

Nº 11
Tercer 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 11. Septiembre 2017

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA y VLEX

Editado por Vicepresidencia Primera

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	
El Consejo de Redacción	9

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

“LA JURISPRUDENCIA DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA EN LA LABOR DE APOYO Y CONTROL AL ARBITRAJE (2011-2017)”	
D. Jesús Campo Candelas	15
“TRANSPARENCIA Y PARLAMENTOS AUTONÓMICOS: EL CASO DE LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA”	
D. Fernando Ruíz Cristina	49
“DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS”	
D. Héctor Luis Arzola Astacio.....	97

SECCIÓN INTERNACIONAL

“PROPUESTA DE GESTIÓN INTEGRAL DE RESIDUOS ORDINARIOS MEDIANTE EMPRESAS PRIVADAS DE CAPITAL MUNICIPAL”	
D. Luis Fernando Barquero Cordero	149
“NECESIDAD Y DIFICULTAD DE LA RECONCILIACIÓN CUANDO HAY TRAUMAS POR VIOLENCIA”	
Dr. D. Franco Conforti	193



“LA GARANTÍA DEL DERECHO DE NO DISCRIMINACIÓN
A LA POBLACIÓN SAHARAUI EN EL ACCESO A LA
NACIONALIDAD ESPAÑOLA”
D^a Anthinea Interbartolo 205

BASES DE PUBLICACIÓN245

EDITORIAL

Poner en marcha una Web a nivel institucional puede parecer algo sencillo, aunque no siempre es así.

Desde la Revista Gabilex llevamos tiempo trabajando en esta cuestión, algo que ha llevado no pocas reuniones, mucho esfuerzo y sobre todo, muchas ganas, no perdiendo nunca de vista este objetivo que por fin hemos conseguido lograr como uno de los hitos, que creemos pueden ser más importantes, desde el nacimiento de la Revista hace ya unos años.

Por ello, desde el Consejo de Redacción queremos dar la bienvenida a la página oficial de la Revista Gabilex www.gabilex.castillalamancha.es.

El sitio web contiene toda la información sobre la Revista: la composición del Consejo de Redacción, del Comité Científico y del Consejo Evaluador externo; la publicación descargable de todos los números tanto ordinarios como extraordinarios, y la posibilidad de suscripción a la misma. Además, para mayor comodidad de los lectores, la web hace búsquedas por autores, de los que se podrán ver sus referencias curriculares y descargar individualmente sus trabajos. Asimismo también contiene la información de las Jornadas GABILEX que anualmente se celebran y que ya este primer año han sido un éxito.

Por otra parte, la importancia de la llegada de esta tan esperada y trabajada nueva Web va en consonancia con la importancia que hoy en día tienen que las redes



sociales, también en los ámbitos jurídicos y profesionales, ya que están teniendo un protagonismo vertiginoso en la sociedad y por ello la presencia y difusión de Gabilex en las mismas se hace inevitable.

Esta es una circunstancia que ya se venía dando, debido al seguimiento profesional que la Revista ya atesora, siendo los propios autores y lectores los que se han venido encargando de difundir los distintos números y trabajos a través de las redes sociales profesionales, amén del trabajo al respecto que también realizamos los miembros que formamos esta Revista.

Aun así, el salto en este aspecto de las redes sociales también resulta trascendental con el nacimiento de la nueva Web, ya que permite contar a la Revista con visibilidad propia en las RRSS, de forma que actualmente contamos con Twitter y LinkdIn, cuyas direcciones respectivamente son las siguientes:

Twitter: @revistagabilex

LinkedIn: <https://www.linkedin.com/in/gabilex-revista-jccm-a621a314a/?ppe=1>

Nuestro número de suscriptores ha venido creciendo exponencialmente. Entendemos además que el nuevo modelo de suscripción que otorga la propia página Web de la Revista facilitará más aun este crecimiento exponencial, tanto en España como fuera de ella, dado que son también muchos los seguidores que tenemos de en otros países, lo que ha llevado a la Revista a abrir en recientes números una sección de doctrina internacional.

Ya son muchos los que nos siguen en las Redes Sociales y son más los que esperamos se conviertan en seguidores de la información jurídica que facilitamos a través de la Revista y por medio de las Redes Sociales.

Si importante es el nacimiento de una nueva Web propia y específica de la Revista, no es baladí la importancia de que la Revista haya sido incluida en dos nuevas e importantes bases de datos jurídicas: Smarteca de la editorial La Ley y en breve en la sección de Revistas de Tirant Lo Blanch.

Por todo lo anterior, entendemos desde la Dirección de la Revista y el Consejo de Redacción que estamos de enhorabuena, porque la difusión del pensamiento y los conocimientos científicos y jurídicos de actualidad que ofrece con calidad cada edición de la Revista van a poder alcanzar mayores cotas extensión, lo cual creemos muy humildemente favorece a toda la comunidad científica y jurídica, a todos los profesionales que la rodean y al conjunto de la sociedad en general.

EL CONSEJO DE REDACCIÓN

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

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

“LA JURISPRUDENCIA DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA EN LA LABOR DE APOYