como los subtipos agravados y la regularización. A lo que se añadió la Ley 25/1995, de 20 de julio, que modificó de forma parcial y poco profunda la LGT.

²¹⁴ En este momento, los órganos de la administración tributaria, debían de detener sus actuaciones en el caso de constatarse la posible existencia de un delito penal.

²¹⁵ SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P, "Capítulo II. El precepto del artículo 305.4 del Código Penal en el contexto de la política criminal y tributaria" en *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, Op.Cit. p. 41.

Todo ello condujo a una situación en la que, tal y como sigue sucediendo en la actualidad, los evasores fiscales o los defraudadores quedan totalmente exentos de pena, si después de realizar una conducta típica antijurídica y culpable proceden a regularizar su situación con la Administración Tributaria. No obstante, para que esta tenga lugar, es necesaria una precisa e intensa coordinación entre la LGT y el CP.

En sus inicios, la política criminal del delito fiscal tuvo un carácter ascendente, o lo que es lo mismo, el legislador trató de imponer en la sociedad la conciencia de que defraudar a la Hacienda Pública era delito, y como tal, era y debía ser castigado con su correspondiente pena. No obstante, esta tendencia de carácter ascendente se vio detenida en el año 1995, momento en el cual, como ya he mencionado, el legislador decidió regular en el CP la excusa absolutoria de la regularización tributaria garantizando así la impunidad, para los que de manera voluntaria y sin requerimiento previo, ingresen las cuantías que hubieran defraudado, marcando así el inicio de un progresivo descenso de la presencia de motivos de política-criminal en este ámbito.

Pero, ¿por qué? es decir; ¿por qué el legislador trata de "eliminar" esa conciencia social anti-defraudatoria, para pasar a conceder impunidad a sus autores? Pues bien, en opinión de SANCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, la política criminal en materia de lucha contra el fraude fiscal es el producto derivado de una política económica-tributaria de mayor envergadura. El derecho penal se ha adaptado a una política criminal necesitada de alcanzar objetivos efectistas de seguridad, bienestar o prestaciones. Por lo que el derecho penal en materia de protección de la Hacienda Pública parece así haberse administrativizado, pues

puede decirse que se ha orientado a la protección de políticas sectoriales absolutamente explicables, pero no plenamente justificadas si son contempladas desde la perspectiva del derecho penal²¹⁶.

En definitiva, lo que ha sucedido es que los delitos penales han pasado de ser eficaces instrumentos al servicio de la política fiscal, a ser considerados como un elemento más del sistema tributario.

Y es que, la regularización fiscal fue introducida en el CP una vez que el sistema tributario en su conjunto estaba plenamente conformado, comprobándose así que la regularización fiscal ha sido fruto de la necesidad de una evolución en la política tributaria, puesto que la regularización fiscal, para el ámbito tributario, se constituye como un instrumento apto y necesario en el marco de una política fiscal más amplia que pretendía dar entrada al obligado tributario al cumplimiento de sus obligaciones y mejorar la eficiencia de la gestión de sus tributos²¹⁷, y ello es básicamente, el elemento determinante que ha condicionado e influido en la política criminal.

En conclusión, podemos decir, que aunque inicialmente fueron motivos de política-criminal los que caracterizaron el delito fiscal, en la actualidad, son los motivos de política tributaria los que condicionan y determinan esta importante figura delictiva.

²¹⁶ *Ibídem*, pp. 69-70.

²¹⁷ *Ibídem*, p. 71.

VII-. CONCLUSIONES

Del estudio de ésta cláusula de regularización tributaria contenida en el art. 305.4 CP podemos extraer las siguientes conclusiones:

- I. A pesar de que la primera manifestación de la cláusula de regularización tributaria la encontramos en el art. 61.2 LGT, no fue hasta la entrada en vigor de la LO 6/1995, de 29 de junio, cuando ésta quedó recogida en el viejo art. 349 CP.

Su introducción en el ordenamiento jurídico se debió fundamentalmente a motivos de carácter administrativo-tributario, y en concreto, a la entrada en vigor de las DA 13º y 14º de la Ley 18/1991, del IRPF, pues fueron las encargadas de modificar el art. 61.2 LGT al recoger la posibilidad de canjear y posteriormente regularizar activos financieros. A lo que se le suma, la no apreciación por los órganos judiciales de la inexistencia de responsabilidad declarada en estas DA, lo que conllevó un panorama caracterizado por la inseguridad jurídica cuya solución pasó por la introducción en el CP de dicha cláusula de regularización tributaria.

- II. Se puede decir que han sido fundamentalmente cuatro las tesis que la doctrina ha sostenido acerca de la naturaleza jurídica de la cláusula de regularización tributaria. Dichas posiciones son: La ausencia de regularización como elemento negativo del tipo, la regularización como una causa de justificación, la regularización implica la exclusión de la tipicidad de la conducta fiscal y la regularización como excusa absolutoria.



Es esta última tesis la más reconocida por la doctrina, pudiéndose así afirmar que se trata de la posición doctrinalmente dominante. No obstante es de destacar que poco a poco y gracias también en parte a la evolución legislativa que ha ido teniendo lugar en la materia, este sector ha ido reelaborando esta tesis, hasta así llegar a considerar a la cláusula de regularización tributaria como una verdadera excusa absolutoria de levantamiento de la pena, que conlleva una exoneración retroactiva de la punibilidad. Con otras palabras, el obligado tributario que después de la comisión del ilícito penal, regularice su situación tributaria cumpliendo con todos los requisitos y sin que hubiera tenido lugar ninguna de las tres situaciones de bloqueo, se procederá a levantarle la pena que efectivamente le correspondería, es decir, se elimina la punibilidad de su acción.

- III. Los requisitos para que pueda ser apreciada esta excusa absolutoria son dos: El primero es la comunicación a la administración pública de los datos previamente falseados u omitidos y el segundo es el ingreso de la deuda.

Con respecto al primero de los requisitos, es de señalar que el deber de presentar una declaración complementaria es incuestionable, convirtiéndose así como el punto básico de partida. Dicha comunicación, que a pesar de carecer de prácticamente de formalidades,

necesita cumplir con requisitos tales como; claridad, veracidad o plenitud.

No obstante, sobre el segundo de los requisitos, relativo a la necesidad de pago, existe un intenso debate doctrinal, pues mientras que un sector aboga por su innecesaridad, otro sector sostiene, que se trata de un requisito necesario para entenderse regularizada la situación. A mí personalmente, me parece más correcta esta segunda postura, pues en el caso contrario, el obligado tributario tan solo habría comunicado a Hacienda la efectiva defraudación pero no abonaría la cuota tributaria, lo cual iría en perjuicio del resto de obligados tributarios que sí han declarado y abonado sus impuestos en su debido momento, pues estos sí que han procedido a abonar sus cuotas a Hacienda y el defraudador, en cambio, no estaría obligado a ello.

- IV. Otro aspecto muy importante que afecta a la eficacia de la regularización tributaria, son las causas de bloqueo, pues la regularización para ser válida debe producirse antes de que tengan lugar, es decir, estas causas tienen como finalidad determinar el momento a partir del cual el sujeto no puede regularizar su situación.
- V. Las dudas de constitucionalidad que ha suscitado ésta cláusula de regularización tributaria han sido muchas, y fundamentalmente han estado basadas; En primer lugar, en el hecho de que la autodenuncia en el ámbito del delito de fraude



fiscal excluye la condena penal, y sin embargo, en otras figuras análogas es solo una atenuante. Y en segundo lugar, las dudas de constitucionalidad se centran en la posible vulneración de los arts. 14 y 31.1 CE.

Tanto en un caso como en otro, el TC ha sostenido que la CE no se ha vulnerado y por ende, se ha declarado la legalidad de estas cláusulas, siendo el principal argumento sostenido el siguiente; El diferente trato jurídico que se otorga a los delitos contra la Hacienda Pública es debido a la necesidad de afloración de rentas ocultas, no resultado en ningún caso este trato ni desmedido, ni desproporcionado, ni mucho menos arbitrario.

- VI. Aunque inicialmente fueron motivos de política-criminal los que propiciaron la regulación del delito de defraudación pública, los cuales intentaron concienciar a la sociedad de la gravedad que implicaba la comisión de tal ilícito. Poco a poco, y debido a la incidencia de en este delito de la regulación en el plano administrativo-tributario, éstos motivos de política criminal han ido desapareciendo de la regulación del delito de fraude fiscal, para ir dando paso a motivos de política-tributario, materializados en el intento por parte del Estado de aumentar sus ingresos, hasta que finalmente, el delito del art. 305 en general, y la cláusula del apartado 4 del mencionado artículo se han convertido en meros instrumentos al servicio de la recaudación del Estado.

Todo ello, quizás es lo que ha provocado la consideración de la cláusula de regularización como una excusa absolutoria, pues, personalmente considero, que si fueran verdaderos motivos de política criminal los que configuraran tal ilícito, el legislador no hubiera decidido excluir la imposición de la pena a cambio del pago de la cuota defraudada por el obligado tributario, sino que, o bien no se habría configurado con tal naturaleza jurídica, o quizás incluso no estaría presente, ya que con ella se desincentiva y casi que se fomenta la comisión de este ilícito, ya que si Hacienda no te "pilla" tienes mucho que ganar, y en el caso de que te "pille", pierdes poco pues con el abono de una determinada cuota es suficiente. Sin embargo, en el plano de la política criminal, quizás interesaría más la imposición de una pena, para así, volver a concienciar a la sociedad de que delinquir es un hecho reprobable y por ende, merecedor de ser castigado.

VIII-. BIBLIOGRAFÍA

APARICIO PÉREZ, J, *El delito fiscal a través de la jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 1997.

BAJO, M y BACIGALUPO, S, *Derecho penal económico*, Centro de Estudios Ramón Arces, S.A, 2000.

BOIX REIG y MIRA BENAVENT, *Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.



BORJA JIMENEZ, E, *Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 56, fasc. 1, 2003.

BRADARIZ GARCÍA, J A, *Estudios penales y criminológicos XXIV*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.

BRANDARIZ GARCÍA, J A, *Sobre el concepto de regularización en las causas de levantamiento de la pena de los art. 305 y 307 CP*, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, 1988.

CAZORLA PRIETO, L M, *La llamada "amnistía fiscal". Estudio pormenorizado de la regularización fiscal especial (Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo)*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

CORRAL GUERERRO, L, *Potestad tributaria de comprobación*, Cuaderno de Estudios Empresariales, Nº3, Madrid, 1993.

DEMETRIO CRESPO, E (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo II. Teoría del Delito*, Madrid, Iustel, 2011.

DIEZ LIRIOS, L C, *La naturaleza jurídica de la regularización tributaria tras la entrada en vigor de la LO 7/2012*, Revista de Jurisprudencia, nº2, septiembre de 2013.

DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS, *Informe de 27 de junio del 2012 sobre diversas cuestiones relativas al procedimiento de regularización derivado de la presentación de la declaración tributaria especial*.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Consulta 4/1997, de 19 de febrero, sobre la extensión a terceros partícipes de los efectos de la regularización fiscal.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 2/2009 sobre la interpretación del término regularizar en las excusas absolutorias previstas en los apartados 4 del art. 305, y 3 del art. 307 del Código Penal.

GARCÍA TIZÓN LÓPEZ, A (Dir.) y BAL FRANCES, E (Coord.), *Manual de delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2004.

GONZALEZ DE MURULLO, J L y CORTÉS BECHIARELLI, E, *Delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, Edresa, 2002.

GONZALEZ DE MURULLO, J L y MERINO JARA, J, *La regularización tributaria en la reforma de los delitos contra la Hacienda Pública*, Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, nº 236, 1995.

HERRERO DE EGAÑA y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J M, *Estudio sobre el delito fiscal del art. 349 del Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio*, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 239, 1996.

IGLESIAS CASAIS, J M y GONZALEZ MENENDEZ, A, *La evasión fiscal y su "amnistía". La justicia tributaria en un contexto de crisis económica*, Dereito: Revista jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela, Vol. 22, nº extra 1º, Noviembre de 2013.

IGLESIAS RIO, M A, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (Un análisis de la*

"autodenuncia". Art. 305.4 CP), Valencia, Tirant lo Blanch monografías, 2013.

MARTINEZ ARRIETA MARQUEZ DEL PRADO, I, *El autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente al blanqueo de capitales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

MARTINEZ BUJÁN, C, *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (estudio de las modificaciones introducidas por la LO 6/1995, de 29 de junio)*, Madrid, Tecnos, 1995.

PEREZ ROYO, F, *Más que una amnistía*, Revista española de Derecho Financiero, nº 154, 2012.

QUINTERO OLIVARES, G (Dir.) y MORALES PRATS, F (Coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2011.

QUINTERO OLIVARES y VALLE MUÑIZ (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Pamplona, Aranzadi, 1999.

SÁNCHEZ HUETE, M A, *Medidas tributarias anticrisis en España: Análisis específico de la amnistía fiscal*, Revista de derecho (Valdivia) online, Vol. 26, nº1, 2013. (Disponible en el siguiente enlace: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071809502013000100005&script=sci_arttext). (Contenido revisado el día 14 de abril de 2016).

SANCHEZ - OSTIZ GUTIERREZ, P, *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, Navarra, Aranzadi monografías, 2002.

SANZ DIAZ PALACIOS, J A, *Las amnistías fiscales en España. La "declaración tributaria especial" del año*

" EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR FRANCÉS: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES Y PERSPECTIVA ACTUAL"

D. Carlos-M^a. Rodríguez Sánchez

Asesor Jurídico de la Administración de la JCCM

Fecha de finalización del trabajo: 9 de mayo de 2017

RESUMEN

El derecho administrativo sancionador en Francia posee una especial fisonomía, cuyos rasgos definitorios pueden considerarse herencia de la peculiar interpretación del principio de separación de poderes en aquel país. La necesidad de preservar la distinción de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial explican instituciones como el histórico "*référé législatif*"; y más actualmente, la independencia del Reglamento respecto de la Ley o, desde el punto de vista procesal, el denominado "recurso por exceso de poder".

En el presente artículo, se efectúa un breve recorrido por estos avatares históricos, desde la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, hasta el vigente sistema actual en el andamiaje constitucional de la V República, para acabar exponiendo la interpretación vigente de los principios básicos sustantivos y procedimentales del derecho sancionador francés. Entre ellos destacaremos como más significativos el amplio concepto de sanción, los grandes márgenes de tipificación reconocidos al Reglamento, la imposición de un sistema de responsabilidad objetiva ligado a las "*contravenciones*" cuyo desarrollo, al igual que ocurre con el derecho español, ha ido produciéndose a través de las aportaciones del Consejo Constitucional y el Consejo de Estado.

PALABRAS CLAVE

Derecho administrativo sancionador; référé legislatif; delitos, crímenes y contravenciones; sanciones; separación de poderes; Consejo de Estado; Consejo Constitucional; Ley y Reglamento; Responsabilidad objetiva; recurso por exceso de poder; recurso de plena jurisdicción.

ABSTRACT

The sanctioning administrative law in France has a special physiognomy, whose defining features can be considered inheritance of the peculiar interpretation of the principle of separation of powers in that country. The need to preserve the distinction of legislative, executive and judicial functions explains institutions such as the historical "*référé legislative*"; and more at present, the independence between Regulation and Law

or, from the procedural point of view, the so-called “resource for excess of power”.

In the present article, a brief tour of these historical avatars is made, from the Declaration of Rights of Man and Citizen of 1789, to the current system in the constitutional scaffold of the Fifth Republic, to end up exposing the current interpretation of the substantive and procedural basic principles of French sanctioning law. Among them, we will highlight as more significant the wide concept of sanction, the great margins of typification recognized to the Regulation, the imposition of a system of objective responsibility linked to the “contraventions” whose development, as it happens with the Spanish law, has been taking place through the contributions of the Constitutional Council and the State Council.

KEY WORDS

Administrative sanctioning law; Référé législatif; Crimes, offences and contraventions; Sanctions; separation of powers; Council of State; Constitutional Council; Law and Regulations; Objective responsibility; Resource for excess power; Resource of full jurisdiction.

SUMARIO

I.- LAS FUNCIONES JUDICIALES EN LA DOCTRINA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES.

II.- LAS DIFICULTADES PARA LA INSTAURACIÓN DE UN SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN FRANCIA.

III.- ORIGEN Y CARACTERES GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR FRANCÉS.

- A) CONSTITUCIONALIDAD DE LA POTESTAD.
- B) NATURALEZA DE LA POTESTAD SANCIONADORA.
- C) EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD/TIPICIDAD.
- D) EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY SANCIONADORA DESFAVORABLE.
- E) EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD DE LAS PENAS.
- F) EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.
- G) NON BIS IN IDEM.
- H) LOS PRINCIPIOS PROCEDIMENTALES.
- I) EL CONTROL JURISDICCIONAL.

I.- LAS FUNCIONES JUDICIALES EN LA DOCTRINA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES.

El hecho de que en Francia exista gran reticencia a la aceptación de un sistema administrativo de infracciones y sanciones puede considerarse una reminiscencia histórica de la mentalidad que presidió en su día el movimiento de la Revolución francesa, basado en una rígida interpretación del principio de separación de poderes que, en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano²¹⁸, se configura como uno de los presupuestos básicos de un sistema constitucional, hasta el punto de afirmarse que *"Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de*

²¹⁸Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789.

derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”.

Ahora bien, en un país en el que la Ley se había convertido en la expresión de la voluntad general (artículo 6 de la Declaración de Derechos) y se mantenía un enorme recelo en la independencia de un juez al que inevitablemente se vinculaba con el *Ancien Régime*, no era posible conceder a aquél grandes márgenes de actuación²¹⁹. Hubo así que delimitar las funciones de la judicatura tanto de las propiamente legislativas como de las que pudieran corresponder al poder ejecutivo lo que, en la práctica, supuso la subordinación del juez a los restantes poderes.

La supremacía del poder legislativo sobre el juez se consumó mediante el denominado *référé legislatif*. Sin entrar muy a fondo en este tema – que nos alejaría de la línea expositiva que debemos seguir – dicha institución se recogió, en su modalidad facultativa, en la Ley de 16 a 24 de agosto de 1790, y con carácter obligatorio en la ley 27 de noviembre-1 de diciembre

²¹⁹ ¿Cuál fue el origen de esta interpretación típicamente francesa de tal principio? Baste decir aquí que ella fue el resultado, por una parte, del dogma de separación de los poderes estatales – a la moda hacia fines del siglo XVIII en Francia bajo la influencia del filosofismo político inglés – y, por otra, de una situación propia de la Francia dieciochesca producida por la desconfianza justificada hacia el Poder Judicial, cuyas maneras y actitudes fueron una de las causas preponderantes de la ruina del *Ancien Régime*, al oponerse obstinadamente a toda reforma concebida por la Corona, a fin de reformar las muy pesadas estructuras que mal podían adaptarse a las necesidades políticas y económicas de aquella época”. SOTO KLOSS, E: “*Notas sobre el Tribunal de Conflictos francés*”. Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile. Nº 9. 1968. Pág. 170.

del mismo año. Con esta última naturaleza acabó plasmándose más tarde en el Título III, Capítulo V, artículo 21, de la Constitución de 1791 donde, sustancialmente, se configura al órgano supremo del poder judicial (denominado *Court de Cassation*) como el encargado de garantizar la aplicación mecánica de la ley por los jueces, de modo que cuando, con motivo de un conflicto concreto, se suscitara una controversia sobre dicha aplicación, ésta tuviera que ser sometida al poder legislativo para su aclaración²²⁰. Y es que, en las propias palabras de ROBESPIERRE, "*...allí donde finaliza el poder judicial, comienza la autoridad del tribunal de casación*"²²¹.

²²⁰ Este artículo dispone: "*Cuando después de dos ocasiones el fallo del tercer tribunal fuera atacado por los mismos medios que los dos primeros, la cuestión no podrá ser planteada nuevamente al Tribunal de Casación sin haber sido sometida al cuerpo legislativo, que emitirá un decreto declaratorio de la ley, al que el tribunal de casación tendrá necesariamente que ajustarse*".

²²¹ En su transcripción literal más completa ROBESPIERRE afirmaba: "*Los tribunales se establecen con la finalidad de decidir las discusiones entre ciudadanos; allí donde finaliza el poder judicial, comienza la autoridad del tribunal de casación. Es sobre el interés general, sobre el mantenimiento de la ley y la autoridad legislativa, sobre lo que debe pronunciarse el tribunal de casación. Dado que el poder legislativo no establece más que la ley general, cuya fuerza depende de su exacta observancia, si los magistrados pudiesen sustituirla por su propia voluntad, se convertirían en legisladores. Es por ello necesario establecer la vigilancia que mantenga a los tribunales dentro del principio de la legislación. ¿Este poder de vigilancia deberá ser parte del poder judicial? No, porque es el propio poder judicial el vigilado. ¿Deberá ser el poder ejecutivo? No, porque se convertiría en dueño de la ley. ¿Debe ser, en fin, un poder diferente de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial? No,*

Respecto del poder ejecutivo, la Ley del 16 al 24 de agosto de 1790, en su artículo 13, separó radicalmente las funciones judiciales de aquéllas, prohibiendo a los jueces, so pena de prevaricación, perturbar de cualquier modo las operaciones de los cuerpos administrativos²²². En esa misma línea, la Ley del 7 al 14 de octubre de 1790, en su artículo 3²²³, advirtió que las reclamaciones por incompetencia de los cuerpos administrativos no competían nunca a los tribunales, sino al Rey, en cuanto jefe de la Administración²²⁴.

Quedó así separada la jurisdicción en dos bloques: la *judicial* (que resolvía los litigios entre particulares) y la *administrativa*, constituida como autoridad separada del poder judicial para juzgar a la Administración. Es

porque yo no conozco cuatro poderes en la Constitución. Este poder de vigilancia es, por tanto, una dependencia del poder legislativo. En efecto, según los principios auténticamente reconocidos, es al legislador a quien corresponde la interpretación de la ley que él mismo ha hecho; incluso en el antiguo régimen estaba consagrado este principio". Véase: BLANCO VALDÉS, R.L. "Francia, o la Constitución hecha ley". Fundamentos, nº 6. 2010. Pág. 100-105.

²²² En su versión original: "*Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeurent toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer eux les administrateurs pour raisons de leurs fonctions*".

²²³ Literalmente: "*Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs seront portées au roi, chef de l'administration générale*".

²²⁴ LAUBADERE, A: *Traité élémentaire de Droit Administratif*. Paris, 1953, pág. 245.



decir que, junto con la *Court de Cassation*, supremo órgano de lo que podríamos llamar "jurisdicción judicial" (en terminología francesa: *jurisdiction judiciaire*), tuvo que crearse un órgano supremo de la "jurisdicción administrativa" que, tomando como referencia su homólogo del Antiguo Régimen, se constituyó con su actual perfil en la Constitución de 13 de diciembre de 1799, con la denominación de *Conseil D'État*²²⁵.

Esta dualidad de órganos provocó inmediatamente la dificultad de deslindar los asuntos que debían corresponder a una y otra jurisdicción, pues la mera existencia de un interés público no convertía a los litigios en administrativos, ni tampoco la presencia de la Administración garantizaba el régimen de derecho público de la controversia. Tras diversas vicisitudes, en la época del Consulado (por el Reglamento de 5 Nivôse del año VIII), se confiaron las competencias de delimitación entre unas y otras al *Conseil D'État*, lo que implicó, en la práctica, una supremacía política del poder ejecutivo sobre el judicial hasta que, tras la caída de Napoleón III, con la Ley de 24 de mayo de 1872, se consolidó definitivamente un *Tribunal des Conflicts*, integrado por miembros de los dos órganos jurisdiccionales ya existentes²²⁶.

²²⁵ Está documentada esta denominación desde el reinado de Enrique III, en 1551. Véase: BALLÉN, R: "*El Consejo de Estado francés en el Antiguo Régimen*". Revista Diálogos de Saberes nº 25. Bogotá, 2006. Pág. 31.

²²⁶ Decimos que en esta fecha se consolidó porque hubo un periodo anterior en que funcionó un órgano de esta naturaleza en la Constitución de 4 de noviembre de 1848 (art. 89), que quedó sin efecto en 1852.

II.- LAS DIFICULTADES PARA LA INSTAURACIÓN DE UN SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN FRANCIA.

Otra lectura de las limitaciones al papel del juez en el modelo francés de separación de poderes permite explicar asimismo las reticencias existentes a la hora de consagrar un órgano de control de constitucionalidad de las leyes en aquel país. También aquí han influido decisivamente prejuicios del Antiguo Régimen y, en particular, el recelo de los revolucionarios por las instituciones de los *Parlements*, auténticos órganos jurisdiccionales en su época, que tanto contribuyeron a la caída de la Monarquía, al oponerse sistemáticamente a las tímidas reformas con las que aquélla pretendía adaptarse a los nuevos tiempos²²⁷.

El dogma de absoluto imperio de la ley y la convicción de que era la Asamblea General la única depositaria de la soberanía nacional, trajo como consecuencia inevitable un concepto de Constitución entendido sólo como documento de valor político, desprovisto de todo carácter normativo, a diferencia de lo que ocurrió en los Estados Unidos de Norteamérica, donde desde sus orígenes, a la Constitución se le reconoció un valor normativo, por encima de las leyes, plasmado en la conocida sentencia *Madison vs. Marbury*.

Los excesos del terror jacobino que acabaron por conducir a la guillotina a uno de sus máximos partidarios (Robespierre), suscitaron las geniales reflexiones del abate SIÈYES, presentadas por primera

²²⁷ CAMBA COSTENLA, M del C: "La justicia constitucional en Francia. Una brecha en el muro". Revista catalana de derecho público nº 20. 1988. Pág. 260.

vez a la Convención en su proyecto de 2 de Termidor del año III republicano, donde defendía la instauración de un *jury constitutionaire*, aclarando que: *"Lo que pido es un verdadero cuerpo de representantes que tenga la misión especial de juzgar las reclamaciones que se puedan hacer contra todo atentado cometido contra la constitución"*.

Para ello, no era válido, como se aceptaría en los Estados Unidos de Norteamérica, el sistema judicial ordinario pues, como observaba el autor citado: *"...Pensad en el sabio Decreto por el cual habéis prohibido a los jueces ordenar que se presenten ante ellos los administradores, a causa de sus funciones; con mayor razón no les concederéis la facultad de ordenar que se presenten ante ellos los primeros cuerpos políticos de la nación. No, no podéis ignorar tanto la importancia del texto constitucional que lo reconduzcamos a no ser sino un título del Código Civil"*²²⁸. Y ante la impasibilidad del sector dominante, incapaz de imaginar que la Asamblea, como representante de la soberanía nacional, pudiera en algún momento dictar leyes contrarias a la Constitución, concluía:

"Una constitución es un cuerpo de leyes obligatorias, o no es nada; si es un cuerpo de leyes se puede preguntar uno dónde se encuentra su guardián y dónde la magistratura de tal código... Las leyes, cualesquiera que puedan ser, suponen la posibilidad de su infracción, junto con una necesidad real de hacerlas respetar... ¿a quién habéis nombrado para recibir la denuncia de que se haya infringido la constitución? ¿y a quién para

²²⁸ PANTOJA MORÁN, D: *"El supremo poder conservador. El diseño institucional en las primeras Constituciones mexicanas"*. México D.F., 2005. Págs: 207 y ss.

*aplicar la ley?... Se hace uno ilusiones cuando confía en la observancia de una ley que no tenga más garantía que la buena voluntad. Una ley cuya ejecución está fundada solamente en la buena voluntad es como una casa cuyos techos descansen sobre los hombros de quienes la habitaran. Sobra decir lo que ocurriría tarde o temprano*²²⁹ .

A no menor altura rayaron los detractores de la iniciativa. Así Pierre-Florent Louvet, mostró su desconfianza utilizando el viejo interrogante clásico "Quis custodit custodes?" con el siguiente razonamiento:

"No dudéis que el cuerpo que se os propone instituir muy pronto se considerará el primero de la República. La ambición puede deslizarse en ese cuerpo y quién podrá entonces calcular dónde se detendrán los intentos de un poder dotado del derecho de paralizar todas las leyes". Y a él se unió el diputado Thibaudeau, que ironizó su negativa con una bellísima metáfora: *"Se cuenta que entre un pueblo de las Indias existe la creencia de que el mundo está sostenido por un elefante y éste por una tortuga; pero cuando se pregunta a los nativos quién sujeta a la tortuga nadie sabe contestar"*²³⁰.

El Jurado Constitucional propuesto por Sieyès, se transformaría en el Senado a partir de la Constitución

²²⁹ SIEYÈS, E.: *"¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios"*, Madrid, Alianza Editorial, 1989, p. 144.

²³⁰ DOMÍNGUEZ VILA, A y PÉREZ SÁNCHEZ, G: *"50 años de Corte Constitucional Italiana; 25 años de Tribunal Constitucional español"*. VI Jornadas ítalo-españolas de Justicia Constitucional. Ministerio de Justicia, 2007. Pág. 122.

francesa del año VIII, cuyos artículos 21 y 37 le concedieron la facultad de mantener o anular preventivamente – es decir, antes de su promulgación – los actos que se le remitieran como inconstitucionales por el Tribunado o por el Gobierno, si bien la supresión del primero en 1807 dejó sin alcance práctico estos preceptos, hasta que esta misma fórmula se repitió, incrementando más sus poderes, en la Constitución de 1852 elaborada por Napoleón III.

Bajo la Constitución de la III República (1875-1940) el Parlamento rechazó todas las proposiciones normativas, incluso las más modestas, tendentes a instaurar un mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes. Y en la IV República, su segunda Asamblea Constituyente, instauró por la vía de un Comité Constitucional un control indirecto de constitucionalidad de las leyes: el Comité sólo podía observar la disconformidad constitucional de la ley a la Asamblea y, si ésta persistía en su aprobación, había que promover una revisión constitucional²³¹.

El régimen vigente data de la Constitución de 4 de octubre de 1958, que instaura el Consejo Constitucional en la V República francesa. Desde entonces, esta institución ejerce el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes en Francia y los reglamentos de las asambleas parlamentarias: inicialmente sólo antes de la promulgación pero, desde el 1 de marzo de 2010, y tras la reforma constitucional

²³¹ CEDIE, R y LEONNET, J: *"El Consejo Constitucional francés"*. Trad. LIÉBANA, C.F. Revista de Estudios Políticos. Madrid, 1966. Pág. 70.

de 23 de julio de 2008, también este control puede ejercerse a posteriori²³².

A continuación vamos a centrarnos en la exposición de los principios más relevantes de la potestad administrativa sancionadora, tomando como referencia la doctrina de este órgano y la del propio *Conseil D'Etat*.

III.- ORIGEN Y CARACTERES GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR FRANCÉS.

A) CONSTITUCIONALIDAD DE LA POTESTAD

La interpretación rigorista del principio de separación de poderes consagrado en el artículo 16 de la Declaración de 1789, ha supuesto, sin duda, un importante obstáculo para la aceptación de la potestad sancionadora administrativa en Francia, al entenderse que los órganos jurisdiccionales penales debían ser la sede natural para el ejercicio del *ius puniendi*.

Ahora bien, este dogma fácilmente aceptable en la época del estado liberal – cuya única pretensión era preservar la defensa, la policía y la justicia observando en lo demás la más estricta neutralidad – empieza a ceder a partir de la Primera Guerra Mundial, en paralelo a la noción del “servicio público” propia del nuevo modelo social de Estado, que toma como misión asegurar prestaciones a sus ciudadanos. Esta es, en efecto, la época en que la Administración empieza a implantar sus infraestructuras viarias, fluviales y ferroviarias; en la que se desarrollan los suministros de

²³² <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

gas y electricidad y, en definitiva, en la que la asistencia social y la sanidad se convierten en asuntos de interés general²³³.

Se abre así un segundo gran resquicio en la relativización del principio de separación de poderes. Si hasta el momento hemos analizado cómo se logró la limitación del poder judicial, ahora se va a poner de manifiesto la necesidad de que la Administración pueda asimismo dictar normas sobre los nuevos ámbitos de actividad en los que el concepto de servicio público le hace intervenir con un papel marcadamente protagonista. Este protagonismo y la inmediatez de respuesta exigida hace que, por un lado, la Administración se considere el sujeto más capacitado para regular y que, por otro, sea desaconsejable el lento procedimiento de aprobación de leyes. Empieza entonces a fraguarse la idea de que si, a una autoridad administrativa se le reconocen competencias de ordenación, también ha de poder encauzar la libertad de los operadores económicos, sea a través de la reglamentación de ese sector, sea mediante la represión de las infracciones que se podrían cometer²³⁴.

Con la Constitución francesa de 1958 triunfan, por tanto, dos elementos sustanciales que cuestionan la absoluta primacía del poder legislativo tal como lo entendieron los revolucionarios del siglo XVIII. En primer lugar, como antes se ha expuesto, un sistema de control de constitucionalidad de las leyes, al crearse

²³³ WEIL, P. y POUYAUD, D: "*Que sais-je? Le droit administratif*". 17ª ed. Vendôme, 1997. Págs. 14 y 15.

²³⁴ PASCUAL MEDRANO, A: "*La Ley y el reglamento en el derecho constitucional francés*". Revista de Estudios Políticos. Nº 106. Octubre-Diciembre, 1999. Págs. 179- 229.

el Consejo Constitucional. Pero también –y no menos importante– la consagración de la autonomía del poder reglamentario, al establecerse en los artículos 34, 37 y 41 del Texto Magno ámbitos materiales tasados a la ley, fuera de los cuales, la competencia sería del reglamento.

Si históricamente la ley lo había podido todo, hasta el punto de relegar al reglamento a una posición jerárquicamente subordinada a aquélla (como ocurre en el sistema español), a partir de la V República la diferencia entre ley y reglamento pasará a explicarse más bien por el principio de competencia, de modo que tan inconstitucional ha de ser una ley que invada atribuciones del reglamento, como la circunstancia inversa.

En este poder reglamentista reconocido a la Administración como consecuencia de su actividad prestacional es donde hay que buscar el origen de la potestad administrativa sancionadora en Francia. Esta se construye, pues, sobre la preexistencia de un vínculo entre el sancionado y la Administración que, tomando como punto de partida las relaciones especiales de sujeción, fue ampliando su reduccionista visión a otros supuestos en los que el funcionamiento del servicio público requería la adopción de medidas policiales. Como reflejo de esta filosofía podemos leer, el año 1937, la afirmación de MARCEL WALINE en el seno del Consejo de Estado, acerca de que *"...cualquier persona que trabaje relaciones con la Administración se sitúa de este modo en la esfera en la que se ejerce su potestad disciplinaria"*²³⁵.

²³⁵ Citado por FERNANDEZ TORRES, J.R: *"La potestad sancionadora en el Derecho comparado. Francia (I)"*. Documentación Administrativa, nº 283. Madrid, 2009.

Como recuerda el profesor NIETO, esta tesis desarrollada por AUBY fue la mayoritaria en la doctrina francesa hasta fechas muy recientes: la sanción administrativa presupone un vínculo individualizado entre la Administración y el interesado, cuando este último colabora en la ejecución de un servicio o se beneficia de una autorización o una prestación otorgada por aquélla. Este poder, no podría ampliarse a las relaciones generales del Estado y los ciudadanos, sin suplantarlo de forma intolerable el ámbito propio del Derecho Penal²³⁶.

La doctrina anterior tenía, sin embargo, sus días contados en la medida en que se afianza la naturaleza independiente del Reglamento, teoría que, por otra parte, no ha sido de fácil digestión entre nuestros vecinos. El paso siguiente lo da, por tanto, el Consejo Constitucional al desvincular la potestad sancionadora de la mayor o menor intensidad que pueda darse en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, proclamando que el ejercicio de dicha potestad, cuando una autoridad administrativa actúe en el marco de sus prerrogativas públicas, no resulta contraria al principio de separación de poderes. Así lo afirma en el considerando sexto de su Decisión 89/260, de 28 de julio de 1989, si bien estableciendo dos condiciones adicionales: en primer lugar que la sanción no consista en privación de libertad y, por otra parte, que el ejercicio de ese poder se rodee legalmente de medidas destinadas a salvaguardar los derechos y libertades garantizados constitucionalmente.

²³⁶ NIETO, A: "*Derecho administrativo sancionador*". 3ª ed. Tecnos, 2002. Págs. 193-194.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, admitiendo la validez de la sanción administrativa, aunque recordando la necesidad de respetar el derecho a un proceso justo, como exige el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos²³⁷. Esta doctrina tiene especial transcendencia en el seno del Consejo de Estado y del Consejo Constitucional cuando se trata de reconocer las posibilidades de reglamentación y sanción a las autoridades administrativas independientes, a las que se ha llegado a asimilar a entes cuasi jurisdiccionales en lo que se refiere a la exigencia de imparcialidad de sus miembros, así como en las exigencias de separación de las funciones instructoras y sancionadoras²³⁸.

B) NATURALEZA DE LA POTESTAD SANCIONADORA.

La construcción dogmática de la potestad administrativa sancionadora en Francia ha basculado en torno a la potestad punitiva penal y sus principios. El artículo 8 de la Declaración de 1789, según el cual "*La ley no debe establecer sino las penas estricta y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado*

²³⁷ CEDH, 21 de febrero de 1984, Oztürk / R.F.A., nº 8544/79.

²³⁸ Entre ellas hay que destacar: RR del Consejo de Estado 5 de febrero de 1999 (Comisión de Operaciones Bursátiles); 5 de octubre de 1999 (Consejo de la Competencia); 3 de diciembre de 1999 (Consejo de Mercados Financieros); 29 de julio de 2002 (Consejo Superior de lo Audiovisual); 28 de octubre de 2002 (Comisión de Control de Seguros). Véase también Decisión CC nº 2012/280, de 12 de octubre de 2012).

*más que en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y legalmente aplicada*²³⁹, ha servido, por tanto, al Consejo Constitucional francés para recordar que estos principios, de inequívoca naturaleza penal, se aplican no sólo a las penas impuestas por los órganos jurisdiccionales, sino que también resultan extensibles a las medidas de naturaleza sancionadora impuestas por una autoridad administrativa²⁴⁰.

No hay verdaderamente en Francia una distinción cualitativa entre ilícitos penales y administrativos. De hecho, estos últimos se han construido en torno a la figura de la *contravention* que, como en su momento explicaremos, es la modalidad más leve dentro de la clasificación tripartita de las infracciones penales. Existe, en efecto, una tendencia doctrinal a considerar estas últimas como "penas ligeras" sin la virtualidad infamatoria y traumatizante de las sanciones penales, a las que se recurre por razones de eficacia para reprimir conductas de naturaleza disciplinaria o las que suponen el desconocimiento de reglas técnicas, sin más transcendencia para la colectividad general. Ello ha sido determinante para que se reconozca la posibilidad de regularlas e imponerlas por las autoridades administrativas.

En cualquier caso, la aplicación de los principios de la potestad punitiva al ámbito administrativo, como

²³⁹ "La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée".

²⁴⁰ Decisiones: 89/260 de 28 de julio de 1989; 92/311, de 29 de julio de 1992; 93/325, de 13 de agosto de 1993.

veremos en los siguientes epígrafes, los ha flexibilizado de tal forma – eliminando en la práctica alguno como el principio de culpabilidad – que resulta más acertado afirmar que también en Francia el derecho administrativo sancionador ha acabado siendo independiente del ordenamiento penal²⁴¹.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que, en el derecho francés al igual que en el anglosajón, el concepto de sanción administrativa es mucho más amplio que el español. Se incluye en él cualquier medida restrictiva de derechos de los particulares, incluso las de restablecimiento de legalidad por los incumplimientos culpables de estos. Sustancialmente, por tanto, se pueden distinguir las sanciones privativas de derechos y las de naturaleza patrimonial: desde advertencias o amonestaciones en asuntos disciplinarios, hasta multas, pérdida de ventajas, revocación de autorizaciones, cierres de establecimientos o instalaciones, prohibiciones de ejercer una profesión etc.

C) EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD/TIPICIDAD.

Por la distribución de competencias entre la ley y el reglamento, es evidente que las infracciones y sanciones administrativas en Francia no necesariamente se establecerán en una norma con rango de ley, sino que genéricamente deberán estar previstas en la *legislación* (por utilizar la fórmula del artículo 25.1 de la Constitución Española de 1978, tan criticada en nuestra doctrina)²⁴².

²⁴¹ DURAND Y MOREAU, en cita de NIETO, A: "*Op. cit.*". Pág. 192.

²⁴² Decisión del CC nº 88/248, de 17 de enero de 1989, en relación con el Consejo de Estado, asunto de 7 de julio de

La ley, por tanto, sólo debe tipificar infracciones administrativas cuando *"...la delimitación de las obligaciones a las que está sometida el ejercicio de una actividad proviene del legislador, por aplicación del artículo 34 de la Constitución..."*²⁴³.

Desde el Código Penal de 1810, rige en Francia una clasificación tripartita de las infracciones penales que se mantiene en la actualidad. El artículo 1 de dicho Código señalaba que *"La infracción a la que la ley castiga con una pena de policía es una contravención; la infracción a la que la ley castiga con penas correccionales es un delito y la infracción a la que la ley castiga con penas aflictivas e infamantes es un crimen"*. El actual Código Penal de 1994 que lo ha sustituido, mantiene esa misma clasificación, diseñando las penas que corresponden a cada uno de esos grupos²⁴⁴.

Pues bien, el artículo 34 de la Constitución de 1958, establece exclusivamente reserva legal para los denominados *crimes* y *délits* y sus respectivas penas. Las denominadas *contraventions*, por aplicación de la cláusula supletoria del artículo 37 del texto constitucional pueden ser materia reglamentaria, prescripciones que encuentran su reflejo expreso en el artículo 111.2 del Código Penal francés.

2004, Ministro del Interior, de Seguridad Interior y de Libertades Locales contra M. Benkerrou.

²⁴³ Resolución del Consejo de Estado de 18 de julio de 2008.

²⁴⁴ Las penas se recogen en el artículo 131: en los apartados 1 y 2, las criminales; en los apartados 3 a 9, las correccionales y las contravencionales en los apartados 12 a 18.



Las exigencias de tipificación de la infracción no son, sin embargo, las mismas que en el ámbito penal, particularmente cuando se trata de la materia disciplinaria. Así por ejemplo se considera suficiente que los textos aplicables hagan referencia "*...a las obligaciones a las que están sometidas los interesados por razón de la actividad que ejercen, de la profesión a la que pertenecen, de la institución de la que proceden o de la cualidad de que están revestidos*" (Decisiones CC nº 2012/273 de 21 de septiembre de 2012; nº 2011/199, de 25 de noviembre de 2011; nº 88/248, de 17 de enero de 1989). En el caso, por ejemplo, de un funcionario fue suficiente tipificar "*las obligaciones a las que el titular de una función pública está sometido en virtud de las leyes y de los reglamentos*" (Decisión CC nº 2011/210, de 13 de enero de 2012).

Respecto a la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados, su compatibilidad con el principio de tipicidad se admite en virtud de la menor gravedad de la sanción impuesta o por la complejidad de descripción "*a priori*" de las prácticas constitutivas de infracción. La Decisión 2010/85, de 13 de enero de 2011 razona en los términos siguientes:

"... Si el principio de legalidad de los delitos y las penas obliga a enunciar 'en términos suficientemente claros y precisos', la infracción por la que un incumplimiento se convierte en típico con el adverbio 'suficientemente' implica la idea de un llamamiento a la proporcionalidad entre el grado de claridad y precisión y la naturaleza de la infracción, que ha de dar lugar a una apreciación caso por caso. A este respecto se puede tener en cuenta, por ejemplo, la naturaleza pecuniaria de la sanción y la complejidad de las prácticas que se desean prevenir y reprimir, para recurrir a un estándar como el de "desequilibrio significativo" en las relaciones

comerciales, al objeto de amparar comportamientos o situaciones que son difíciles de determinar 'a priori'. Ahora bien, tal elección debe, al menos, estar especialmente justificada y rodeada de garantías para evitar cualquier arbitrariedad”.

Desde la perspectiva de la sanción, las contravenciones, que son las únicas infracciones que pueden tipificarse reglamentariamente, tienen también previstas por el legislador su límite superior. La pena contravencional típica es la multa (*amende*), pero pueden darse también penas restrictivas o privativas de derechos, o las denominadas de “sanción-reparación”, y varían según se trate de personas físicas o jurídicas (reguladas en el artículo 131, apartados 12 y 40, respectivamente, del Código Penal). La multa es la sanción más común y, en función de su gravedad, se distinguen cinco clases (artículo 131.13 del Código Penal)²⁴⁵. A partir de estas delimitaciones legales corresponde al reglamento graduar en función de la naturaleza del incumplimiento²⁴⁶.

D) EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY SANCIONADORA DESFAVORABLE.

²⁴⁵ Estos límites máximos son, actualmente: 38 euros, para las de primera clase; 150 euros, para las de segunda; 450 euros, las de tercera; 750 euros, las de cuarta; y 1 500 euros, que pueden llegar a 3000 en caso de reincidencia si el reglamento lo prevé, en el caso de las contravenciones de quinta clase, salvo que la ley considere la reincidencia como delito.

²⁴⁶ Decisión CC nº 2012/225, de 30 de marzo de 2012. El supuesto que se plantea es la posibilidad de establecer un recargo tributario estableciendo la ley un porcentaje máximo y permitiendo que sea el reglamento el que lo concrete.

Son varias las Decisiones del Consejo Constitucional en las que se acoge expresamente el principio de irretroactividad de las normas represivas más severas, que es aplicable también a las autoridades administrativas. Podemos citar como ejemplo, la Decisión CC nº 88/248, de 17 de enero de 1989, en sus considerandos 35 y 36.

En el mismo sentido, los considerandos 5 y 8 de la Decisión nº 2013/327, de 21 de junio de 2013, distinguen por una parte la posibilidad de aplicación retroactiva de las normas en los casos de existencia de un interés general suficiente – respetando, eso sí, las decisiones judiciales con fuerza de cosa juzgada – y, por otro lado, la imposibilidad de aplicar retroactivamente penas y sanciones, principio éste que se relaciona con el propio artículo 8 de la Declaración de 1792.

Por último, en sentido positivo, las resoluciones del Consejo de Estado de 5 de abril de 1996 y de 27 de mayo de 2009 han sentado inequívocamente el principio de aplicación inmediata de las leyes represivas que establezcan sanciones más benignas.

E) EL PRINCIPIO DE PERSONALIDAD DE LAS PENAS.

La regla general es que no puede transmitirse a terceros la responsabilidad por las infracciones de otro. En este sentido, el Consejo de Estado en su Resolución de 8 de enero de 1954 prohibió que se pudiera aplicar a sus herederos la sanción impuesta a un infractor fallecido. Este principio cede, sin embargo, en las actividades económicas, en las que el principio de personalidad se flexibiliza hasta el punto de hacer primar la continuidad de la actividad empresarial sobre la propia identidad jurídica y, por tanto, se imponen

sanciones a la empresa sucesora por aquellas prácticas en las que incurrió su antecesora. Para ello se acude al artículo 464.2 del Código de Comercio, en materia de prácticas anticompetitivas²⁴⁷.

El Consejo de Estado francés, en sendas Resoluciones de 3 de diciembre de 1999 y de 22 de noviembre de 2000, parece distinguir entre las sanciones de naturaleza más personal (como por ejemplo, las amonestaciones) y las de naturaleza pecuniaria, en las que es posible la transmisión de responsabilidad. Asimismo el propio Consejo Constitucional (Decisión nº 2012/239, de 4 de mayo de 2012) estima posible la extensión de las penalidades fiscales debidas por el difunto o por la sociedad disuelta a los herederos o a las empresas sucesoras.

F) EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

En materia penal, el principio de culpabilidad, sea a título de dolo o de simple imprudencia, resulta esencial en el derecho francés, como se desprende del artículo 121.3 del Código Penal. Este precepto, sin embargo, se aplica sólo a crímenes y delitos. Respecto de las contravenciones se dice simplemente que no pueden darse en los supuestos de fuerza mayor (párrafo 5º del artículo).

Interpretado *sensu contrario* este precepto, la doctrina francesa entiende que para la comisión de una contravención es suficiente una relación de imputabilidad, que sólo puede destruirse en los supuestos de "fuerza mayor". Se distinguen así, en cuanto al principio de culpabilidad, las "*faltas*

²⁴⁷ CHEVRIER, E: "*La personnalité des peines, exclue du droit économique*". Ed. Dalloz, 2016.

intencionales” (o dolosas), las “*no intencionales*” (las imprudentes), las “*cualificadas*” (que vendrían ser un punto intermedio entre las dos anteriores, asimilables a lo que en nuestro ordenamiento conocemos como “dolo eventual”) y las “*contravencionales*”. En estas últimas, basta con realizar el acto material constitutivo de la infracción, por lo que impera un concepto de responsabilidad objetiva. La falta contravencional no se sujeta, pues, a prueba alguna tendente a justificar la ausencia de previsión o de intención de violar la ley, lo que es impensable en nuestro derecho administrativo sancionador²⁴⁸.

G) NON BIS IN IDEM.

Este principio ha sido consagrado por diversas convenciones internacionales y, particularmente, por el Protocolo nº 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuyo artículo 4.1 establece que: “*Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales del mismo Estado, por una infracción por la que ya hubiera sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado*”²⁴⁹. En términos similares se expresa el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

²⁴⁸ VIAL, J.P: “*Le risque pénal dans le sport*”. Parte I, Capítulo I. Walters Kluwer. Ruseil-Malmaison. 2012.

²⁴⁹ Hay que advertir, sin embargo, que Francia hizo la correspondiente reserva a este artículo del Protocolo para permitir la imposición simultánea de sanciones fiscales paralelas a las impuestas en la jurisdicción penal. Véase CE 26 de diciembre de 2008 nº 282995).

A diferencia, sin embargo, de nuestro Tribunal Constitucional, el Consejo Constitucional francés considera que se trata de un principio que carece de naturaleza constitucional y que, en consecuencia, puede ser derogado por las leyes²⁵⁰. Está expresamente previsto en el ámbito penal en los artículos 6.1, 368 y 692 del Código de Procedimiento Penal francés. El Consejo de Estado lo reconoce como un principio general del derecho cuyo respeto se impone asimismo a las autoridades administrativas, incluso en ausencia de norma expresa (CE 23 de abril de 1958)²⁵¹. Tiene, por tanto, este principio una vertiente procesal – que impediría el doble enjuiciamiento por los mismos hechos – y la vertiente material – que vetaría una doble sanción en idéntico supuesto – En cualquier caso, la prohibición del *bis in idem* no puede confundirse con la figura denominada en la doctrina francesa "acumulación en la calificación de hechos". En este sentido, el Consejo Constitucional advierte que nada impide que una misma persona pueda ser perseguida y sancionada por un mismo hecho que pueda dar lugar a diferentes calificaciones penales (lo que en nuestro ordenamiento conocemos como concurso ideal de delitos)²⁵².

Ha aclarado, no obstante el Consejo Constitucional que el principio de *non bis in idem* no se vulnera con la acumulación de procesos o sanciones penales y administrativas "...en la medida en que la institución de cada uno de esos tipos de sanción tenga objeto diferente y tienda a salvaguardar valores e intereses que no se confundan, con la condición de que el

²⁵⁰ CC 1982/143, de 30 de julio de 1982.

²⁵¹También CE 30 junio 1993.

²⁵² CC 2010/604, de 25 de febrero de 2010.

*montante global de las sanciones que eventualmente recaigan no supere el de la más elevada de cualquiera de las sanciones a las que se exponga*²⁵³.

No obstante, en su estudio de 1995 titulado "*Les pouvoirs de l' Administration dans le domaine des sanctions*"²⁵⁴, el Consejo de Estado considera que la vía de acumulación de sanciones penales y administrativas debe ser utilizada con medida, entre otros supuestos cuando la sanción administrativa es provisional, a la espera de una sanción penal (como por ejemplo, la suspensión del permiso de conducir), o cuando las sanciones administrativas y penales no sean homogéneas (es decir, cuando la sanción administrativa es pecuniaria y la penal de privación de libertad).

H) LOS PRINCIPIOS PROCEDIMENTALES.

También en materia sancionadora administrativa se aprecia una influencia clara del proceso penal. Esto no significa, sin embargo, que sean aplicables al procedimiento administrativo con la misma intensidad las garantías del "proceso justo" a que se refiere el art. 6.3 CEDH. Así, por lo que respecta a la separación de las fases instructora y resolutoria en el conocido asunto Didier, de 3 de diciembre de 1999, el Consejo de Estado consideró que la participación del instructor en

²⁵³ CC 1982/143, de 30 de julio de 1982.

²⁵⁴ Estudio de la Asamblea General del Consejo de Estado, aprobado el 8 de diciembre de 1994. La Documentation française. Paris, 1995. En este estudio el Consejo de Estado señala seis grandes campos en los que existe un Derecho administrativo represivo: tributos y cotizaciones sociales; salud pública; trabajo y formación profesional; cultura, información y comunicación; sector financiero y de los mercados; transporte y circulación.

el órgano colegiado que tomó la decisión de sancionar, no vulneraba las garantías del citado artículo 6.3 del Convenio. En efecto, en diversas decisiones el Consejo de Estado tiende a relativizar las posibles lagunas del procedimiento administrativo por la existencia de un recurso de plena jurisdicción contra la sanción. Esta relativización afecta asimismo a la inobservancia del principio de publicidad²⁵⁵.

No obstante, a las sanciones administrativas se les aplica el principio de respeto a los derechos de defensa, como recuerda el Consejo Constitucional en su Decisión nº 97/389 de 22 de abril de 1997, donde se afirma, además, como principio de índole constitucional que se impone a las autoridades administrativas sin necesidad de que el legislador lo establezca expresamente. Ello es, en definitiva, un reconocimiento expreso del carácter contradictorio que debe tener el procedimiento que se considera por el Consejo de Estado como principio general del derecho (CE, 5 de mayo de 1944, Dame veuve Trompier-Gravier, nº 69751).

La contradicción comporta diversas consecuencias para el encausado. En primer lugar, que ha de ser informado lo antes posible de la acusación que se dirige contra él (artículo 6.3 CEDH); que ha de respetarse su presunción de inocencia²⁵⁶; que ha de concedérsele un plazo razonable para articular su defensa; que tiene la posibilidad de recibir asesoramiento legal y, en fin, que

²⁵⁵ CE 27-octubre-2006 nº 276069; *Affaire Sté Lebanese Communication Group*.

²⁵⁶ Corte de Apelación de París, 15 de enero de 1993.

puede aportar para su descargo las pruebas que considere necesarias²⁵⁷.

En lo que respecta a la motivación de las resoluciones sancionadoras, esta obligación se recoge en el artículo 211.2, apartado 2º, del Código de Relaciones entre el Público y la Administración.

I) EL CONTROL JURISDICCIONAL.

Como recuerda FERNANDEZ TORRES, la revisión judicial de las sanciones administrativas no corresponde única y exclusivamente a los tribunales administrativos pues, cuando se trata de sanciones impuestas por autoridades administrativas independientes, tanto la jurisprudencia constitucional como el propio legislador, atribuyen el control a la jurisdicción ordinaria²⁵⁸. En principio, la mera interposición del recurso no implica la suspensión de la eficacia de la resolución sancionatoria pero, según ha advertido el Consejo Constitucional, es posible que así lo acuerde el juez o tribunal competente para pronunciarse sobre la legalidad de la actuación administrativa²⁵⁹.

Más discutible es, sin embargo, el tipo de garantía jurisdiccional que puede impetrar el particular ante la autoridad judicial. Existen sustancialmente dos posibilidades: el denominado "recurso por exceso de poder", en el que simplemente pueden ejercerse

²⁵⁷ Es lo que en la terminología francesa se conoce como "*complement d'enquête*" y tiene también su fundamento en el art. 6.3 CEDH).

²⁵⁸ FERNANDEZ TORRES, J.R.: "*La potestad sancionadora en el Derecho comparado. Francia (I)*". Documentación Administrativa nº 283. Madrid, 2009. Págs. 20-23.

²⁵⁹ CC 86/224 de 23 de enero de 1987.

facultades anulatorias y el denominado de “plena jurisdicción”, en el que el juez, aparte de anular, puede proponer la modificación de la sanción o incluso sustituir en ello a la propia autoridad administrativa. Nuevamente en esta materia pesa mucho el escrúpulo histórico del respecto riguroso al principio de separación de poderes. No obstante, tanto la doctrina como el Consejo Constitucional y el Consejo de Estado abogan en esta materia por la generalización de la última de dichas modalidades de recurso, por considerar que proporciona una tutela más completa al sancionado²⁶⁰.

BIBLIOGRAFÍA

BALLÉN, R: *“El Consejo de Estado francés en el Antiguo Régimen”*. Revista Diálogos de Saberes nº 25. Bogotá, 2006.

CAMBA COSTENLA, M del C: *“La justicia constitucional en Francia. Una brecha en el muro”*. Revista catalana de derecho público nº 20. 1988.

CEDIE, R y LEONNET, J: *“El Consejo Constitucional francés”*. Trad. LIÉBANA, C.F. Revista de Estudios Políticos. Madrid, 1966.

CHEVRIER, E: *“La personnalité des peines, exclue du droit économique”*. Ed. Dalloz, 2016.

²⁶⁰ CC 88/248, de 17 de enero de 1989; 92/307, de 25 de febrero de 1992.



DOMÍNGUEZ VILA, A y PÉREZ SÁNCHEZ, G: "*50 años de Corte Constitucional Italiana; 25 años de Tribunal Constitucional español*". VI Jornadas ítalo-españolas de Justicia Constitucional. Ministerio de Justicia, 2007.

FERNANDEZ TORRES, J.R: "*La potestad sancionadora en el Derecho comparado. Francia (I)*". Documentación Administrativa nº 283. Madrid, 2009.

LAUBADERE, A: "*Traité élémentaire de Droit Administratif*". Paris, 1953.

NIETO, A: "*Derecho administrativo sancionador*". 3ª ed. Tecnos, 2002.

PASCUAL MEDRANO, A: "*La Ley y el reglamento en el derecho constitucional francés*". Revista de Estudios Políticos. Nº 106. Octubre-Diciembre, 1999.

SOTO KLOSS, E: "*Notas sobre el Tribunal de Conflictos francés*". Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile. Nº 9. 1968.

SIEYÈS, E.: "*¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*", Madrid, Alianza Editorial, 1989.

VIAL. J.P: "*Le risaue pénal dans le sport*". Parte I.

Gabilex
Nº 10
Junio 2017
www.gabilex.jccm.es



Castilla-La Mancha



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 10
Junio 2017

www.gabilex.jccm.es

REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA

SECCION INTERNACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

“NUEVOS PERFILES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL DERECHO ARGENTINO”

D. Cristian Ricardo A. Piris

Abogado – Magister en Derecho Privado – Doctor en Derecho

Profesor por concurso Universidad Nacional de Nordeste (Argentina)

Fecha de finalización del trabajo: 25 de mayo de 2017

RESUMEN

Argentina cuenta con una nueva legislación que produjo un cambio sustancial en materia de Responsabilidad del Estado. El Código Civil y Comercial y la Ley de Responsabilidad del Estado son los pilares sobre los que se asienta el nuevo paradigma.

En el nuevo sistema, la Responsabilidad del Estado ya no se rige por el Derecho Privado, sino por el Derecho Administrativo.

Dado que Argentina es un país federal y las potestades administrativas constituyen parte del poder no delegado al Estado Nacional, se produce un desajuste en la regulación generando incertidumbre sobre el

derecho aplicable y se incrementa la vulnerabilidad del sujeto dañado.

El nuevo sistema es de dudosa constitucionalidad y significa un retroceso con relación al sistema anterior que era básicamente de construcción jurisprudencial. La inconstitucionalidad es aún más manifiesta en cuando se trata de daños al consumidor.

ABSTRACT

Argentina has new legislation that produced a substantial change in the area of State Responsibility. The Civil and Commercial Code and the Law of State Responsibility are the pillars on which the new paradigm is based.

In the new system, State Responsibility is no longer governed by Private Law, but by Administrative Law.

Since Argentina is a federal country and the administrative powers are part of the power not delegated to the National State, there is a mismatch in the regulation generating uncertainty about the applicable law and increases the vulnerability of the damaged subject.

The new system is of dubious constitutionality and means a setback in relation to the previous system that was basically of jurisprudential construction. The unconstitutionality is even more evident when it comes to consumer damages.

PALABRAS CLAVE

Argentina - Responsabilidad Civil - Estado - Funcionario público - Consumidor.

KEYWORD



Argentina - Tort liability - State - Civil servant - Consumer.

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Planteo de situación
- III. Antecedentes
- IV. Tipos de responsabilidad del Estado
- V. La responsabilidad en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial
- VI. La responsabilidad en el Código Civil y Comercial
- VII. La responsabilidad en la ley 26.944
 - 1. Ámbito de aplicación
 - 2. Responsabilidad por actuación ilegítima
 - 3. Responsabilidad por actuación legítima
 - 4. Eximentes de responsabilidad
 - 5. Extensión de la reparación
 - 6. Daños ocasionados por concesionarios o contratistas
 - 7. Prescripción
 - 8. Acción de daños
 - 9. Responsabilidad contractual del estado
 - 10. Responsabilidad de los funcionarios y agentes públicos
- VIII. Fundamentos de la responsabilidad del Estado
- IX. La responsabilidad del Estado y el Derecho del Consumidor
- X. Conclusiones
- XI. Bibliografía

I. Introducción

En el presente trabajo voy a ocuparme de la exclusión de responsabilidad del Estado y de funcionarios públicos del Código Civil y Comercial, y su regulación por una ley especial, cuyos alcances y contenido voy a analizar.

Antes de la ley de responsabilidad del Estado 26.944 (en adelante LRE) y el nuevo Código Civil y Comercial (en adelante CCyC), la situación era la siguiente:

- La responsabilidad patrimonial del estado era regida por el Derecho Civil, y su base era básicamente jurisprudencial.
- Se reconocía ampliamente la responsabilidad del estado tanto por su actividad lícita, como ilícita.
- Se acudía a la noción de falta de servicio, y se desplazó la noción de culpa como factor de atribución de responsabilidad.
- Se podía responsabilizar al Estado aun cuando no fuera posible individualizar al autor del hecho dañoso.
- Había responsabilidad contractual y extracontractual, y eso impactaba principalmente en la prescripción.
- Se reconocía responsabilidad del Estado por omisión.
- En materia de responsabilidad por actos legislativos se recurría a la noción de confianza legítima.
- En materia de extensión de la reparación, si se trataba de actividad ilegítima era integral (daño emergente y lucro cesante), y si era legítima, solo daño emergente.

II. Planteo de situación

En Argentina, la responsabilidad patrimonial del Estado y de los funcionarios públicos es un campo de intersección entre el Derecho Público y el Derecho Privado, entre el Administrativo y el Civil; quizás lo podemos ver como un campo de pujas, dado que ambas ramas del Derecho lo reclaman como propio.

Para el Derecho Administrativo es una cuestión que concierne a su parte general. Para Dromi "en principio no son aplicables en materia de responsabilidad del Estado los principios del Derecho Civil"²⁶¹. Sostiene el autor que la responsabilidad "civil" del estado es solo un eufemismo. Para Cassagne es válida la aplicación analógica de las prescripciones del Código Civil²⁶², y también considera este autor que cuando la Administración actúa en el Derecho Privado (p.ej: gestión de bienes de dominio del privado del estado) es plenamente aplicable el Código Civil, aunque aclara que ello no significa que todo daño ocasionado a particulares deba regirse por el Derecho Privado.

Algunos civilistas son coincidentes con esas posturas, por ejemplo Rivera²⁶³ explica que los daños causados por el Estado deben quedar en el ámbito del Derecho Constitucional y Administrativo y no trascender a las relaciones de Derecho Privado. Pero la mayoría de los civilistas se han ocupado del tema como un capítulo más de la responsabilidad civil dentro del contexto de las denominadas responsabilidades especiales. En ese sentido se manifiesta Mosset Iturraspe, quien logra inferir del silencio constitucional al respecto una "conformidad con la regulación civilística"²⁶⁴.

²⁶¹ Dromi, Roberto. Manual de Derecho Administrativo T. II. Pág. 183. Astrea. Bs. As., 1987.

²⁶² Cassagne, Juan Carlos. Derecho Administrativo T. I. Pág. 460. Lexis Nexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2002.

²⁶³ Rivera, Julio Cesar. Instituciones de Derecho Civil T.II. Pág. 274. Lexis Nexis Abeledo-Perrot. Bs. As., 1994.

²⁶⁴ Mosset Iturraspe, Jorge. Responsabilidad por daños T. X. Pág. 53. Responsabilidad del Estado. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2004.

III. Antecedentes

Haciendo un poco de historia podemos ver que en primer lugar se desarrolló la idea publicista de la irresponsabilidad del Estado que reinó durante siglos y recién empezó a retroceder bien avanzado el siglo XIX. La idea matriz de esa concepción estaba asentada sobre la base del concepto de soberanía, primero del monarca como representante divino y luego del Estado como reflejo de la voluntad general. En ese contexto se consideraba que el Estado no podía causar perjuicios, atento a su finalidad intrínseca de bien común. Pero esa era una de las tantas ficciones jurídicas. En el mundo real el Estado dañaba a los particulares a través de su actividad, incluso legítima.

Por otra parte, la propia idea de Estado de Derecho supone la imposibilidad de concebir que los poderes públicos no se hallen sometidos al imperio de la ley.

En Francia, los particulares que resultaban víctimas de daños causados por la Administración reclamaban reparación pecuniaria primero ante las autoridades administrativas y ante su negativa recurrían a los tribunales comunes, quienes empezaron a hacerles lugar a la luz del art. 1.382 del Código Civil francés. Ese artículo asimilaba la posición jurídica del Estado a la de un comitente que debía responsabilizarse por los actos de las personas que de él dependen. Ante esto reaccionó el Consejo de Estado, declarando la inaplicabilidad del Código Civil para regir la responsabilidad pública.

Pero la cuestión era compleja porque la inaplicabilidad de Código Civil no suponía irresponsabilidad. En los casos "Blanco" y "Pelletier", de 1873, resueltos por el

Consejo de Estado francés, se estableció que el Código Civil no era aplicable y que la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios debía construirse sobre la concepción de "falta de servicio" y no sobre la de "responsabilidad extracontractual".

La idea de falta de servicio era más bien objetiva, de hecho no requería culpa, y se fundaba en la reparación patrimonial debida a los particulares por los daños causados por el funcionamiento irregular o la prestación defectuosa de un servicio público. Por otra parte, la idea de servicio público era tomada en sentido amplio como función administrativa, por tanto se trataba del funcionamiento irregular o defectuoso de la función administrativa.

Si bien no era necesario identificar al agente causante del daño, a la par también se construyó la idea de "falta personal" para responsabilizar a funcionarios públicos frente a los administrados por acciones u omisiones que excedieran el margen del irregular funcionamiento del servicio. En este caso se tenía en cuenta la culpa o dolo del agente.

La teoría francesa tuvo mucha influencia en la doctrina y jurisprudencia argentina.

En Argentina la responsabilidad del Estado no fue consagrada expresamente por la Constitución Nacional, pero reconoce principios que, en caso de ser vulnerados, son causa eficiente de responsabilidad como ser "igualdad ante la ley", "inviolabilidad de la propiedad privada" y "demandabilidad del Estado Nacional". Muchas constituciones provinciales son más claras en este aspecto consagrando la responsabilidad del Estado y los agentes públicos.

Como expresa Mosset Iturraspe, en nuestro país “la historia de la responsabilidad del Estado es la historia de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”²⁶⁵.

La jurisprudencia ha marcado una tendencia a aplicar esquemas y soluciones del Derecho Civil a la responsabilidad del Estado. De hecho, se trata de una responsabilidad que ha nacido por vía pretoriana, han sido los jueces quienes empezaron a asignar responsabilidad por daños al Estado. Con relación a los funcionarios públicos se aplicaba el art. 1.112 del Código Civil. La jurisprudencia ha obrado de este modo en atención a que el Estado es una persona jurídica.

Según el texto original del art. 33 del Código Civil de Vélez Sarsfield, ese cuerpo normativo legisla las personas jurídicas de existencia necesaria, creadas con un objeto conveniente al pueblo, y son las siguientes: 1) el Estado; 2) cada una de las provincias federadas; 3) cada uno de sus municipios. De ello, podemos decir que lo previsto en el Código Civil, abarca tanto al Estado nacional, provincial y municipal.

Recordemos que el originario art. 43 del Cód. Civil establecía la imposibilidad de dirigir contra las personas jurídicas acciones criminales o civil por daños, se trataba de la consagración del principio racionalista que las personas jurídicas eran ficciones creadas por el hombre para realizar el bien, por ende no podían ocasionar mal alguno.

En el sistema de Velez Sarsfield, el art. 1.112 que consagraba la responsabilidad de los funcionarios era perfectamente compatible con el original art. 43 que

²⁶⁵ Moasset, ídem, pág. 42.

estipulaba la ausencia de responsabilidad de las personas jurídicas. Detrás del juego de estas dos normas subyacía la idea de que el Estado no era quien causaba el daño, sino el funcionario en cuestión.

Eso generó diversas discusiones doctrinarias que fueron zanjadas con la reforma de 1968, que dió lugar a la responsabilidad por daños establecida en el reformado art. 43, que hoy se proyecta sobre el actual 1.763 del Código Civil y Comercial.

Si bien hoy se admite que el Estado, en el cumplimiento de sus funciones, puede ocasionar lesiones en la persona o en los bienes de los ciudadanos, el tránsito hacia este punto de llegada no estuvo exento de inconvenientes.

Alterini marca los hitos de esa evolución²⁶⁶:

- Antes de 1921 la Corte Suprema de Justicia de la Nación había sostenido la irresponsabilidad plena de la persona jurídica por hechos ilícitos. Por actos lícitos se aplicaba el 1.071 del Código Civil, es decir la irresponsabilidad estatal por su actividad lícita.
- Desde 1921, a partir del caso *Mihanovich*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación admite la responsabilidad de una persona jurídica por hechos ilícitos de sus dependientes. Un buque de dicha compañía embiste el puerto de Corrientes y es demandada la compañía. Hasta el año 1933 el Estado era irresponsable.
- En el año 1933, a partir del caso *Devoto*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación admite la responsabilidad del Estado por "actos de

²⁶⁶ Alterini, Atilio *et al.* Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales. Pág. 752-3. Abeledo-Perrot. Bs. As., 2003.

gestión”, es decir, no por un acto en el cual actúa como poder público. En este caso, empleados de la empresa estatal de telégrafos ocasionan un incendio en un campo por descuidar un brasero mientras efectuaban una reparación. La jurisprudencia construye una responsabilidad indirecta aplicando los artículos 1.109 y 1.113 del Código Civil vigente en ese momento logrando sortear la imposibilidad que se consagraba en el art. 43.

La solución era cuestionable, utiliza el 1.109 exigiendo culpa, cuando se hallaba vigente el 1.112 que hablaba de “falta de servicio”; luego aplicaba el 1.113 sosteniendo que el Estado era el “patrón” y de allí su responsabilidad indirecta. Desde aquí imputación indirecta, con factor de atribución subjetiva -culpa o negligencia-.

Hasta ese momento todavía era sostenible la concepción alemana de la doble personalidad del estado quien actuaba por actos de gestión, o por actos de autoridad o de imperio. O la teoría francesa de la personalidad única de doble faz (pública y privada). Desde este punto de vista, el Estado seguía siendo irresponsable en lo que se refería a su actuación pública.

- En el año 1938, a partir del caso *Ferrocarril Oeste*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación consagra la responsabilidad del Estado por actos públicos. La provincia de Buenos Aires, adquirió un inmueble a un titular aparente, luego apareció el verdadero reclamando la indemnización y fue admitido. El Estado contrató a partir de certificados registrales emitidos por el Registro

de la Propiedad Inmueble que contenía gruesos errores. En este caso se aplicaron los artículos 1.112 y 1.113, y se fundó en la doctrina del “servicio público irregular”.

- En el año 1941, se produce el caso *Etchegaray*, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación admite la responsabilidad del Estado en la reparación civil de un hecho criminal (no solo un ilícito civil). Se trataba de un policía que, por imprudencia, mató a un sospechoso fugitivo.
- En el año 1984, en el caso *Vadell*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirma que la responsabilidad extracontractual del Estado no requiere recurrir al art. 1.113 porque la idea objetiva de su responsabilidad por falta de servicio halla su fundamento en la aplicación subsidiaria del 1.112. Desde aquí, imputación directa porque los funcionarios, actuando en ejercicio de su función, son órganos del Estado; por lo tanto, lo que ellos hacen lo hace el Estado mismo.

Mosset Iturraspe²⁶⁷ sistematiza esta información y afirma que es posible distinguir tres épocas en el recorrido de la Jurisprudencia de la Corte.

La primera época va desde la sanción del Código Civil hasta 1933 cuando se emite el fallo Devoto. Lo característico de esta época era la irresponsabilidad del Estado por los actos de sus agentes; el Estado respondía contractualmente, se concebía al estado en una doble personalidad, como poder público y como persona jurídica, y en este último carácter se le hacía aplicable el art. 43 del Código Civil que consagraba la irresponsabilidad civil y penal de este tipo de personas;

²⁶⁷ Mosset Iturraspe, ídem.

pero si los arts. 1.112 y 1.113, que obligaban a responder a los funcionarios y dependientes.

En la segunda época, de 1933 a 1980, a partir del caso *Devoto* se evidencia un aumento de la responsabilidad del Estado, ampliándose a los actos lícitos. En este período se produce la reforma al Código Civil, de 1968, y la modificación del art. 43 consagrando la responsabilidad civil de las personas jurídicas.

A la tercera época, de 1980 en adelante, lo ve como un tiempo de pujas entre concepciones contrapuestas; por un lado, una visión única de responsabilidad civil para todas las personas jurídicas, incluido el estado, y otra visión, que pretende independizar la responsabilidad estatal del ámbito civil.

Si bien Mosset Iturraspe cierra su descripción con la tercera época, creo que ahora es posible hablar de una cuarta época donde se resuelve la disputa anterior, a partir de la Ley de Responsabilidad del Estado y el Código Civil y Comercial, y se sientan las bases de un nuevo formato de responsabilidad patrimonial del Estado y los funcionarios.

IV. Tipos de responsabilidad del Estado

La responsabilidad del estado puede ser contractual o extracontractual. La distinción entre ámbitos de responsabilidad según su fuente ha desaparecido en el Código Civil y Comercial; no obstante, se mantiene en lo que respecta a responsabilidad del Estado, tanto es así que la Ley de Responsabilidad del Estado dispone en su art. 10 que *"la responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas*

específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria”.

En lo que respecta a la responsabilidad contractual, se refiere tanto al accionar previo a la celebración de un contrato administrativo o durante su ejecución y extinción. Lo relativo a este punto, en referencia a los contratos administrativos se halla regulado por el Derecho Administrativo y es conveniente que así sea dado que se rige por principios diferentes a los contratos del Derecho Privado; no hay parangón entre un contrato de obra pública, de suministro, de concesión de obra o servicio público, etc. con contratos privados. No así cuando se trata de contratos comunes en los cuales el Estado puede concurrir como un particular más; por ejemplo, locación de inmuebles.

En lo que respecta a la responsabilidad extracontractual puede originarse en un acto o hecho de los poderes del estado.

En estos casos puede aplicarse un enfoque subjetivo, exigiendo para que nazca la responsabilidad estatal que exista culpa o dolo, o se acude al concepto de falta de servicio, reclamando que éste no haya funcionado, haya funcionado tarde o haya funcionado defectuosamente.

Por el contrario, desde una perspectiva objetiva, se proclama que la responsabilidad del Estado no se centra en un hecho ilícito culpable o doloso sino en el daño causado, de modo que, comprobado que un particular ha sufrido un daño derivado de la acción u omisión estatal, procede su reparación, sin que sea necesario analizar cómo fue la conducta que ocasionó ese daño.

Sistematizando, hay tres posibles situaciones que no deben ser confundidas:

- 1) Estado-Particular.
- 2) Funcionario Público-Particular.
- 3) Estado-Funcionario Público.

Queda claro que la situación 3 corresponde exclusivamente el Derecho Administrativo.

En los casos 1 y 2, pueden darse diversas situaciones.

En el caso 1, haciendo una tipología básica se puede dañar a un particular de los siguientes modos, afectando:

- a) Igualdad ante las cargas públicas (art. 4 y 16 Constitución Nacional), si se exige a un particular un "sacrificio especial" violando el principio que las contribuciones de los habitantes deben ser equitativas y proporcionales.
- b) Derecho de propiedad (art. 17 Constitución Nacional), si se viola este derecho afectando la propiedad privada sin la consecuente indemnización.
- c) Derechos adquiridos, si se afectan derechos adquiridos, que como lo expresó la jurisprudencia de la Corte forman parte de patrimonio del particular.

Muchas veces el daño proviene de un irregular ejercicio del poder de policía. Controles que no se hacen o que se hacen mal, del cual resultan daños a los particulares. En cualquiera de los casos es indiferente que el acto sea legítimo o ilegítimo, la antijuricidad viene dada por el daño o afectación a un bien jurídico de un particular y no por el defecto del acto.

El daño a un particular por parte del Estado puede provenir no solo de hechos y actos administrativos, también puede provenir de un acto judicial, me refiero a un error judicial, o de actos legislativos; por ejemplo, una ley de expropiación que no reconozca derecho a indemnización o en general cualquier ley inconstitucional que cause un daño.

En el caso 2 suele afirmarse doctrinariamente que los "funcionarios" por representar la voluntad de Estado son órganos suyos, en cambio los "empleados" por realizar actividades materiales de ejecución son dependientes. En el primer caso, la responsabilidad de Estado es directa y en el segundo, indirecta. Ahora bien, en nuestra legislación no existe dicha separación entre funcionarios y empleados, todos los "agentes" del Estado cuando actúan en su calidad de tales exteriorizan una voluntad del Estado y actúan en su nombre, y por ende su responsabilidad es siempre directa.

Tampoco ha tomado cuerpo en la doctrina y la jurisprudencia la distinción entre actuación legítima o ilegítima del "agente" estatal. Según esta pretensión, el Estado sería responsable sólo cuando el agente haya obrado dentro de sus atribuciones o límites legales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha manifestado que el Estado es responsable siempre que el agente haya ejecutado el acto dentro de sus funciones o tareas, sin importar sus atribuciones o límites.

En la práctica, lo usual es demandar civilmente al Estado de manera directa y exclusiva, lo cual es razonable porque el Estado es un responsable que está libre de peligros tales como insolvencia, fuga, desaparición, etc. Luego, el Estado tiene la potestad de

reclamar a sus agentes por los daños cometidos a particulares, lo cual rara vez sucede.

Hoy el "agente" estatal es pasible de múltiples responsabilidades personales, que van desde lo administrativo (sanciones por incumplimiento), penales (delitos cometidos por funcionarios públicos como abusos de autoridad, cohecho, malversación, negociaciones incompatibles, etc.), políticas (juicio político) y patrimoniales (Ley de Responsabilidad del Estado).

V. La responsabilidad en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial

El Anteproyecto elaborado por la comisión redactora designada por el Poder Ejecutivo Nacional contenía los siguientes artículos, en materia de responsabilidades especiales (Libro III. Título V. De otras fuentes de las obligaciones. Capítulo 1. Responsabilidad Civil. Sección 10. Supuestos de responsabilidades especiales):

Artículo 1764.- Responsabilidad del Estado. *El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.*

Artículo 1765.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. *El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que*

implican el ejercicio irregular de su cargo. Las responsabilidades del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes.

Artículo 1766.- Responsabilidad del Estado por actividad lícita. *El Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas.*

La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro.

En resumen, se establecían parámetros muy claros, a saber:

- Responsabilidad del Estado objetiva y directa, por daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones. Esta responsabilidad es independiente de que pueda determinarse el autor.
- Responsabilidad de funcionarios y empleados públicos por daños a particulares por acciones u omisiones por el ejercicio irregular de su cargo. El Estado y el autor tienen responsabilidad concurrente.
- Responsabilidad del Estado por actividad lícita, cuando suponga desigual reparto de cargas públicas. En este supuesto la reparación comprende el daño emergente y el lucro cesante, en la medida de la compensación del valor de las inversiones no amortizadas.

En la exposición de fundamentos del anteproyecto del Código se expresa que en esta Sección se tratan supuestos de responsabilidad que han sido ampliamente desarrollados en la jurisprudencia argentina, y se sigue conforme con esos criterios.

En dichos fundamentos, la Comisión expuso los argumentos que respaldaban estas normas: "El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Se ha utilizado el criterio definido por la Corte Suprema, que consideró que el ejercicio irregular es una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de los que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos: 321:1124). Dicho con otras palabras, no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva. El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que impliquen el ejercicio irregular de su cargo".

El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Se ha utilizado el criterio definido por la Corte Suprema, que consideró que el ejercicio irregular es una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de los que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos:

321:1124). Dicho con otras palabras, *no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva.*

El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que impliquen el ejercicio irregular de su cargo.

En cuanto a la actividad lícita, se establece que el Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro. Esta norma sigue criterios de varios fallos de la Corte Suprema.

VI. La responsabilidad en el Código Civil y Comercial

El proyecto que el Poder Ejecutivo Nacional giró al Parlamento sustituyó esos artículos, dando un giro de 180 grados, para ubicarse en las antípodas del anteproyecto. Fue el único tema del anteproyecto que recibió un cambio tan drástico.

Los artículos del anteproyecto fueron sustituidos por el Poder Ejecutivo Nacional por los siguientes:

Artículo 1.764.- Inaplicabilidad de normas. *Las disposiciones de este Título no son aplicables a la*

responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria.

Artículo 1.765.- Responsabilidad del Estado. *La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.*

Artículo 1.766.- Responsabilidad del funcionario y del empleado público. *Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.*

En rigor, la norma verdaderamente relevante es la contenida en el art. 1.764, que declara inaplicable de manera absoluta las disposiciones del título.

Los artículos 1.765 y 1.766 vienen a cerrar toda duda; al Derecho Administrativo le corresponde regular los casos de responsabilidad por daños causados por el Estado y los funcionarios públicos. Entonces, si hacemos jugar en consonancia los tres artículos, se dispone la inaplicabilidad del Derecho Civil (no solo el título de referencia) a la responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos.

Ahora bien, de un análisis pormenorizado se pueden advertir algunas paradojas de lógica jurídica:

- 1) Si el art. 1.764 declara inaplicable las disposiciones del título, entonces los arts. 1.765 y 1.766 por ser parte del título también son inaplicables.

- 2) Los arts. 1.765 y 1.766 declaran “incompetente” al Derecho Civil para regir la materia responsabilidad por daños causados por el Estado y sus funcionarios, pero al parecer resulta competente para establecer qué Derecho es competente, lo cual es un contrasentido. Sería competente al solo efecto de establecer la competencia, pero no para regular la materia.

Para romper con la paradoja puedo decir que en realidad solo tiene valor preceptivo el art. 1.764, siendo los restantes meras declaraciones sin valor normativo. Si fuera así, entonces solo es inaplicable el título y no todo el Código Civil y Comercial, o el Derecho Privado en general, pero eso colisiona con el art. 1 de la Ley de Responsabilidad del Estado que dispone “las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”. Esa disputa podría ser resuelta por vía de aplicación del principio de *lex specialis*, si no fuera que colisiona con otro principio, el de *lex posterior*, dado que la Ley de Responsabilidad del Estado fue aprobada antes que el Código Civil y Comercial.

Por otra parte, atento al juego de competencias, si la responsabilidad del Estado es una facultad no delegada, lo dispuesto en el Código Civil y Comercial y en la Ley de Responsabilidad del Estado solo se aplica al Estado nacional: por ende, nada obsta a una aplicación analógica o subsidiaria del derecho común en las provincias que guardan silencio al respecto, porque la prohibición de ese tipo de aplicación no proviene del Derecho Público Provincial.

Más allá de esos enredos normativos, se puede colegir que se han querido consagrar, con pésima técnica legislativa, los siguientes principios:

- Inaplicabilidad absoluta de las normas del Derecho Privado a la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos.
- Aplicación de normas del Derecho Administrativo nacional o local para estos casos.

El sistema constitucional impide la posibilidad de un Código Administrativo que regule toda la materia del mismo modo que el Código Civil. Se trata de una materia no delegada al gobierno federal. Es por ello que en aspectos normativos solo se contaba con los artículos 17 y 19 de la Constitución Nacional, y luego se hallaba el artículo 1.112 del Código Civil. El resto es jurisprudencia. Entonces, remitir la responsabilidad del Estado al Derecho Administrativo es remitir a un "vacío". Es volver, por vía de omisiones, a la irresponsabilidad del Estado y los funcionarios públicos.

En un supuesto dañoso ligado a una actividad de servicio público local, según el encuadre que se le dé, podría plantearse en distintos fueros, someterse a diversas normas, cargas probatorias, y obtener distintas indemnizaciones o ninguna. Por un hecho similar un "agente" estatal que sea docente universitario (nacional) y también docente en un instituto terciario (provincial), sería responsable patrimonialmente en uno y no en otro.

No pueden soslayarse las dificultades de demandar simultáneamente al Estado nacional, una provincia y un municipio, que pueden estar vinculados en una misma actividad dañosa, pero sujetos a regímenes de responsabilidad diferentes.

En este contexto, también el Estado va a contar con una suerte de privilegio frente a los daños al consumidor; porque que éste deberá recurrir al

Derecho Administrativo para reclamar reparación, a menos que prevalezca una interpretación que aquí exponemos sobre la inaplicabilidad de la Ley de Responsabilidad del Estado en materia de consumo.

El artículo 1.766 establece que los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda. Esto implica que estarán eximidos de reparar civilmente los daños que causen a otras personas y sólo podrán ser alcanzados por la sanción administrativa que les fije la administración desde el punto de vista disciplinario.

Por otra parte, puede observarse con claridad que los artículos comentados, especialmente el 1.764, no responden a la misma lógica del Código Civil y Comercial. El cuerpo normativo se edifica bajo el paradigma del dialogo de fuentes, la integración normativa y compatibilización de valores, en cambio el art. 1.764 se cierra a todo ello y, más aún, cuando se pone en consonancia con la Ley de Responsabilidad del Estado. Pero aun así, declamar la inaplicabilidad del Código Civil de manera subsidiaria es muy difícil de hacerlo realidad; ello supone que desde el Derecho Administrativo deberían construirse conceptos tales como daño, culpa, dolo, nexo causal, etc., puesto que no sería dable abreviar en el derecho común para obtenerlos. Si eso fuera así, podríamos estar frente el absurdo que cada jurisdicción sostuviera conceptos diferentes de esos términos a los efectos de la aplicación a la responsabilidad del estado y los funcionarios.

VII. La responsabilidad en la ley 26.944

Mientras se tramitaba la aprobación del actual Código se aprobó la ley 26.944 sobre responsabilidad del estado, que fue sancionada el 2 de julio de 2014 y se halla en la misma línea de política legislativa que las disposiciones del nuevo Código.

Es una ley federal, no de derecho común, por lo que solamente es aplicable al Estado Nacional y a aquellas Provincias que voluntariamente adhieran a ella en sus respectivos ámbitos.

Al parecer el fundamento de quitar esta materia del derecho común y pasarla al derecho público administrativo sería una consagración legislativa de la doctrina de la CSJN a partir de del caso "Barreto" (Fallos, 329: 759). Pero es un tema controvertido que aún genera disputas.

Como pudimos ver, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido requisitos de admisibilidad de la responsabilidad del Estado similares a los del derecho común, tales como:

- Daño cierto;
- Imputabilidad a un órgano estatal;
- Relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño.

A esos elementos comunes, les añadió requisitos propios tales como la existencia de una falta en el cumplimiento del servicio y la ausencia de deber jurídico de soportar el daño, en caso de actividad lícita.

Veremos ahora como es tratado el tema por la Ley de Responsabilidad del Estado.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La norma vigente establece:

Artículo 1.- Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas.

La responsabilidad del Estado es objetiva y directa.

Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios.

En rigor de verdad esta ley no rige la responsabilidad del Estado en general, sino del Estado Nacional, y atento a la cuestión constitucional se invita a las provincias a adherir.

La responsabilidad prevista es amplia, y comprende tanto hecho como actos y omisiones.

El tipo de responsabilidad es objetiva y directa, lo cual se halla en consonancia con lo que disponía el anteproyecto del Código Civil y Comercial, y ya es una cuestión pacíficamente admitida en nuestra doctrina y jurisprudencia desde el caso Vadell. Ello hace innecesario distinguir si el daño ha sido cometido por funcionarios o por empleados, y permite circunvalar la disputa en torno a que los funcionarios representan la voluntad del Estado por ser órganos suyos, en cambio, los empleados son dependientes y realizan solo actividades materiales de ejecución, es decir, cumplen órdenes y, por lo tanto, estaríamos en presencia de una responsabilidad indirecta del Estado.

La responsabilidad objetiva consagrada es ajena a toda idea de culpa en el sujeto responsable. Solo se requiere de la comprobación del daño, autoría y relación de causalidad para determinar la responsabilidad. El fundamento de esta responsabilidad descansa en la creación de un riesgo por la actividad administrativa, que podríamos llamar daños colaterales a la actividad pública, que generen un perjuicio a un particular sin que este tenga el deber jurídico de soportarlo. Valga la aclaración que esa responsabilidad patrimonial objetiva, atento a las múltiples tareas del Estado, no es un seguro universal, y por tanto carece de sentido que fuera posible imputar responsabilidad a la Administración por todos los riesgos propios de la gestión pública, de todo daño que resulte ser consecuencia directa o adecuada de cualquier acción u omisión propia de la labor estatal. Como veremos ello no es así, y hay reglas que morigeran la objetividad.

La responsabilidad directa es consecuencia de la teoría del órgano, que es predominante; en tal sentido, los "agentes" estatales no son dependientes que generan una responsabilidad refleja, sino órganos del estado a través de los cuales se despliega la actividad estatal.

El Estado es una persona jurídica, y por tanto despliega su accionar a través de órganos capaces de desarrollar conductas, tanto legítimas como ilegítimas. Esas conductas son emanaciones de su personalidad y deben considerarse con independencia de las personas físicas que las han generado materialmente.

El legislador adopta la terminología utilizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero al no conceptualizar responsabilidad directa y objetiva y fijar sus alcances, puede dar lugar a equívocos porque tanto la doctrina administrativista como la

jurisprudencia de la Corte la utilizan con un determinado contenido mientras que en otras disciplinas estas palabras pueden tener significados y alcances diferentes²⁶⁸.

Se aclara que la legislación civil no es aplicable de manera directa ni subsidiaria. Los artículos 1.764 a 1.766 del Código y la Ley de Responsabilidad del Estado pretenden actuar de consuno y crear un sistema cerrado, omnicomprensivo de la responsabilidad patrimonial del Estado. Pero el objetivo trazado se ve desvirtuado por la técnica legislativa usada, dado que el Código Civil y Comercial declara inaplicable el título de responsabilidad civil a la responsabilidad del Estado, y luego la Ley lo amplía a todo el Código. La diferencia radica, nada menos, que en la posibilidad de utilizar los principios generales del cuerpo normativo o la necesidad de crear reglas propias.

También, la Ley de Responsabilidad del Estado prohíbe la aplicación de la sanción pecuniaria disuasiva al Estado y los funcionarios, pero por el momento carece de valor práctico, dado que la modificación del Poder Ejecutivo Nacional al anteproyecto de Código Civil y Comercial que lo preveía lo eliminó de la actual normativa; pero, por las dudas, inmuniza al Estado frente a cualquier incorporación posterior en el derecho común.

Recordemos que entre las modificaciones que el Poder Ejecutivo introdujo al anteproyecto de Código, se encuentra la eliminación del artículo 1.714 que regulaba la sanción pecuniaria disuasiva. Dicho artículo

²⁶⁸ Aberastury, Pedro. "La nueva ley de Responsabilidad del Estado", en ADLA 2014-25, 18. Cita Online: AR/DOC/2862/2014.

decía: "El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada".

El Poder Ejecutivo Nacional justificó la eliminación de esta figura argumentando que "con el fin de que la autoridad de aplicación mantenga sus potestades, inhibiendo a la autoridad jurisdiccional de resolver estas cuestiones. Sin embargo se mantiene el artículo 1715 sobre punición excesiva, con su texto desdoblado, por entender que su campo de aplicación se extiende más allá de la supresión mencionada, pues en su ámbito quedan comprendidas otras sanciones civiles, como las conminatorias reguladas en el artículo 804 y la especial en materia de daño punitivo contemplada en el artículo 52 bis en la Ley Nº 24.240 y su modificatoria. Asimismo, se adecua la denominación de la Sección 2ª a la que pertenece el artículo suprimido con la finalidad de comprender a la función preventiva y al supuesto de punición excesiva. También, se suprime el inciso h) del artículo 930 relativo a las obligaciones no compensables entre las que se encuentra, en la versión de origen, la obligación de pagar una sanción pecuniaria no disuasiva. Con la misma finalidad se modifica la redacción del artículo 1708, relativo a las funciones de la responsabilidad, suprimiendo la referencia a la sanción pecuniaria disuasiva".

En lo que respecta a la sanción pecuniaria disuasiva prevista en artículo 52 bis en la Ley de Defensa del Consumidor, entiendo que le resulta plenamente aplicable al Estado en su rol de proveedor, a pesar de la prohibición del art. 1, por los argumentos que expongo en el punto correspondiente del presente trabajo.

Finalmente, la norma no lo aclara de manera expresa pero va de suyo que toda demanda contra el Estado, incluidos ahora los reclamos por daños y perjuicios, deben dirimirse en el fuero contencioso administrativo. Es decir, se amplía la materia contencioso administrativa para abarcar los supuestos de daños. El Estado tiene ahora un fuero propio para dirimir su responsabilidad patrimonial.

2. RESPONSABILIDAD POR ACTUACIÓN ILEGÍTIMA

Luego de establecer los eximentes, la Ley de Responsabilidad del Estado se explaya en referencia a la responsabilidad que deriva de la actuación legítima e ilegítima del estado. En ese sentido establece lo siguiente:

Artículo 3.- Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima:

- a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;*
- b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal;*
- c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue;*
- d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se*

verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

En lo que respecta al daño en sí mismo, debe ser cierto y mensurable en dinero. Debe ser un daño real, que haya causado un detrimento personal o patrimonial al particular, que será el que deberá probar el daño. El daño puede ser actual o futuro, así lo admitió la jurisprudencia de la CSJN (Fallos: 317-1225).

El requisito de la mensurabilidad dineraria abre la discusión sobre el daño moral, y atento a no poder tomar como supletorias las normas del Derecho Privado y no contener la Ley de Responsabilidad del Estado una aclaración al respecto, habrá que estar a lo que se disponga jurisprudencialmente.

Se exige que el daño pueda ser imputado materialmente a la actividad o inactividad de un órgano estatal. Está refiriendo a la necesidad que se trate de un daño causado por la Administración. Subjetivamente, significa que la responsabilidad debe ser causada por "agentes" estatales o personal al servicio de la Administración, con la criticable excepción del art. 6, que veremos más adelante.

No se ha previsto el caso de la concurrencia de diversas Administraciones en la producción de un daño, es decir, cuando Nación y Provincia y hasta Municipalidades realicen la gestión conjunta de un mismo servicio; si en este supuesto responderán solidariamente, o cuáles reglas le son aplicables.

La falta de servicios viene a cumplir las veces de factor de atribución. Según la LRE debe ser entendida como la "actuación u omisión irregular de parte del Estado". Obsérvese que no se exige ilegalidad, por tanto la falta

de servicio debe entenderse en un estadio anterior pero que claramente también comprende los casos de ilegalidad.

En lo que respecta a la omisión del Estado, se aclara que ésta "... sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado". Ello quiere decir que, por ejemplo; los daños derivados de una inundación, producida por la ausencia de la construcción de una obra hídrica, solo generaría responsabilidad de existir una ley que lo prevea o una medida judicial que la mande a implementar.

En el caso "Mosca" (Fallos 330:563) la Corte Suprema identificó la falta de servicio como "violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular". Como puede observarse, no se exige culpa; es menester realizar un relevamiento entre el estándar de actuación, lo que podríamos llamar la actuación normal, y la efectivamente desplegada, que ha resultado dañosa. La falta es impersonal, por tanto no se valora subjetivamente la actuación del agente sino la prestación del servicio.

En lo que respecta a la falta de servicio dañosa, la Corte se expresó en los siguientes términos "...quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o ejecución irregular" (Fallos: 330-2748).

El concepto de falta de servicio fue originado en el derecho francés. Allí se distinguía claramente entre falta personal del funcionario, que generaba responsabilidad, o de la administración misma,

conocida como falta de servicio. La primera era juzgada por el poder judicial y la segunda por los tribunales administrativos²⁶⁹.

En el caso de la omisión, dado que resulta más complejo juzgar esa anormalidad, se exige la existencia de un deber normativo de actuación expreso y determinado; es decir, una omisión se entenderá como falta de servicio toda vez que exista una obligación de actuar que se ha incumplido.

Esta regulación de la omisión que genera responsabilidad patrimonial excluye a los daños que son consecuencia del ejercicio de facultades discrecionales.

Una situación distinta son los daños derivados de violaciones del Estado a deberes genéricos. La Corte había rechazado daños presuntamente derivados del incumplimiento deberes genéricos como bienestar general y seguridad. En el caso Cohen se explicitó que “el deber genérico de bienestar y seguridad no se traduce automáticamente en la existencia de una obligación positiva de obrar de un modo tal que evite cualquier resultado dañoso ni la circunstancia de que este haya tenido lugar autoriza *per se* a presumir que ha mediado una omisión culposa (...). Sostener lo contrario significaría tanto como instituir al Estado en un asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no está obligado a responder” (Fallos: 239:2088).

²⁶⁹ Aberastury, Pedro. “Principios de la responsabilidad del Estado”, en Responsabilidad del Estado, Director: Aberastury, Pedro. Abeledo — Perrot, Buenos Aires, 2007.

Pero había admitido la posibilidad de imputar responsabilidad por omisión a deberes genéricos, siempre y cuando ello fuera realizado con carácter restrictivo, siempre sujeto a un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar²⁷⁰

En el caso Mosca (Fallos: 330-563, considerando 6º, párrafo noveno) la Corte distingue entre situaciones de omisiones a mandatos expresos y determinados, de otras situaciones en las que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible. La Corte entendió que cuando existen mandatos generales e indeterminados se requiere una ponderación, con criterio restrictivo, de los medios disponibles por el Estado, el lazo que une a la víctima con la autoridad y el grado de previsibilidad del daño, pero no excluye la responsabilidad del Estado en absoluto, solo la rodea de exigencias mayores.

En lo que respecta al nexo de causalidad es, sin dudas, lo más difícil de probar y debe ser ponderado según el criterio de causalidad adecuada, lo cual resulta concordante con el artículo 1.726 del Código Civil y Comercial. Ello supone que la relación no tiene que ser necesariamente directa, ni exclusiva cuando se trate del obrar u omitir ilegítimo del Estado, pero impide en buena medida deslindar correctamente las cuestiones de causalidad fáctica e imputación objetiva.

²⁷⁰ O'Donnell, Agustina. "Ley 26.944: nueva normativa sobre responsabilidad del Estado", en PET 2014 (agosto-545), 4. Cita Online: AR/DOC/2893/2014.

Si bien no lo dice expresamente la norma, como en el caso del daño, la prueba de este nexo corresponderá al demandante, pero si el Estado alega la existencia de fuerza mayor, la prueba de tal suceso debe ser aportada por quien la invoque.

La Ley de Responsabilidad del Estado establece que la actuación ilegítima del estado puede provenir de actividad o inactividad, y esta generará responsabilidad cuando se cumplan 4 requisitos:

- Daño cierto y mensurable en dinero.
- Nexo de causalidad.
- Falta de servicio.
- Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal.

En lo que respecta a la actividad judicial ilegítima, que es conocida como "error judicial", nada dice expresamente la ley, pero deben tenerse presente las reglas generales de este artículo, así como el art. 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con rango constitucional, que establece que *"toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial"*, y el 14 inc. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también con rango constitucional, que dispone que *"cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido"*.

En nuestro país ha habido un caso paradigmático, en el que se resolvió la responsabilidad del Estado por actividad judicial ilegítima. El caso tuvo mucha resonancia mediática por los actores involucrados. El entonces juez federal Hernán Bernasconi, en una causa seguida contra Guillermo Coppola y otros, había emitido una orden de detención ilegítima en contra de uno de los acusados, a quien privó de su libertad por varios meses; luego se demostró que el magistrado integraba una organización dedicada a fraguar pruebas para iniciar procesos judiciales sin sustento. Dado que sin la intervención del juez no hubiera sido posible ocasionar el daño, se condenó al Estado por la actividad judicial ilegítima (Cám. Nac. Fed. Cont. Adm., Sala IV, 6-12-2005, "Cozza C/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación", L.L. 2006-C-386).

La Corte Suprema ha tenido la oportunidad de manifestarse sobre el tema de la prisión preventiva sin condena ulterior, y si la misma genera responsabilidad; en ese sentido ha expresado que "la absolución o el sobreseimiento posterior del procesado no convierte en ilegítima la prisión preventiva dispuesta en el curso de un proceso pues sólo debe significarse como error judicial aquella sentencia que resulta contradictoria con los hechos probados en la causa y las disposiciones legales congruentes al caso (Fallos: 314-2112).

Una cuestión más compleja, pero posible de ser considerada como actuación judicial ilegítima, sería la responsabilidad del Estado por omisiones en la actividad judicial cuando exista un deber de conducta "expreso y determinado", la cual puede derivar de circunstancias tales como no ordenar a tiempo la libertad de un detenido.

3. RESPONSABILIDAD POR ACTUACIÓN LEGÍTIMA

En lo que respecta a los daños que derivan de la actividad legítima los parámetros son diferentes, y es así que se establece lo siguiente:

Artículo 4.- Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima:

- a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;*
- b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal;*
- c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño;*
- d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño;*
- e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.*

Luego aclara el art. 5 que *"la responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional"*, lo cual es razonable, atento que no vamos a hallar antijuridicidad o ilicitud, o sea un obrar contrario a derecho, que es uno de los presupuestos generales de la responsabilidad.

La responsabilidad patrimonial del Estado por su actuación lícita es entonces, por principio general, excepcional y sujeta al cumplimiento de requisitos muy estrictos.

En el Derecho comparado por lo general se establece una diferenciación entre el daño ocasionado por el obrar legítimo e ilegítimo del Estado, quizás con la notable excepción de España donde el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración está

contemplado en el art. 106.2 de la Constitución de modo amplio y con alto nivel de generalidad: *"Los particulares, en los términos establecidos en la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en cualquiera de sus derechos y bienes, excepto en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"*, y luego, el art. 139 de la Ley 30/92, precisa que *"los particulares tienen derecho a una indemnización por parte de las Administraciones Públicas correspondientes por cualquier lesión en cualquiera de sus bienes o derechos, excepto en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos"*.

En Argentina, la Corte Suprema de la Nación ha seguido un camino sinuoso al respecto de esta responsabilidad. En principio, la negó totalmente; a partir del caso "Laplacette", de 1943, la admitió, pero esa doctrina coexistió con otros precedentes de signo opuesto y, también, con algunas soluciones intermedias donde se buscó conciliar posturas.

Recién a partir del caso "Los Pinos", de 1975, se consolidó la idea de la existencia de una responsabilidad estatal por actos lícitos. Desde entonces, la Corte ha venido reiterando el criterio de que cuando la actividad estatal lícita se constituye en causa eficiente de un perjuicio para algunas personas, cuyos derechos se sacrifican por la prevalencia de aquel interés general, los daños deben ser reparados. Se trata de proteger la propiedad en algunos casos, pero en su mayoría la igualdad ante la ley, de modo que no se admite que unos vean lesionados sus derechos para que otros (aunque sea una mayoría) logren con ello un beneficio.

En este caso el daño, además de cierto y mensurable en dinero, debe ser actual; no se admite daño futuro, aun cuando la Corte no exigía el recaudo de la actualidad del daño (Fallos: 323-1897) para estos supuestos.

En lo que respecta al nexo de causalidad, ya no se responde por una causalidad adecuada sino "directa, inmediata y exclusiva", por lo que cualquier interferencia rompería con la causalidad y liberaría de responsabilidad al Estado.

En lo que respecta al requisito de ausencia de deber jurídico de soportar el daño, lo más significativo es que esta responsabilidad no responde al principio genérico de *alterum non laedere*, sino a otro más específico de igualdad frente a las cargas públicas y su violación vía la exigencia de sacrificios especiales que el particular no está obligado a soportar. Como puede verse, en relación a la responsabilidad por actividad ilegítima se cambia la "falta de servicio" por "sacrificio especial de la persona dañada" y "ausencia de deber jurídico de soportar el daño".

Es importante señalar la lógica del razonamiento, si en el Derecho Privado el ejercicio regular de un derecho no genera responsabilidad, en paralelo la actuación legítima del estado tampoco puede ser equiparada a su obrar ilegítimo. Una idea similar expone Highthon en su voto en el fallo "El Jacarandá c. Estado Nacional" (Fallos 328:2654)

La concepción del sacrificio especial supone que el administrado ha sido objeto de un agravio desigual y excepcional, en comparación con la de otros individuos, sobrepasando el límite de lo que el poder público puede

razonablemente imponer al individuo. Pero no puede soslayarse que en la responsabilidad por actos lícitos pone en tensión el ejercicio de sus atribuciones propias y los derechos de la eventual víctima, que sufre un daño por el accionar estatal.

Lo expuesto se halla en consonancia con el pensamiento del jurista español Pantaleón Prieto, quien criticando la solución del derecho de su país al equiparar los efectos de responsabilidad de la Administración por el funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos, proponía que “la responsabilidad por «funcionamiento normal de los servicios públicos» debe conectarse estrictamente con el principio de igualdad ante las cargas públicas (deducible del art. 31.1 CE) y restringirse a los que propongo llamar «daños cuasiexpropiatorios o de sacrificio», entendiendo por tales aquellos que son (producto indeseado, pero) consecuencia inmediata o directa de actuaciones administrativas lícitas de las que los daños aparecen como secuela connatural, como realización de un potencial dañoso intrínseco a la actuación administrativa en cuestión ; siendo también necesario, obvio es, que los daños de que se trate representen para quien los padece un sacrificio individualizado que no le sea exigible soportar”²⁷¹.

En lo que respecta a la actividad judicial, si ella es legítima no genera derecho a indemnización alguna (art. 5). Ello es la obligación de soportar los “costos” de someterse a un proceso judicial.

²⁷¹ Pantaleón Prieto, Fernando. “Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”, en Documentación Administrativa, [S.l.], jun. 1994. Págs.247-8.

En lo que respecta a la responsabilidad del Estado por actos legislativos, estamos en presencia de responsabilidad por los actos legislativos de naturaleza no expropiatoria, dado que se rige por sus criterios particulares. Por principio general la legislación no genera el derecho a una indemnización cuando provoque un perjuicio general a los destinatarios de la norma; sólo se indemnizará cuando suponga una carga especial con la que se rompa el principio de igualdad de los ciudadanos.

4. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

Luego, la Ley de Responsabilidad del Estado dispone que:

Artículo 2.- Se exime de responsabilidad al Estado en los siguientes casos:

a) Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial;

b) Cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder.

Como puede apreciarse no es una norma de excepción irrazonable; toda vez que se rompa el nexo causal, el Estado no está obligado a responder; pero obsérvese que solo refiere al Estado, no a sus funcionarios.

Esta norma es conteste con la existencia un factor de atribución objetivo de la responsabilidad, y es así que el hecho dañoso no puede imputarse al agente, por no existir una relación de causalidad adecuada.

Los eximentes tratados caracterizan la causa ajena, que es aquella que rompe el nexo causal entre el hecho del Estado y el daño sufrido por la víctima.

En primer término se encuentra la eximición de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que sea asumido expresamente por el Estado a través de una ley especial. Se trata de daños que derivan de hechos o circunstancias que no se hubieren podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su acaecimiento.

Si seguimos las enseñanzas del Derecho Privado, el caso fortuito o fuerza mayor configuran daños que no son previsibles para el causante, o siéndolo le resultan inevitables; por ende no le son imputables. El tema de la previsibilidad es complejo en este caso, porque se trata de una cuestión de estándares de conducta y no resulta fácil establecer cuál es el que le corresponde al Estado.

Coincido con Pantaleón Prieto cuando afirma que "una responsabilidad general de las Administraciones públicas por los casos fortuitos provenientes de cualquier parcela de la gestión administrativa no sería verdadera «responsabilidad civil» (mecanismo de indemnización configurado con criterios de justicia conmutativa y eficiencia económica), sino «seguridad social»: mecanismo de protección regido por principios de justicia social, que sólo debe asistir a quienes se encuentran en situaciones de necesidad económica y en la medida indispensable para cubrirlas"²⁷². Pero dado que el Estado es siempre un profesional, especialmente cuando ejecuta actos de autoridad, tiene el deber de

²⁷² Pantaleon Prieto, ídem, pág. 250.

prever lo que un particular no está obligado a considerar, y debe ser juzgado con criterios mucho más estrictos.

La pretensión de autonomía de la Ley de Responsabilidad del Estado se pone a prueba también en esta norma, porque será menester definir concepto y determinar alcance de los términos de caso fortuito y fuerza mayor, sin recurrir al Código Civil y Comercial, lo cual será una tarea complicada y absurda.

En segundo término se hallan aquellos casos en los cuales la propia víctima o un tercero hubieren concurrido a la producción del daño. Para que pueda aplicarse lo que en dogmática privatista se denominan "hecho de la víctima" y "hecho de un tercero", se requerirá la culpa exclusiva de la víctima, y en el caso del tercero, que se trate de uno por el cual el Estado no deba responder; solo en esos casos podríamos considerar la causa ajena. Pero la Ley de Responsabilidad del Estado omite esa referencia, lo cual abre un interrogante para los casos de responsabilidad por actividad ilegítima, porque para la actividad legítima se exige que la relación de causalidad sea directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño, por lo que cualquier intervención coadyuvante de la víctima o del tercero eliminaría cualquier responsabilidad del Estado.

En el derecho privado, el nexo causal se interrumpe en la medida que el daño sea consecuencia de una actividad dolosa o negligente de la víctima. Pero cuando el reproche no sea imputable totalmente a la víctima se acepta la culpa concurrente, que aquí parece no tener lugar.

5. EXTENSIÓN DE LA REPARACIÓN

La Ley de Responsabilidad del Estado dispone:

Artículo 5.- *La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante.*

La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.

Entonces es dable interpretar a *contrario sensu*, que la reparación en caso de actividad ilegítima es plena, y por tanto comprende el daño emergente -entendido como las pérdidas objetivas sufridas en el patrimonio del afectado-, y el lucro cesante, que se integra con las expectativas económicas objetivamente esperadas y dejadas de percibir.

En el caso de la reparación por actividad legítima solo comprende el daño emergente. Coincido con Gelli, que "si la justificación en cuanto a la responsabilidad en el obrar lícito del Estado reposa, en primer lugar, en la igualdad de las cargas y, en segundo término, en la inviolabilidad de la propiedad, el principio legal debe de ser el de la indemnización plena -es decir, incluyendo el lucro cesante- y la excepción el límite indemnizatorio dependiendo, ambos, en la aplicación judicial, de los

hechos del caso. Todo lo contrario de lo que dispuso la ley de Responsabilidad del Estado...²⁷³.

Va de suyo que tampoco comprende el daño moral, dado que claramente se circunscribe al "... *valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas*" (art. 5).

La LRE no dispone si la reparación puede consistir en la prestación omitida o deficientemente prestada, vale decir una reparación en especie, o reclamar la reparación de los perjuicios derivados de la conducta no realizada o realizada deficientemente. Esto no es una cuestión menor, dado que se pueden indemnizar los daños producidos por el servicio deficiente, pero si cesa el mismo, los daños pueden seguir produciéndose.

6. DAÑOS OCASIONADOS POR CONCESIONARIOS O CONTRATISTAS

Una disposición muy cuestionable de la LRE es la siguiente:

Artículo 6.- El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada.

²⁷³ Gelli, María Angélica. "Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado", en La Ley 2014-E, 659. Cita Online: AR/DOC/2725/2014.

Este artículo responde a la lógica administrativista. El concesionario o contratista es una persona jurídica distinta al Estado, no es órgano suyo, no integra la Administración y, por tanto, los daños que cause no pueden ser imputados al Estado. De hecho, una de las condiciones que debe reunir esta persona, es la solvencia para hacer frente a los daños.

Sostengo que el criterio es cuestionable porque desvincula al Estado de su deber de contralor, sobre el cumplimiento de una función encomendada por el Estado a un sujeto también elegido por él mismo. El estado elige un tercero (concesionario), le asigna una función estatal que le es propia, y luego se desvincula de las consecuencias dañosas de su obrar. Es, simplemente, injustificable.

Según lo dispone la norma citada, el Estado no debe responder, ni aún en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos. Aparentemente se busca plasmar la línea jurisprudencial expresada en el caso Colavita (Fallos: 323:318), aunque luego fue morigerada en el caso Bea (Fallos: 333:1623), pero en rigor de verdad se adoptó la posición más extrema, en aparente consonancia jurisprudencial, para consagrar un verdadero privilegio de indemnidad para el Estado.

La aplicación plena de la norma no permitirá que se indemnicen a los perjudicados por los hechos derivados de los daños que se ocasionan por el mal estado de los servicios públicos concesionados y producidos por el negligente control del Estado concedente.

Catalano²⁷⁴ encuentra una ventana por donde deslizar responsabilidad estatal, sosteniendo que cuando la norma exime de responsabilidad al Estado, lo hace toda vez que "la acción u omisión sea imputable a la función encomendada", de modo tal que cualquier desvío en su accionar de lo dispuesto en contrato o norma que confiere la función, hace nacer responsabilidad. La lógica sería la siguiente, la función encomendada no supone dañar; ergo, si se daña hay responsabilidad del Estado. Pero la responsabilidad que le puede caer no sería directa, sino a título de "in vigilando" o "in eligendo" cuyo fundamento es legal y proveniente del derecho común, que ha sido expresamente vedado en este ámbito.

Quizás lo más preocupante se halle en el hecho que, aun siguiendo la lógica administrativista, no se ha previsto la insolvencia del concesionario o contratista, lo cual condena al damnificado a soportar el daño injusto sin poder trasladarlo, dado que el Estado ni siquiera cumple una función de garantía como deudor subsidiario.

7. PRESCRIPCIÓN

En lo que respecta a la prescripción, se ha establecido lo siguiente:

Artículo 7.- El plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de tres (3) años computados a partir de la

²⁷⁴ Catalano, Mariana. "Nueva Ley de Responsabilidad del Estado. Análisis de su articulado en relación a la jurisprudencia de la Corte y al proyecto de la Comisión de Reforma al Código Civil", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros N 12. p. 5-19.

verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita.

Si comparamos esto con el plazo del derecho común, podemos ver que el artículo 2.560 del Código Civil y Comercial establece un plazo genérico de 5 años. Como puede apreciarse, el tiempo para demandar al Estado es menor al que se les concede al resto de las personas, cuando debiera ser justamente a la inversa por la complejidad que implica iniciar una acción de esta naturaleza.

Pero, en rigor de verdad, los tres años de la Ley de Responsabilidad del Estado puede ser un tiempo abreviado si tomamos en cuenta el momento del daño, pudiendo variar sustancialmente si lo computamos desde que se agota el procedimiento administrativo.

El administrado que resulta damnificado por un acto administrativo ilegítimo y pretende reclamar un resarcimiento ante la Justicia, debe cumplimentar una serie de pasos previos: impugnar el acto, agotar la vía administrativa y obtener la declaración de ilegitimidad del acto como condición para obtener el resarcimiento. Hasta tanto se cumpla con todas estas exigencias, puede que transcurra el plazo de prescripción de 3 años computable desde la verificación del daño.

Es por ello que, a los efectos prácticos el plazo de prescripción comienza cuando la acción queda expedita, pues ello significa que el derecho asociado a la acción se torna exigible, y es precisamente sobre dicha exigibilidad que opera el instituto de la prescripción²⁷⁵.

²⁷⁵ Acosta, Juan Ricardo. "Cómputo de la prescripción de la acción indemnizatoria de daños emanados de un acto

8. ACCIÓN DE DAÑOS

Según dispone la Ley de Responsabilidad del Estado:

Artículo 8.- El interesado puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de actos administrativos de alcance individual o general o la de inconstitucionalidad, o después de finalizado el proceso de anulación o de inconstitucionalidad que le sirve de fundamento.

En este caso no queda claro el plazo para incoar la demanda de daños cuando se hubiere obtenido la nulidad o la inconstitucionalidad; es de suponer que se puede aplicar el art. 7, entendiéndose que al haberse obtenido la nulidad o inconstitucionalidad queda expedita la acción de daños.

La posibilidad de iniciar la acción de daños en forma conjunta con la acción de nulidad, supone autorizar el ejercicio de una acción que no se encontraría expedita sino hasta que concluye el proceso de anulación del acto²⁷⁶.

9. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO

La LRE dispone:

ARTICULO 10. — La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas

administrativo ilegítimo”, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros 2014-VI, 189. Cita Online:AR/DOC/440/2014.

²⁷⁶ Acosta, Juan Ricardo. “Cómputo de la prescripción de la acción indemnizatoria de daños emanados de un acto administrativo ilegítimo”, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros 2014-VI, 189. Cita Online: AR/DOC/440/2014.

específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria. Las disposiciones de la presente ley no serán aplicadas al Estado en su carácter de empleador.

10. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS Y AGENTES PÚBLICOS

También dispone la Ley de Responsabilidad del Estado:
Artículo 9.- *La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen. La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años. La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización.*

Este artículo debe ser analizado en conjunto con el art. 1, por lo que no hay responsabilidad directa del funcionario público, sino tan sólo una acción de regreso ante la propia Administración.

Como puede verse la responsabilidad del Estado es objetiva, pero la de los funcionarios es subjetiva, por culpa o dolo; ahora bien, qué debe entenderse por tales en este contexto, cuando no se puede abreviar en el 1.724 del Código Civil y Comercial para determinarlo. Para circunvalar este grave problema solo podríamos ver si se puede hacer una distinción entre aplicación subsidiaria que impide la Ley de Responsabilidad del

Estado y el Código, e interpretación integradora, que habilitaría el mismo cuerpo normativo en el art. 2.

Cassagne²⁷⁷ entiende que si el derecho administrativo no legisla el alcance de la responsabilidad de los agentes estatales cuando cometen faltas de servicio, se aplicará analógicamente, el Código Civil y Comercial, siendo las responsabilidades del Estado y de los agentes públicos concurrentes.

En lo que respecta al plazo, es coherente con lo establecido en el art. 7. La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años.

La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización.

La LRE no establece que el estado y sus funcionarios o agentes sean solidariamente responsables, pero la última parte del artículo 9 dispone la acción de repetición del estado frente al funcionario que generó el daño por dolo o culpa.

Atento a la existencia de un fenómeno nuevo en nuestro país, cual es la adquisición por parte del Estado de paquetes accionarios de sociedades privadas, con los consecuentes derechos de designar directores, síndicos, consejeros y otros funcionarios que integran sus órganos sociales se plantea una nueva problemática a

²⁷⁷ Cassagne, Juan Carlos. "El fundamento constitucional de la responsabilidad del estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas", en La Ley 2014-C, 885. Cita Online: AR/DOC/1303/2014.

resolver. Por aplicación de reglas generales no podrían ser considerados "agentes" estatales, pero el Poder Ejecutivo Nacional ha entendido, según lo expresa en los considerandos del Decreto 196/2015, que "toda vez que la actuación de los funcionarios aludidos encuentra su origen en una designación estatal" poseen un estatus especial.

El mencionado Decreto 196/2015 establece:

Artículo 1.- Los Directores, Síndicos, Consejeros y funcionarios designados por, o a propuesta del Estado Nacional o de sus entidades, en los órganos sociales de las empresas y sociedades donde tenga participación en el capital social, son funcionarios públicos a los efectos de la delimitación de su responsabilidad y respecto de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, con las exclusiones previstas en el presente decreto.

Por si no fuera suficiente asimilarlos a funcionarios públicos, luego se dispone:

Artículo 2.- El Estado Nacional garantiza la indemnidad de los funcionarios mencionados en el Artículo 1º del presente decreto, que durante el ejercicio de esas funciones o luego de cesado en ellas, fueren demandados, intimados, requeridos, denunciados, querellados o imputados por el ejercicio de tales responsabilidades; debiendo brindar a través de las jurisdicciones y/o entidades estatales correspondientes, la asistencia especializada necesaria para asegurar su defensa, representación o patrocinio legal; sin perjuicio de la intervención que la Ley Nº 12.954, el Decreto Nº 34.952/47 y las normas complementarias le

acuerdan a la Procuración del Tesoro de la Nación.

Y con el objeto de brindar una protección aún mayor se decidió la aplicación retroactiva de estas disposiciones:

Artículo 4.- Las disposiciones que anteceden se aplicarán, incluso, a las situaciones jurídicas preexistentes, generadas por intimaciones, requerimientos, denuncias, querellas, imputaciones o demandas originadas en hechos o conductas anteriores a la fecha del presente decreto, y resultan complementarias de otras normas especiales que se encuentren vigentes.

Es así que entre la LRE y el Decreto 196/2015 se han encargado de crear una categoría dogmática, *los dañadores privilegiados*.

VIII. Fundamentos de la responsabilidad del Estado

Es muy importante determinar claramente los fundamentos constitucionales de la responsabilidad del Estado, cuestión que, por otra parte, puede incidir en la regulación de la materia por el derecho común o por el derecho administrativo.

En general, los administrativistas, siguiendo las enseñanzas de Marienhoff²⁷⁸ encuentran la base de la responsabilidad en la existencia misma del Estado del Derecho²⁷⁹.

²⁷⁸ Marienhoff, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. 4ª edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

²⁷⁹ Cassagne, ídem.

La fuente constitucional no es directa, sino que se construye sustentada en tres pilares:

- *Alterum non laedere* (art. 19)
- Principio de igualdad ante la ley y su proyección sobre la igualdad de las cargas públicas (art. 16)
- Principio de inviolabilidad de la propiedad (art. 17)
- Respeto a los derechos adquiridos; ya que los derechos reconocidos en los arts. 14 a 20 constituyen derechos adquiridos por los particulares en sus relaciones con el Estado y por el art. 28, que establece que el Estado no puede alterarlos bajo el pretexto de su reglamentación.

También coadyuva en esta construcción el artículo 116 de la Constitución Nacional, que establece la demandabilidad del estado nacional, sin prerrogativas.

Por otra parte, es posible encontrar situaciones especiales tales como tratados internacionales que establecen indemnizaciones en casos concretos como cuando una persona es ilegalmente detenida o presa.

En muchas constituciones provinciales se prevé expresamente la responsabilidad del estado, que muchas veces remite al derecho privado (por ejemplo: Constitución de Santa Fe de 1962 art. 18; Formosa, art. 18; San Juan, art. 43, etc.).

Ahora bien, la pregunta central es ¿cómo construir un sistema de responsabilidad patrimonial con esta base normativa y con una ley tan acotada como la de Responsabilidad del Estado? Para agravar el cuadro de situación nos encontramos con la propia ley, que sostiene que no es aplicable el Código Civil y Comercial de manera directa ni subsidiaria, pero el Código sostiene que no es aplicable el capítulo 1 del título

respectivo. Lo previsto en el Código impide aplicar las reglas de responsabilidad del derecho común; en cambio, la Ley de Responsabilidad del Estado impide aplicar el Código en su totalidad, lo cual obliga a legislar aspectos jurídicos fundantes, cuestión que aún no ha sido resuelta.

La Ley de Responsabilidad del Estado solo se aplica al ámbito federal, invitándose a las Provincias a adherir en la inteligencia que de ese modo podría volver a lograrse la uniformidad que existía cuando el tema era tratado por el derecho común, pero ello no es más que una pretensión difusa, dado que las provincias conservarán los poderes no delegados (art. 121 C.N.), pudiendo adherir parcialmente, no hacerlo y dictar leyes propias, o bien reglamentando de manera particular lo dispuesto en la LRE estableciendo criterios propios para regular las reglamentaciones inherentes a los estándares y normas concernientes al cumplimiento regular de cada función o servicio.

Si bien no existe un mandato constitucional claro que disponga la obligatoriedad del tratamiento de la responsabilidad del Estado por el derecho común, no puede obviarse la fuerza del precedente que lo ha tratado siempre como un capítulo del derecho común y la conveniencia que las instituciones troncales del sistema jurídico sean reguladas por el derecho común, no necesariamente en el Código Civil y Comercial, pero sí de manera uniforme en todo el país. No podemos soslayar la necesidad de precisar los confines de las instituciones con el objeto de mantener la coherencia y la unidad del sistema jurídico.

Además, cuando se trata de responsabilidad estamos frente a una materia propia del derecho de fondo, perteneciente al régimen patrimonial. Será una decisión

del legislador tratarlo en el Código Civil y Comercial o fuera de él como un microsistema, pero pretender regir la competencia por la personalidad del dañador pertenece a concepciones vetustas, propias de otros tiempos "cuando todavía influían en materia de responsabilidad los conceptos monárquicos, y donde se entendía que el soberano no podía ser llevado por ante los tribunales como un litigante común"²⁸⁰.

También debe tenerse presente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con rango constitucional, que en sus artículos 1, 2, 8, 10, 21 y 24 establecen la obligatoriedad de la tutela de los derechos de la persona en su integridad, lo que implica el derecho a la indemnización en caso de daños en condiciones de igualdad sin reparar si la lesión provino de la actividad estatal o de un particular. Lo contrario significa constituir un verdadero privilegio, a favor del estado y en perjuicio de sus víctimas.

IX. La responsabilidad del Estado y el Derecho del Consumidor

Es posible apreciar, en los últimos años, un notable incremento de la presencia del Estado en el mercado; pero ya no en su aspecto público como regulador, sino como proveedor directo de bienes y servicios.

La participación estatal es visible en materia de transporte, comunicaciones, servicios bancarios y financieros, seguros, correos, combustibles, etc.

²⁸⁰ Junyent Bas, Francisco y Boretto, Mauricio. "Nuevo régimen de responsabilidad del Estado", en La Ley 2014-A, 796. Cita Online: AR/DOC/324/2014.

La situación descrita abre el interrogante sobre el estatus del Estado como proveedor, y a cuál marco normativo debemos remitirnos cuando de la relación de consumo con éste puedan derivar daños para el consumidor.

En principio parecería que los artículos 1.764 a 1.766 del Código Civil y Comercial y la Ley de Responsabilidad del Estado crean un sistema cerrado, omnicompreensivo de todas aquellas situaciones donde cabe predicar responsabilidad patrimonial del Estado.

A poco que miramos con atención podemos ver que el Código Civil y Comercial declara inaplicable el título de responsabilidad civil a la responsabilidad del Estado y, luego, la Ley de Responsabilidad del Estado lo amplía a todo el Código. En ningún momento se refiere la exclusión a la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) y, en especial, a su artículo 40.

Ello sumado al hecho que el Código Civil y Comercial y la Ley de Responsabilidad del Estado no son de orden público, a diferencia de la LDC que si lo es, y constituye un microsistema que halla su fundamento directo en el artículo 42 de la CN y no habilita a distinguir a los proveedores en razón de su carácter público o privado.

En tal sentido, es muy clara la Ley de Defensa del Consumidor al establecer el concepto de proveedor en los siguientes términos:

Artículo 2. Proveedor. Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y

comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.

En consecuencia, el Estado puede ser considerado proveedor y, en tal calidad, obligado al cumplimiento de la Ley de Defensa del Consumidor. La única excepción que habilita la ley es la referida a los profesionales liberales (art. 2) y a los proveedores de servicio de aerotransporte (art. 63).

Por otra parte, "existe un amplio consenso en que el Estatuto del Consumidor ha dado nacimiento a un régimen de responsabilidad autónomo y diferente al previsto para el Derecho Privado en general"²⁸¹, y es a ese régimen de responsabilidad general, que tanto el Código Civil y Comercial como la Ley de Responsabilidad del Estado, buscan poner por fuera a la responsabilidad estatal.

El dato de la referencia constitucional es clave para compatibilizar con aquellas disposiciones del Código Civil y Comercial y la Ley de Responsabilidad del Estado que, si bien no excluyen explícitamente a la Ley de Defensa del Consumidor, establecen que es el Derecho Administrativo el único habilitado a regular la responsabilidad estatal. La claridad del precepto constitucional, sumado a la ausencia de exclusión explícita, permiten sostener la autonomía del microsistema del Derecho del Consumidor frente a la nueva responsabilidad del Estado.

²⁸¹ Chamatropulos, Demetrio. "La responsabilidad del Estado y el Derecho del Consumidor", en Revista de Derecho de Daños 2015-1. Responsabilidad del Estado - II. Pág. 163.

Abonan esta idea la propia Ley de Responsabilidad del Estado cuando dispone:

Artículo 10. — La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria.

Es decir, en lo que respecta a responsabilidad contractual remite a la normativa específica, que para este caso será la Ley de Defensa del Consumidor. Si bien ya no cabe la distinción entre ámbitos de responsabilidad en el derecho privado desde la sanción del Código Civil y Comercial, y mucho antes en lo que respecta al Derecho del Consumidor, la mencionada disposición legal sirve a los efectos interpretativos dado que según lo dispuesto por el art. 2 del Código *"la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades..., los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento"*.

También resulta conteste con esa interpretación lo establecido en la Ley de Defensa del Consumidor:

Artículo 3 — Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia.

...Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo... En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor.

Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté

alcanzado asimismo por otra normativa específica.

En consecuencia, las normas que regulan la responsabilidad del Estado y los funcionarios no excluyen al Derecho del Consumidor, que se aplica como microsistema autónomo sin hesitaciones, incluso derrotando la prohibición del art. 1 de la Ley de Responsabilidad del Estado que dispone que *"la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios"*. El microsistema se aplica plenamente, aún con el artículo 52 bis que consagra los daños punitivos. Cualquier solución en contrario será inconstitucional a la luz del art. 42 y lesiva del orden público consumeril, consagrado en la Ley de Defensa del Consumidor.

X. Conclusiones

Sustraer la responsabilidad del Estado del Código Civil y Comercial es una decisión legislativa opinable, dado que pertenece al campo de las potestades del Congreso la posibilidad de crear un subsistema normativo y dotarlo de autonomía. En esta discusión se entremezclan cuestiones de mérito y conveniencia que quedan fuera del análisis jurídico.

Ahora bien, sustraerla y no prever un mecanismo de sustitución equivalente deja de ser campo de opinión para ser objeto de cuestionamiento desde el punto de vista de los derechos de los particulares, porque donde antes había un estatuto legal, ahora hay incertidumbre y dudas. Donde antes había una norma común, ahora pueden haber 25 normas diferentes y dispares. Donde antes había derechos, ahora hay peligro para los ciudadanos expuestos a la dañosidad del estado. Donde

antes había responsabilidad ahora hay, en gran medida, impunidad.

La Ley de Responsabilidad del Estado se declara aplicable solo para el estado nacional, e invita a las provincias a adherir. Pudiendo haberse optado por mecanismos más eficientes para asegurar la aplicación de estas normas en todo el país.

La responsabilidad civil se ha fracturado, ya no es una sola, y la diferencia atiende a las particularidades del autor del daño. Si el dañador es el estado o los funcionarios públicos cuentan con normas especiales, se les ha creado un injustificado privilegio.

Por otra parte, la aplicación del Código Civil y Comercial nos obliga a crear un Derecho de Daños propio para la Responsabilidad del Estado, y no es posible hacerlo desde la LRE, no solo por sus limitaciones de técnica legislativa, sino por la atomización que la federalización supone.

La imposibilidad de contar con un marco de referencia como las reglas de responsabilidad del Código Civil y Comercial, también supone declinar los avances más importantes que se han producido en la materia, como ser la función preventiva, que en el caso de la responsabilidad del Estado sería de una indudable relevancia.

En muchos aspectos la Ley de Responsabilidad del Estado nos lleva de vuelta a un estadio evolutivo anterior al Código Civil y Comercial. Lo cual no es poco, si observamos que el potencial victimario es un sujeto extremadamente poderoso, frente al cual todos nos hallamos expuestos.

El tema no es a qué rama del derecho adscribiremos la ley que rija la materia. No se trata de una disputa "territorial" entre civilistas y administrativistas, la cuestión es el paradigma, los principios y valores que informen la solución legal.

Se trata de discusiones distintas; por un lado, si tiene que ser tratada la responsabilidad del Estado en el Código Civil y Comercial, o tiene que quedar fuera y ser regulada por ley especial de derecho común y sustantivo, o bien por el derecho administrativo, siendo esta última opción la más difusa porque llevará a crear un mosaico normativo de enorme complejidad.

Hasta la sanción de la Ley de Responsabilidad del Estado convivían pacíficamente una legislación común y uniforme en todo el país, junto con disposiciones constitucionales provinciales, y leyes locales que establecían supuestos especiales de responsabilidad para provincias, municipios y sus agentes; tales como las de contabilidad pública, de contrataciones, obras públicas, etc.

Si bien nuestra organización del Estado es federal, no en estado puro sino atenuado o morigerado, a diario presenciamos afectaciones al federalismo consagrado en la Constitución. La tendencia consolidada se orienta hacia un federalismo nominal con una creciente centralización del poder, y justamente en ese contexto se da la única excepción "federalizante"; la eliminación de la responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos del derecho común para ser llevado al ámbito de un Derecho que no ha sido delegado al Estado Nacional. No hay norma de responsabilidad del Estado y funcionarios públicos que sea ingenua o desprovista de intencionalidad, este despertar "federalizante" es, cuanto menos, sospechoso.

Si la responsabilidad del Estado debe encuadrarse en cánones distintos de la responsabilidad civil, me inclino a una respuesta positiva pero por razones muy diferentes a las que son esgrimidas por los partidarios de la Ley de Responsabilidad del Estado. La responsabilidad pública puede ser regulada como un tema ambivalente, a diferencia de la responsabilidad civil enfocada solo desde el prisma de la dogmática jurídico-privada.

El derecho privado regula las relaciones de coordinación entre particulares, su paradigma es la igualdad. En principio fue una igualdad absoluta, que se transformó en igualdad formal porque tratar como iguales a quienes no lo eran favorecía a los más fuertes. Solo entonces fue sensible a la búsqueda de la igualdad real, la igualdad no como punto de partida sino de llegada. De ese modo se empezó a proteger al débil jurídico, que hoy es el nuevo paradigma del sistema.

Nada menos que en ese punto la Ley de Responsabilidad del Estado atrasa, protege al fuerte, desampara al débil. Si en algo debiera ser diferente la responsabilidad del estado, es en crear un microsistema que ampare al débil jurídico, al administrado. No hay relación de mayor desigualdad que la existente entre el ciudadano y el Estado, ciudadano que cuando más vulnerable (anciano, pobre, analfabeto, discapacitado, etc.) es aún más débil frente a un Estado elefantiásico y arbitrario. La desigualdad ciudadano-Estado es mucho mayor que la existente entre consumidor y empresa; en cambio, parece no merecer una norma acorde a su real situación, tal vez porque los empresarios no son quienes dictan las normas jurídicas que regulan su responsabilidad.



Otra particularidad; el ideal de justicia que pretende consagrar el derecho privado es la justicia conmutativa, siendo muy discutible su valor como realizadora de la justicia distributiva; en cambio, la responsabilidad del Estado no solo debe ocuparse de la justicia conmutativa, también puede ser un instrumento idóneo de justicia distributiva. La justicia distributiva es un deber indelegable del Estado, y la responsabilidad puede ser uno de los medios a su disposición para concretarla.

También es un elemento de limitación del poder compatible con el principio republicano, y control por parte de los ciudadanos. Como expresa Martín Rebollo, describiendo el derecho español, la responsabilidad del estado es "un instituto que no debe ser efectivamente considerado como un freno a la actividad pública, sino como un elemento de orden del sistema, un instrumento para configurar y modular la actuación administrativa y una pieza esencial de las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos"²⁸².

Necesitamos un régimen que no cree privilegios so pretexto de reivindicar viejas fronteras que dividían derecho público y privado, especialmente en tiempos en que estos paradigmas están cambiando -prueba de ello es la constitucionalización del derecho civil-, y en aquellos supuestos en que no existe razón atendible para distinguir: al peatón atropellado por un vehículo automotor, le es indiferente que éste pertenezca a un particular o a un ministerio; el paciente que sufre daños

²⁸² Martín Rebollo, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: un balance y tres reflexiones", en AFDUAM 4 (2000). Página 308.

causados por mala praxis médica no puede encontrar una respuesta diferente según esté en un hospital público o una clínica privada; a un niño que sufre daños en una escuela, le da igual que esta sea pública o privada, etc.

En suma, con el Código Civil y Comercial y la Ley de Responsabilidad del Estado se edifica un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado que se caracteriza por ser incompleto, inseguro y fragmentado. Precisamente, todo lo opuesto a lo que necesita el administrado. Es de esperar que a la brevedad se pueda retomar el camino del anteproyecto y subsanar la situación actual.

XI. Bibliografía

Aberastury, Pedro. (2007). "Principios de la responsabilidad del Estado", en Aberastury, Pedro (Director), Responsabilidad del Estado. Abeledo — Perrot, Buenos Aires.

Aberastury, Pedro. (2014). "La nueva ley de Responsabilidad del Estado", en ADLA 2014-25, 18. Cita Online: AR/DOC/2862/2014 (Fecha de acceso: 13 julio 2016)

Acosta, Juan Ricardo. (2014). "Cómputo de la prescripción de la acción indemnizatoria de daños emanados de un acto administrativo ilegítimo", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros 2014-VI, 189. Cita Online: AR/DOC/440/2014 (Fecha de acceso: 10 marzo 2017)

Cassagne, Juan Carlos, et al. (2008). Responsabilidad del Estado. Rubinzal Culzoni. Santa Fe.

Cassagne, Juan Carlos. (2014). "El fundamento constitucional de la responsabilidad del estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas", en La Ley 2014-C, 885. Cita Online: AR/DOC/1303/2014 (Fecha de acceso: 12 jul. 2016).

Catalano, Mariana. (2014). "Nueva Ley de Responsabilidad del Estado. Análisis de su articulado en relación a la jurisprudencia de la Corte y al proyecto de la Comisión de Reforma al Código Civil", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros N 12. p. 5-19.

Chamatropulos, Demetrio. (2015). "La responsabilidad del Estado y el Derecho del Consumidor", en Revista de Derecho de Daños 2015-1. Responsabilidad del Estado - II. p. 143-187.

Gelli, María Angélica. (2014). "Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado", en La Ley 2014-E, 659. Cita Online: AR/DOC/2725/2014 (Fecha de acceso: 10 ago. 2016).

Junyent Bas, Francisco y Boretto, Mauricio. (2014). "Nuevo régimen de responsabilidad del Estado", en La Ley 2014-A, 796. Cita Online: AR/DOC/324/2014 (Fecha de acceso: 10 ago. 2016).

Marienhoff, Miguel. (1990). Tratado de Derecho Administrativo, Tº I, 4ª edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Martín Rebollo, Luis. (2000). "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: un balance y tres reflexiones", en AFDUAM 4 (2000), pp. 273-316. También en Revista de Administración Pública, N 150 (enero-abril, 2000).

Martín Rebollo, Luis. (2007). "Fundamento y función de la responsabilidad del Estado: situación actual y perspectivas, en Moreno Martínez, Juan Antonio (Coordinador). La responsabilidad civil y su problemática actual. Dykinson. Madrid.

Mosset Iturraspe, Jorge y Lorenzetti, Luis (Directores). (2015). Revista de Derecho de Daños 2015-I. Responsabilidad del Estado II. Santa Fe.

Mosset Iturraspe, Jorge. (2004). Responsabilidad por daños, tomo X. Responsabilidad del Estado. Rubinzal Culzoni. Santa Fe.

O'Donnell, Agustina. (2014). "Ley 26.944: nueva normativa sobre responsabilidad del Estado", en PET 2014 (agosto-545), 4. Cita Online: AR/DOC/2893/2014 (Fecha de acceso: 10 sept. 2016).

Pantaleón Prieto, Fernando. (1994). Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Documentación Administrativa, [S.l.], jun. 1994. ISSN 1989-8983. Disponible en: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5354&path%5B%5D=5408>. (Fecha de acceso: 11 mayo 2017)

Rosatti, Horacio (Director). (2014). Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético. Rubinzal Culzoni. Santa Fe.

Trigo Represas, Félix. (2014). "Responsabilidad por daños causados por la actividad lícita del Estado", en ADLA 2014-25, 3. Cita Online: AR/DOC/2863/2014 (Fecha de acceso: 12 ago. 2016).



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 10
Junio 2017

www.gabilex.jccm.es

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 75/2016 DE 10 DE FEBRERO Y EL VALOR DE LA PRUEBA DE ADN

D^a. Alicia Chaves Mora

Letrada del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha y
Profesora colaboradora honorífica de la Universidad Rey
Juan Carlos

SUMARIO

- I. Antecedentes de la Sentencia del Tribunal Supremo 75/2016.
- II. Análisis de la resolución judicial comentada
 - A. La prueba en el Ordenamiento Jurídico Español: medios de prueba y valoración
 - B. La posición del Tribunal Supremo en la Sentencia 75/2016
- III. Conclusiones sobre el valor de la prueba de ADN en la jurisprudencia

Con el comentario de esta sentencia mediática se pretende poner de manifiesto que dicha resolución es una de las más recientes oportunidades que ha tenido

nuestro Tribunal Supremo para pronunciarse sobre la valoración de la prueba del ácido desoxirribonucleico (en adelante ADN) y avanzar, al unísono de los nuevos conocimientos biotecnológicos, en la concepción que tradicionalmente había mantenido desde las sentencias de los años ochenta.

Se abordará la presente reseña jurisprudencial siguiendo, en la medida de lo posible, la estructura habitual de las sentencias del Tribunal Supremo, si bien, se incluyen algunas variaciones derivadas de la particular naturaleza del caso y que se concretan en el análisis de los hechos, breve reseña sobre la prueba en nuestro Ordenamiento Jurídico, comentario propiamente dicho a la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo nº 75/2016 de 10 de febrero en la que la valoración de una prueba de ADN revisa parcialmente la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 2005, para acabar con unas breves conclusiones.

I. ANTECEDENTES

El 25 de mayo de 2005 D. Mariano fue condenado por la Audiencia Provincial de Málaga como autor y responsable de un delito de agresión sexual y un delito de lesiones, cometidos dos años antes en Fuengirola fundándose dicha condena básicamente en la testifical de una vecina de la víctima que reconoció, al en ese momento acusado, como el hombre al que vio ese día en las inmediaciones del domicilio de la víctima. En fase de ejecución de esta sentencia, esto es, diez años después, concretamente, el día 23 de noviembre de 2015, se formaliza recurso de revisión contra dicha resolución judicial fundado en la inocencia del



condenado por la aparición de nuevas pruebas que así lo demostraban. Estas nuevas pruebas se centraban fundamentalmente en el informe del Jefe de la Unidad de Análisis Científicos de la Dirección General de la Policía de Madrid fundado, por un lado, en el resultado de una prueba genética (comparación de perfiles genéticos) y, por otro, en una comunicación de la INTERPOL en la que se llegaba a afirmar que un ciudadano británico, que había sido detenido y acusado en Reino Unido de la violación y homicidio de una joven británica, a su vez, residió en el sur de España y, concretamente, en la zona de Fuengirola en la fecha en que se cometieron los hechos por los que se condenó a D. Mariano.

La prueba genética consistió, en una doble comparativa, la primera tuvo lugar entre el perfil genético del ciudadano británico que le constaba a la INTERPOL en sus bases de datos y la mezcla de perfiles genéticos que se obtuvieron tras analizar restos orgánicos que estaban adheridos a un peine de carey hallado en el lugar de las agresiones sexuales de la víctima por las cuales fue condenado D. Mariano, dando como resultado la compatibilidad, esto es, positivo, y, la segunda comparativa tuvo lugar entre el perfil genético del condenado y el obtenido de los restos orgánicos recopilados del lugar de los hechos cuyo resultado fue de incompatibilidad de perfiles, es decir, negativo. El propio informe incluye la evaluación estadística de verosimilitud que viene a significar que es algo más que once cuatrillones de veces más probable que la mezcla obtenida de los restos celulares del peine de carey presente estos genotipos coincidentes entre la víctima y ciudadano británico.

Al conocer de la existencia en España de una persona condenada por los delitos de violación y

agresiones cometidos el día 10 de agosto de 2013 en Fuengirola, el ciudadano británico admite, en la prisión de Frankland, en una declaración jurada y manuscrita ante la abogada en Holanda del condenado su posible implicación en esos delitos cometidos en España.

Ante este nuevo giro de los hechos, la defensa del hasta ahora condenado quiso reforzar la inicial prueba genética y ampliar el primer informe pericial y para ello solicitó al Juzgado de Fuengirola, que estaba revisando los hechos, que se intentara disponer de una muestra del ADN del ciudadano británico que no diera lugar a dudas. Con esta segunda toma de muestras se ampliaba el número de marcadores genéticos que no estaban incluidos en el perfil inicial que constaba en la base de datos de la INTERPOL sobre él, y a su vez, se solicitó que se tomase y analizase una nueva muestra a la víctima volviéndose a realizar la comparativa de perfiles, esta vez con mayor cantidad y calidad de material genético directamente obtenido de los sujetos implicados en la comparativa genética. Si bien, aun cuando el ciudadano británico proporcionó voluntariamente restos de saliva los mismos, según el forense de Reino Unido que los analizó no eran suficientes para dar una opinión de importancia probatoria ya que los datos facilitados eran un cuadro muy resumido y no los datos primarios.

Para concluir, y a la vista de los nuevos acontecimientos y pruebas aportadas, la Comisaría General de Policía científica española elaboró un informe en agosto de 2015 en el que concluía que en los restos de células en un peine de Carey aparecido en el lugar de las agresiones había dos perfiles genéticos compatibles con los de la víctima y el ciudadano británico y que, a mayor abundamiento, dicho ciudadano británico en su propia declaración prestada

voluntariamente había admitido su posible implicación en los hechos cometidos en agosto de 2003 en Fuengirola por los que estaba cumpliendo condena D. Mariano que quedaría exculpado ante estos dos nuevos hechos posteriores al momento en que se dictó sentencia.

II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

A. La prueba en el Ordenamiento Jurídico Español: medios de prueba y valoración

En esta brevísima reseña de la prueba, introductoria del comentario de la sentencia que nos ocupa, se tratarán unas ideas básicas sobre esta fase en todos los órdenes jurisdiccionales sin detenernos en ninguno de ellos.

Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la manera más genérica puede definirse la prueba en nuestro Ordenamiento Jurídico como aquella actividad procesal esencial del procedimiento (en el caso del procedimiento penal, desarrollada normalmente en la fase del juicio oral o enjuiciamiento) y cuyo fin directo es acreditar la realidad de ciertos hechos que fueran de trascendencia jurídica, esto es, lograr la convicción del Juez o Tribunal sobre unos hechos.

No hay que olvidar , en ningún orden jurisdiccional, que el fundamento de la prueba es el derecho a la tutela judicial efectiva que el artículo 24 de la Constitución Española reconoce a todas las personas tal y como reiteran las SSTC 19/2001 de 29 de enero y 246/2000 de 16 de octubre en las que se dice que el

derecho fundamental a la prueba es el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los derechos relevantes para la defensa. Y hay que destacar, por su importancia, que dentro de este derecho a la tutela judicial efectiva ocupa un lugar central en la jurisdicción penal el principio de presunción de inocencia que consagra el derecho de toda persona a ser declarada inocente mientras no se destruya dicha presunción.

En cuanto al objeto de la prueba, la misma versa sobre hechos, que en el proceso penal serán los alegados por la defensa y acusación por ejemplo, nunca sobre derecho porque la norma debe conocerla el órgano que ha de dictar la resolución, regla que se sintetiza en la expresión "*facta probantur, iura deducuntur*" y "*da mihi factum, dabo tibi ius*" que inspira la legislación procesal española donde sólo se alude a la prueba de los hechos. Así mismo, quedan exentos de prueba los admitidos o reconocidos por ambas partes y los notorios. Son hechos notorios aquellos que por su general divulgación no pueden ser ignorados por nadie.

En relación al tiempo y lugar de la prueba la regla general en el ámbito procesal es que las actividades probatorias se propongan y practiquen en momentos y espacios de tiempo determinados, en lo que se ha dado en llamar términos y plazos de prueba.

Cuestión importante en materia de prueba es la de la determinación de los medios de prueba admisibles en nuestro Ordenamiento Jurídico en el que impera el principio de libertad, en consecuencia, se podrán acreditar los hechos por cualquier medio de prueba

admisible en Derecho. Siendo importante apuntar, y especialmente en el orden jurisdiccional penal, que dichos medios de prueba han de ser utilizados de manera lícita sin vulnerar derechos fundamentales.

No se puede acabar esta breve reseña sin referencia a la valoración de la prueba practicada que forma parte del contenido del derecho a la prueba previsto en el artículo 24.2 de la CE y se vulnera el mismo cuando no se valore al resolver el litigio la prueba propuesta y admitida, por ejemplo por falta de explicación de los razonamientos sobre la apreciación llevada a cabo por el órgano judicial.

La valoración de la prueba ha de hacerse de forma razonable porque lo contrario determinaría la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE. La STC 34/2006 de 20 de noviembre sobre el concepto de irrazonabilidad señala que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en ninguna de las razones aducidas (SSTC 186/2002 de 14 de octubre y 2224/2003 de 15 de diciembre). Y el criterio que impera en la valoración de la prueba por el juez en nuestro Ordenamiento jurídico es el de la sana crítica o criterio racional.

Y finalmente hay que aludir, por su transcendencia, en esta breve reflexión sobre el funcionamiento de la prueba en nuestro Ordenamiento Jurídico, al carácter prejudicial de la jurisdicción penal y la vinculación de los hechos declarados probados en el

procedimiento penal para otros órdenes jurisdiccionales, como por ejemplo el administrativo según recoge el reciente artículo 77.4 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común.²⁸³

Como afirma el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 11 de mayo de 2015 a la citada Ley 39/2015 la regla de la prioridad de la jurisdicción criminal sobre las demás en la determinación de los hechos acreditados, sin perjuicio de la libertad de calificación jurídica de esos hechos por los órganos administrativos, no es un efecto de la cosa juzgada sino que es la consecuencia inmediata de la necesidad de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que habiendo ganado firmeza ha conformado la realidad jurídica de una manera determinada que no puede ser desconocida por otros órganos.

B. La posición del Tribunal Supremo en la Sentencia 75/2016.

El principal argumento de la sentencia del Tribunal Supremo objeto del presente comentario se contiene en su Fundamento de Derecho Segundo, en el que este Alto Tribunal explica de modo indubitado los razonamientos que le conducen al fallo. En una primera lectura la sentencia muestra que el Tribunal, asumiendo los argumentos del Ministerio Fiscal, admite que las nuevas pruebas genéticas revelan datos nuevos y posteriores a la sentencia y atribuye a la prueba de

²⁸³ CHAVES MORA, A., "Artículo 77 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común", en RECUERDA GIRELA, M.A., (coord.). Régimen Jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común, Aranzadi, Madrid, 2016, pp. 558 y ss.

ADN un carácter técnico e identificador de superior valor a la prueba testifical de una vecina en que la sentencia condenatoria a revisar se basó para condenar. Acaba su razonamiento el Tribunal Supremo reproduciendo entrecomilladas las palabras del Ministerio Fiscal, quien afirma que las pruebas de ADN realizadas sobre los perfiles genéticos hallados usando una técnica más precisa y avanzada permiten una mayor certeza en la identificación que en este caso excluye la participación del actual condenado en el delito de agresión sexual evidenciándose su inocencia, sin perjuicio de que se incoe causa contra el ciudadano inglés por ese delito.

La sentencia que comentamos tuvo una gran difusión siendo presentada por los medios de comunicación como el inicio de un camino de apertura al reconocimiento de la prueba de ADN como prueba de carácter técnico e identificador de superior valor, si bien, esto no es cierto en términos absolutos, en primer lugar, no podemos obviar que el Tribunal Supremo realiza esta afirmación por comparativa con la prueba en que la sentencia condenatoria se basó, una testifical, y en segundo lugar, porque si se analiza literalmente la sentencia, el órgano judicial no hace suyas las palabras del Ministerio Fiscal, más tendentes a otorgar a la prueba de ADN un superior valor, sino que las reproduce entrecomilladas para dejar sentado que esa es la opinión del Ministerio Fiscal.

El Tribunal Supremo, en la sentencia comentada, ha considerado la prueba de ADN como un indicio y no como prueba plena, la razón no ha sido explicada pero podría deberse a que los restos de ADN utilizados no guardan relación directa con el hecho principal que se pretende probar, que es la agresión sexual, como sí lo haría si la muestra analizada de ADN proviniera de

semen encontrado en la víctima. En realidad, la prueba de ADN de los cabellos hallados en el peine de carey en el escenario de los hechos lo único que demuestra es que esos cabellos no son del condenado sino de un tercero, por lo que, la pericia del ADN es una simple prueba indiciaria ya que el análisis del perfil genético lo que certeramente muestra es que el ciudadano inglés estuvo en el escenario del crimen pero no prueba ni que estuviera en el momento en que éste se cometió ni que fuera él quien lo hizo. En consecuencia, en esta sentencia el resultado de la prueba de ADN ha sido tratado como un indicio más de la culpabilidad del ciudadano inglés, sin ningún valor superior porque además de la prueba de ADN el órgano jurisdiccional ha contado para fundar su criterio con la autoinculpación del sospechoso.

En la sentencia que nos ocupa, aun cuando se alzan voces que lo consideran, el Tribunal Supremo no ha innovado en su anterior doctrina porque no ha atribuido al resultado de la prueba de ADN de los cabellos encontrados el valor de prueba de cargo suficiente sino que esto se lo ha atribuido a la declaración del inculpado, lo cual es coherente con la doctrina reiterada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo , entre otras en las sentencias de 18 de enero de 1989 , 4 de mayo de 1998 y 30 de abril de 1990, en las que , sin desconocer el contenido del artículo 406 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, una vez acreditada la existencia de delito o falta, la confesión del acusado puede ser prueba suficiente de autoría.

Por todo lo cual, aun cuando pudiera parecer que en esta sentencia se marca un deslinde con la jurisprudencia anterior por las propias palabras contenidas en el último párrafo del Fundamento de Derecho Segundo, lo cierto y verdad es que es

continuista e incluso más restrictiva que la jurisprudencia anterior. No ha habido evolución sino más bien “retroceso” jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación al valor de la prueba de ADN, con el paso de los años nuestro Alto Tribunal ha ido aumentando su recelo para ser asertivo en cuanto a la certeza absoluta de la prueba de ADN.

Así, en sentencia de 24 de febrero de 1995 el Tribunal Supremo se basaba en práctica judicial alemana, suiza y en los informes de los especialistas más prestigiosos en la materia llegando a afirmar que *“en la actualidad es posible admitir la identidad en los casos de coincidencia de perfiles, aunque se carezca de un conocimiento preciso de la frecuencia”*. En cambio , once años después, en sentencia número 949/2006 de 4 de octubre de 2006 se afirmó que, si bien, con el ADN la situación es radicalmente distinta a la de los tradicionales sistemas de identificación biológica ya que hasta ahora éstos no arrojaban un grado de certeza total, el ADN se caracteriza porque se conserva durante siglos sin alteración y se puede obtener de cada una de las células así como de los líquidos bilógicos del cuerpo y el grado de certeza es prácticamente total aunque con la precisión de que para conectar los datos resultantes del análisis del ADN con la participación de un individuo en un hecho delictivo , en cambio, es necesario un juicio lógico inductivo sólidamente construido del que pueda deducirse sin duda que por el lugar en que se encontró la muestra o por otra serie de circunstancias concurrentes dicha muestra sea necesariamente procedente del autor del hecho delictivo.

Dicho lo anterior, y analizada la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia objeto de comentario, no podemos hablar de un avance real sino

más bien semántico. El Tribunal Supremo, al declarar que la prueba de ADN tiene un carácter técnico e identificador de superior valor que la testifical en que la sentencia condenatoria cuya revisión se solicita se basó, ha actuado con suma prudencia en la valoración de la prueba de ADN.

Esta postura actual y mucho más cauta de nuestro Tribunal Supremo puede deberse a un conjunto de factores; en primer lugar, a que conoce como los genetistas forenses, entre ellos ÁNGEL CARRACEDO, evitan la sobrevaloración de las pruebas científicas al afirmar que las pruebas biológicas marcan un cálculo de probabilidad y no de certeza lo cual no significa que la prueba de ADN sea insegura sino que al ser muy precisa puede arrojar el nivel de incertidumbre que la propia prueba ofrece ²⁸⁴. En segundo lugar, nuestro Alto Tribunal, sabedor de que el valor de una prueba científica en un proceso depende de otras circunstancias ajenas al propio análisis estricto de la muestra, tales como que el perito comunique al juez correctamente el cálculo de la probabilidad y que los juristas y especialmente los jueces sepan interpretar de manera correcta el valor que el perito ofrece. En tercer lugar, el Tribunal Supremo es consciente de la realidad jurídica española que no está adaptada a los avances de la genética forense ya que en España no existen reglas legales de valoración y los jueces interpretan valoran todavía la prueba según “los principios de la sana crítica”, establecidos en el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a lo que hay que

²⁸⁴. CARRACEDO A. “Valoración e interpretación de la prueba pericial sobre ADN ante los tribunales”. Nuevas técnicas de Investigación del delito: Intervenciones corporales y ADN. Centro de Estudios Jurídicos, 2004, pp. 1979-1989, <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales>

sumarle la evidente falta de normas y estándares de actuación en los laboratorios de criminalística españoles.

En cuarto lugar, porque probablemente el Tribunal Supremo esté informado de que no siempre la probabilidad de acertar en la prueba de ADN es elevadísima sino que depende del tipo de ADN que se haya utilizado en la misma. Así pues, cuando se utiliza ADN mitocondrial (aquel que se hereda de madres a hijos) o ADN del cromosoma Y (es el que se hereda de padres a hijos varones exclusivamente porque las mujeres carecen del cromosoma Y) la probabilidad de error es más baja que en perfiles obtenidos de muestras mezcladas con poca cantidad de ADN o de mala calidad.

En quinto lugar, el Tribunal Supremo haya hecho propios los argumentos de los forenses genéticos, entre otros LOURDES PRIETO Y ÁNGEL CARRACEDO ²⁸⁵, que admiten la incapacidad para datar la antigüedad de un resto biológico, especialmente si no es sangre ²⁸⁶, en consecuencia, en el caso de muestras el perito sólo puede dar su opinión sobre la fecha de la muestra basándose en su propia experiencia. Y por otro lado, no

²⁸⁵ PRIETO, L., y CARRACEDO, A., " Valoración de la prueba genética" en CASADO, M, Y GUILLÉN, M. (coords) ADN forense : problemas éticos y jurídicos, Cátedra UNESCO de Bioética de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 2014, pp. 145 y ss.

²⁸⁶ Existen tablas básicas que relacionan la coloración de las manchas de sangre con el paso del tiempo según el contenido en hemoglobina, meta- hemoglobina y sus derivados, pero no son muy exactas ya que la coloración en que puede tonar una inicial mancha de sangre depende también de las circunstancias ambientales a la que esté sometida la misma)

existe actualmente ningún valor científico para determinar cuándo un valor de probabilidad concreto equivale a certeza.

Esto último pone de manifiesto, en realidad, la temeridad que subyace en España ante la valoración de las pruebas de ADN, que no es tanto su falta de certeza, probabilidad o fiabilidad sino que estamos ante un tipo de prueba que excede el ámbito de la pericia para cuya interpretación se requieren conocimientos científicos amplísimos expuestos en las pericias, por lo que sería óptimo no sólo informar el resultado final sino todo el proceso desde la toma de la muestra para que la pericial no sea una simple opinión de un experto sino una evidencia científica, esto es, conclusiones cuya incertidumbre pueda calcularse objetivamente. Y por otro lado, los jueces y Tribunales han de adquirir los conocimientos precisos para poder verificar, sin influencia de criterios extra-científicos, la validez de las pruebas y atribuirles un valor en la decisión a adoptar²⁸⁷.

III. CONCLUSIONES

Tras el estudio detallado de la presente sentencia, puede afirmarse que aún queda un largo camino por recorrer para llegar a obtener de los avances científicos en el descifrado del ADN de una persona una utilidad jurídica real, valorada y admitida por todos los operadores jurídicos. El Tribunal Supremo se muestra

²⁸⁷ DE LUCA, S. y NAVARRO, F., y CAMERIERE, R., " La prueba pericial y su valoración en el ámbito judicial español" en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN 1695-0194

cauto en cuanto a la valoración de esta prueba aunque, a su vez y en contrasentido, tiene interiorizado que es necesario su pronunciamiento, si bien, hasta ahora lo ha ido haciendo con paso muy lento y atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

Así pues, para que la revolución del estudio del ADN no se quede en un mero avance científico sin plasmación práctica es preciso superar las actuales deficiencias de regulación, cualificación y formación de los juristas, esto es, por un lado, el perito ha de comunicar correctamente los cálculos y por otra parte, los abogados y especialmente los jueces han de saber interpretar adecuadamente ese valor que el perito les ofrece.

Puede afirmarse junto con los investigadores en medicina legal STEFANO DE LUCA Y FERNANDO NAVARRO ²⁸⁸ que estamos en el momento de adquirir cierta formación y especialización en esta materia por todos los operadores jurídicos y en el de renovar un régimen jurídico que en su gran parte sigue anclado a los avances científicos del siglo XIX.

²⁸⁸ DE LUCA,S., y NAVARRO,F., y CAMERIERE, R.,op. cit.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA Nº 10, DE 31 DE ENERO DE 2017

D Juan José González López

Letrado Jefe de la Asesoría Jurídica Territorial de la Delegación Territorial en Burgos de la Junta de Castilla y León

Profesor asociado de Derecho constitucional de la Universidad de Burgos

RESUMEN

En el presente trabajo se recoge un breve comentario a la Sentencia indicada, en que se resuelve la impugnación de un proceso selectivo de acceso al Cuerpo de Letrados de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. El interés del pronunciamiento radica no solo en la variedad de cuestiones examinadas en relación con la controversia suscitada, sino también en su firme respuesta a un intento de, bajo el pretexto de una supuesta e inexistente desviación de poder, obtener un indebido acceso a la condición de funcionario de carrera por la demandante.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

El recurso contencioso-administrativo que dio lugar al procedimiento en que se dictó la Sentencia analizada se interpuso contra la Resolución del Tribunal Calificador para las pruebas selectivas de acceso al Cuerpo de Letrados de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, de 28 de julio de 2014, por la que se propone a los aspirantes aprobados para el nombramiento como funcionarios de carrera en dicho Cuerpo, y los actos subsiguientes que permitieron a los aspirantes que superaron el proceso selectivo adquirir la condición de funcionarios de carrera como Letrados de la Administración autónoma (la Resolución de 1 de septiembre de 2014, de la Dirección General de la Función Pública y Justicia, por la que se ofrecieron destinos a los aspirantes aprobados, y la Resolución de 29 de septiembre de 2014, de la Dirección General de la Función Pública y Justicia, por la que se realizan los nombramientos). Posteriormente se amplió a la Resolución de 26 de noviembre de 2015, de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, por la cual se desestimó el recurso de alzada que la demandante había interpuesto en su día contra la resolución del Tribunal Calificador para las pruebas selectivas, ya mencionada.

La pretensión de la demandante fue la declaración de nulidad de pleno derecho, o subsidiariamente de anulabilidad, de los actos impugnados, con petición principal de retroacción de actuaciones y planteamiento de un nuevo tercer ejercicio y subsidiaria de repetición del tercer ejercicio realizado con aplicación de un criterio de corrección distinto o advertencia previa a los opositores de que se iba a aplicar el que se aplicó, o subsidiariamente a las anteriores peticiones, nueva corrección del tercer

ejercicio realizado con acto público de apertura de plicas.

Intervinieron como demandada la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y como codemandados los aspirantes que superaron el proceso selectivo y la Asociación de Letrados de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (ASLACAM).

II. CUESTIONES JURÍDICAS

1. LEGITIMACIÓN PASIVA

Si bien no es objeto de análisis en la Sentencia, cabe destacar la representación de tres intereses distintos legitimados pasivamente. Por una parte, y como parte demandada, el interés general representado por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, autora de los actos administrativos impugnados (artículo 21.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, LJCA en adelante). Por otra, los aspirantes aprobados, personados en defensa de su interés legítimo, claramente particular (artículo 21.1.b) LJCA). Y, finalmente, ASLACAM, que representa un interés legítimo distinto, el corporativo.

Al tratarse de una asociación integrada por funcionarios que desempeñen puestos de trabajo de Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (artículo 21 de sus Estatutos) y entre cuyos fines se cuenta *“La representación, gestión, defensa y fomento de los intereses profesionales, sociales y económicos de sus miembros”* (artículo 5), su intervención en el proceso

se justifica por el propósito de defender la legalidad del proceso selectivo, ya que la corrección del acceso a la condición de Letrado afecta a la integridad y prestigio de sus miembros y, en definitiva, al de la asociación que aboga por sus intereses profesionales²⁸⁹. Ese mismo interés serviría de fundamento a una eventual legitimación activa para impugnar actos, entre los que podría hallarse un proceso selectivo que adoleciera de irregularidades, que contravinieran la probidad de los Letrados de la Administración²⁹⁰.

2. ACTUACIÓN DEL ÓRGANO COLEGIADO

Entre los aspectos cuestionados por la demandante se encontró la formación de voluntad del Tribunal Calificador. Más allá de la diversa argumentación esgrimida por la recurrente, respecto de la cual la Sala llega a afirmar en relación con una de sus alegaciones que *"No entendemos qué tenga que ver este alegato exactamente con la cuestión de las normas*

²⁸⁹ A este respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 47/1990, de 20 de marzo, identifica como propio del "interés legítimo" (bien que a efectos del recurso de amparo) el profesional. Literalmente afirma que *"interés legítimo, es evidente que en el mismo hay que entender incluido el interés profesional de promoción y defensa de una categoría de trabajadores, del que puede ser titular no solo cada uno de ellos, individualmente considerados, sino también cualquier asociación o Entidad que haya asumido estatutariamente esos mismos fines"*.

²⁹⁰ No en vano ASLACAM intervino como demandante en el procedimiento ordinario 104/2011, seguido ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha contra un Proyecto legislativo que introducía la posibilidad de acceder por promoción interna al Cuerpo de Letrados, a través de un concurso de méritos y con carácter general, desde el Cuerpo Superior Jurídico.

que rigen la formación del a voluntad de los órganos colegiados”, resulta de interés la exposición que se realiza en el pronunciamiento de la actuación y voluntad del órgano como propias y distintas de las de cada uno de sus integrantes.

La Sentencia apunta que lo relevante son las decisiones que adopta el órgano colegiado como tal, que no se ven cuestionadas por la asunción de distintas labores por cada uno de sus miembros, siempre que las manifestaciones de voluntad del órgano satisfagan los requisitos necesarios para su validez²⁹¹. Esto es, la asunción de labores preparatorias o instrumentales no afecta a la legalidad de los actos propios del órgano colegiado, que deben ajustarse a lo dispuesto por la normativa de aplicación, principalmente el artículo 26 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC en adelante), en el caso examinado.

En relación con lo anterior, tampoco es preciso que los miembros del órgano colegiado que participan en la adopción de cada decisión de éste sean siempre los mismos. Del juego de los apartados primero y cuarto del artículo 26 LRJ-PAC se desprende la exigencia de quórum y mayoría, no de identidad de los asistentes a cada sesión. Es por ello que nada reprochable a la validez de la actuación del Tribunal

²⁹¹ En palabras de la Sentencia, “*A juicio de la Sala, quién elaborase concretamente y materialmente el ejercicio práctico (parece ser que fue la presidenta del Tribunal quien tuvo un papel protagonista en su elaboración) es algo indiferente siempre y cuando el Tribunal asuma el resultado final (...) Si se somete y los demás lo aprueban, esta no es una mera aprobación formal, sino material y plenamente correcta*”.

advierte la Sala en la circunstancia de que no existiese total coincidencia en los miembros que aprobaron el caso práctico y calificaron los ejercicios de los opositores.

3. IGUALDAD DE LOS OPOSITORES

Se trata de una cuestión que se resuelve de forma concisa en la Sentencia, no obstante lo cual presenta un indudable interés. La demandante alegó como supuesta irregularidad invalidante la omisión de la puesta a disposición de los aspirantes de un texto normativo que era necesario para dar respuesta a una de las cuestiones planteadas en el ejercicio práctico²⁹². Frente a ello, el pronunciamiento analizado argumentó que esa circunstancia no supuso causa de nulidad, ya que esa carencia afectó a todos los aspirantes por igual²⁹³.

²⁹² En concreto, los Títulos II y III del Libro III del Código Civil respecto de una de las partes en las que se dividió el ejercicio, y respecto de la otra, el artículo 69 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

²⁹³ Cabe destacar que esa actuación puede encuadrarse entre las preparatorias a que se refiere, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de noviembre de 2011, en que es esencial garantizar la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes. Acerca de ello, GIL FRANCO, A.J. "A propósito de la STS de 16 de diciembre de 2014, análisis jurisprudencial de la discrecionalidad técnica: ¿acaso estamos ante una nueva fase en la evolución del control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica?", Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, 2015, 189-224, p.199.

La clave radica en la igualdad, principio esencial en el acceso a la función pública, previsto tanto en el artículo 23.2 de la Constitución como en el 55.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, vigente en el momento de la convocatoria del proceso selectivo en cuestión. Esa igualdad no es cuestionada porque la dificultad añadida que supuso la no facilitación de unos determinados contenidos normativos desplegó sus efectos para todos los aspirantes, con lo que nadie se vio favorecido o singularmente perjudicado. Obviamente, si esos contenidos se hubieran proporcionado a algunos opositores sí y a otros no, la nulidad sería palmaria, mas al no ser el caso, es evidente que la igualdad del proceso no se vio comprometida.

4. LA IMPORTANCIA DE LAS BASES

Sabida es la trascendencia de las bases que rigen el proceso selectivo como norma rectora de éste. Aunque su invocación suele realizarse para poner de manifiesto las contravenciones de lo por éstas establecido que se reprochan al Tribunal Calificador, su importancia no sólo radica en lo que dicen, sino también, como se manifiesta en la Sentencia analizada, en lo que no disponen. De este modo, al igual que es exigible al órgano examinador que se ajuste a lo que reclaman las bases, la ausencia de regulación o exigencia de una determinada conducta genera un ámbito de discrecionalidad en la actuación de éste, siempre que no conculque las bases y se aplique con criterios de igualdad²⁹⁴.

²⁹⁴ De ello se hace eco la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de marzo de 2015.

Este margen de decisión se refleja en el pronunciamiento judicial, que alude en diversas ocasiones a la ausencia de previsiones en el sentido que postula la demandante para concluir la regularidad de la actuación del Tribunal. Es el caso de la ausencia en las bases de requerimiento de una expresa calificación individual por cada miembro del Tribunal (que hace inobjetable la asignación de una única nota numérica final a cada uno de los ejercicios), ni de que se realizaran anotaciones escritas para valorar cada ejercicio (lo que excluye el reproche a la ausencia de éstas), ni de anonimato en la corrección del tercer ejercicio (pese a lo cual el Tribunal Calificador acordó emplear un sistema de plicas que sí lo garantizó).

Una combinación de la eficacia positiva y negativa de las bases se advierte en el análisis que efectúa la Sentencia de la alegación de la demandante relativa a que no se exteriorizó a los aspirantes, antes de la realización del ejercicio práctico, que la nota de cada uno de los dos casos de que se componía el ejercicio no sería eliminatoria. El Tribunal estaba vinculado a las bases, que preveían que el ejercicio práctico podría consistir en un caso práctico o dos (una actuación forense escrita y/o un informe jurídico). A partir de esa posibilidad el Tribunal optó por disponer la realización de los dos casos prácticos enunciados, lo que supuso desenvolverse en el margen que le permitían las bases. También se ajustó a ese margen que no se estableciera por el Tribunal el carácter eliminatorio de cada caso práctico, pues no se hallaba previsto en las bases y, por ende, no se imponía al Tribunal. Únicamente, como razona la Sala, podría discutirse si el Tribunal debería haber comunicado el carácter eliminatorio, de haberlo acordado (es más, cabe añadir, sería discutible la propia exigencia del

carácter eliminatorio, habida cuenta de que las bases no lo preveían y que ello supondría que un solo ejercicio, lo único previsto en las bases, operase en la práctica como si de dos se tratase, dada la identidad diferenciada de cada caso, actividad forense e informe jurídico), pero al no disponerse el carácter eliminatorio, no era necesario advertir de ello²⁹⁵.

5. TRANSPARENCIA

Ante el reproche de la demandante a la no realización de un acto público de apertura de plicas la Sala responde que el principio de transparencia no obliga a que todos los actos del Tribunal sean públicos. De hecho, basta pensar en las deliberaciones, que son secretas en su realización, aunque no su resultado. Además de la fe pública del Secretario del Tribunal Calificador, que apunta la Sentencia, no desvirtuada

²⁹⁵ Ello porque, en palabras de la Sentencia, *“Tratándose de un único ejercicio, la existencia de más de un “caso” equivale a la existencia de más de una pregunta en un examen; y lo propio de las diferentes preguntas de un examen es simplemente contribuir a la nota total en la debida proporción (proporción que también hay que suponer igualitaria mientras no se diga otra cosa, tal como sucedió en este caso). Esto son las normas comunes y ordinarias que cualquier examinado conoce desde los primeros niveles académicos; y también sabe que cuando alguna pregunta tiene valor superior a otras, o incluso es tan importante que posee carácter eliminatorio, debe advertirse antes tal cosa”*. Posteriormente ello excluye cualquier afección a la confianza legítima. Frente a lo acontecido en el caso examinado, sí se estima indebida la determinación de distinta puntuación de las preguntas sin comunicar esa distribución a los aspirantes con anterioridad a la realización del ejercicio; así, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de octubre de 2014.

por medio de prueba alguno, añada que la suspicacia de la recurrente relativa a la no realización de una corrección real no se habría visto excluida por tal acto público, ya que, no cuestionada la autoría de los ejercicios (destacamos), el que no se realizara esa corrección real no se habría visto impedido por la apertura pública de las plicas.

6. CARGA DE LA PRUEBA

A lo largo de la Sentencia se señala en diversas ocasiones que la demandante realiza afirmaciones puramente subjetivas que se ven contradichas por los documentos obrantes en el expediente administrativo y, en particular, por las actas de las sesiones del Tribunal²⁹⁶.

En este punto confluye por una parte el valor probatorio de los documentos que integran el expediente administrativo y, más en concreto, el carácter de documento público que debe predicarse de las actas del Tribunal calificador (artículo 317.5º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, LEC en adelante), con los efectos de prueba plena de los hechos en ellas documentados, de la fecha de su producción y la identidad los intervinientes (artículo 319.1 LEC), y, por otro, la carga de probar que recae con carácter general en quien cuestiona la validez de los actos administrativos (artículo 57.1 LRJ-PAC), específicamente apuntada por la jurisprudencia cuando,

²⁹⁶ Así, recoge la Sentencia que *“La afirmación de que no hubo reunión ni deliberación para calificar solo se sustenta en la libertad con la que la demandante afirma hechos y circunstancias sin base alguna y en contra de lo que aparece claramente expresado en el expediente”*.

como fue el caso, se alega desviación de poder²⁹⁷. Así las cosas, las afirmaciones puramente subjetivas de la recurrente no sólo carecen de aptitud desvirtuadora por no apoyarse en medios de prueba que las respalden, sino que tampoco se acompañaron (o al menos no lo refleja el pronunciamiento) de la impugnación de los documentos que las cuestionaban.

El único hecho que alega la demandante que podría identificarse como posible hecho indicio es la circunstancia de que los siete opositores que aprobaron la oposición fueron los mismos siete que aprobaron los dos primeros ejercicios (los teóricos) y que lo hicieron en idéntico orden al resultante de las pruebas teóricas. Sin embargo, ese solo hecho, como aborda la Sentencia, no justifica la inferencia que realiza la recurrente de que no hubiera corrección real. Ello no sólo porque el orden de puntuación en el ejercicio práctico no se correspondió con el de las pruebas teóricas, sino porque ese hecho únicamente evidencia, en palabras del Tribunal, que *“los siete mejores aspirantes en la parte teórica fueron también los siete mejores (aunque no en idéntico orden) en la parte*

²⁹⁷ Ciertamente se ha reclamado la inversión de la carga de la prueba como vía de control de la discrecionalidad técnica (así, FERNÁNDEZ-ESPINAR Y LÓPEZ, L.C. “El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control”, Revista Jurídica de Castilla y León, 2012, 211-258, p.254), mas ello no cuestiona lo expuesto, pues esa inversión se refiere a la exigencia de que la Administración motive su actuación y acredite la regularidad de ésta, lo que, en el caso examinado, se hizo debidamente, como recoge la Sentencia analizada. Satisfecho por la Administración ese *onus probandi* que se le demanda, debía ser la recurrente la que justificase sus reproches de ilegalidad, lo que no llevó a cabo.

práctica”, lo cual tampoco se ve cuestionado por la persistencia del orden, atendido el peso relativo de esta tercera prueba (60 puntos) frente al de las teóricas (120).

Al respecto, cabe destacar que la prueba indiciaria exige que el enlace sea preciso y directo según las reglas del criterio humano (artículo 386.1 LEC), lo que no concurre, según la Sentencia, en el caso examinado, razón por la cual rechaza las inferencias de la recurrente. Ciertamente la prueba indiciaria no exige para su eficacia que exista un único resultado, de modo que la identidad y orden de los aspirantes podría considerarse una consecuencia de la falta de corrección. Pero esta posibilidad, que reflejaría, además, una alteración muy burda del proceso, es sólo eso, una posibilidad que no excluye la más racional, corroborada por las circunstancias apuntadas por la Sala, de que esa identidad y orden sea resultado de la aptitud demostrada por los aspirantes aprobados. Y, lo que es si cabe aún más relevante, la inferencia que realiza la demandante (la inexistencia de corrección real) se ve contradicha por el contenido de las actas (documento público), no impugnadas y que ahondan en la posibilidad antedicha (el mérito y capacidad de los aprobados).

En relación con las actas también resulta interesante la alusión que se realiza en la Sentencia a la espontaneidad y suficiencia de su redacción para dar cuenta de los acuerdos y sin que sea exigible un nivel de detalle injustificado por su finalidad. Con ello sale al paso de las hipótesis que realiza la demandante a partir de lo que estima omisiones en las actas. El grado de detalle de un documento no dirigido a responder a eventuales elucubraciones de parte no puede ser equiparado al de unos informes dirigidos

específicamente a contestar a la petición de explicaciones de la demandante. De hecho, podría aplicarse la lógica inversa y concluir que un nivel de detalle excesivo podría deberse a un intento de ocultar una actuación indebida, si bien no se trataría sino de otra especulación gratuita.

La Sala expone detenidamente el cúmulo de “desmanes”, en palabras del Tribunal, que se atribuyen al Tribunal Calificador (“*que el Tribunal no corrigió los exámenes pero consignó en las actas que sí lo hizo; aprobó a quienes tenía previamente decidido, sin atender al contenido de los exámenes; y falseó otra vez las actas al decir que se garantizaba el anonimato sin ser cierto*”) sin prueba alguna que los corrobore. La necesidad de aportar o proponer medios de prueba que confirmen las afirmaciones resulta, si cabe, aún más relevante en el caso examinado, ya que los reproches de la recurrente supondrían, de ser ciertos, la comisión de ilícitos calificable de prevaricación y falsedad en documento público, que se achacan a funcionarios entre los que se cuentan nada menos que un Magistrado, la Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, un Notario, una Letrada del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha y el Jefe del Servicio de Régimen Jurídico de Instituciones Sanitarias del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha²⁹⁸.

²⁹⁸ Llega a afirmar la Sentencia que “*De hecho, la demanda constituye uno de los ejercicios más llamativos de gratuita imputación de una actuación desviada, en total ausencia de indicios que la apoyen, que esta Sala ha tenido ocasión de conocer*”.

6. MOTIVACIÓN DE LA CALIFICACIÓN

Ante la invocación por la demandante de la doctrina jurisprudencial relativa a la motivación de la calificación, la Sentencia expone el sentido de esa doctrina, que no es, como pretende la recurrente, que la asignación de una nota numérica implique defecto de motivación, sino que se expliciten los motivos de la calificación cuando son solicitados por el interesado²⁹⁹. Dado que, como se expone en el pronunciamiento, es lo que se hizo, nada reprochable existe.

La circunstancia expuesta es especialmente significativa, dada su conexión con la siguiente cuestión que se aborda, pues la motivación, en los términos expuestos, es esencial para que se pueda articular debidamente la oposición al juicio técnico manifestado por el Tribunal calificador, si se entiende que está aquejado de alguna irregularidad³⁰⁰. Esto es, conocida por la demandante, como lo fue, la exposición de las razones del Tribunal, lo previsible habría sido que ésta expusiera los argumentos por los que estimara erróneo y, por ende, contrario a Derecho, el criterio del órgano calificador. No fue esto, sin embargo, lo que aconteció.

²⁹⁹ Así, entre otras muchas, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 1 de abril de 2009.

³⁰⁰ Cabe destacar, al hilo de la referencia al juicio técnico, la discrepancia a la expresión "discrecionalidad técnica" que se formula en FERNÁNDEZ, T.R. "La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece", Revista de Administración Pública, 2015, 211-227, pp.214-216.

7. EL PROPÓSITO SUBYACENTE A LA DEMANDA

Es apreciable (así se trasluce de lo recogido en la Sentencia) que el propósito de la demanda no fue cuestionar la calificación de la demandante o de los opositores que superaron el proceso selectivo (aunque en conclusiones se planteara respecto de una de ellos), sino intentar repetir el tercer ejercicio o, en el peor de los casos para la recurrente, obtener una nueva calificación. Este objetivo se refleja en el suplico de la demanda, ya expuesto, y en el hecho de que, a pesar de haberle sido puestas de manifiesto las razones de su calificación, no rebatiera la motivación ni interesara la de los opositores aprobados. Sólo en conclusiones, como también advierte la Sentencia, la recurrente solicitó la corrección de su ejercicio en contraste con el de una opositora aprobada y conforme a los criterios expuestos en su escrito. La Sala lo rechaza en virtud de lo dispuesto en el artículo 65.1 LJCA.

CONCLUSIONES

En definitiva, la Sentencia se erige en respuesta a un propósito de, so pretexto de anular un proceso selectivo irregular sólo a decir de la recurrente, obtener la repetición del ejercicio que le impidió el acceso a la condición de funcionario de carrera o, en el peor de los casos para ella, una nueva corrección que alterara en su beneficio el resultado del proceso. Merece la pena destacar este extremo, ya que el necesario ahondamiento en el control jurisdiccional de los procesos selectivos inevitablemente se verá (se ve) acompañado de tentativas de fundamentación torticera en la elogiada doctrina jurisprudencial dirigida a garantizar el cumplimiento de los principios



constitucionales que rigen el acceso a la función pública con fines espurios de obtener inmerecidamente lo que no se logra en justa competencia. Por ello es remarcable el pronunciamiento analizado, procedente además de una Sala caracterizada por ser vanguardia en la aplicación del control jurisdiccional de la “discrecionalidad técnica”; por cercenar, motivada y rotundamente, intentos como el indicado.



Castilla-La Mancha

Gabilex
Nº 10
Junio 2017
www.gabilex.jccm.es

BASES PARA LA PUBLICACIÓN

BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTICULOS 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. Es importante destacar en este punto que la Revista cuenta con dos secciones, una destinada a Artículos doctrinales NACIONALES y otra destinada a Artículos doctrinales INTERNACIONALES. Esta última corresponde a trabajos de autores de otros países.

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.

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.

Asimismo, para que el esfuerzo y el mérito tengan el reconocimiento social y profesional que merecen, podrán publicarse Trabajos Final de Grado (TFG) o Final de Máster (TFM) si han obtenido una calificación mínima de sobresaliente, **en cuyo caso la propia publicación pondrá de manifiesto que se trata de un TFG o un TFM.** Todo ello sin perjuicio de la obligatoriedad de cumplir el resto de requisitos exigidos en estas bases. Esta modesta iniciativa, pretende el reconocimiento al mérito de haber obtenido unas calificaciones que son fruto de un rendimiento académico digno de elogio.

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 a propuesta del Consejo de Redacción de la Revista.

El **Consejo Evaluador Externo** estará formado por un máximo de seis personas, que podrán ser renovadas por mitades cada dos años a propuesta del Consejo de Redacción.

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 vitae*, 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 ARTICULOS como las RESEÑAS deberá 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 Verdana³⁰¹. 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

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

³⁰¹ 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.

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 un 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 autor¹ (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 nota al pie, en su caso

1. SEGUNDO NIVEL DE EPÍGRAFE

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

A) *Tercer nivel de epígrafe*

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso

a) *Cuarto nivel de epígrafe*

Texto normal y texto de nota al pie, en su caso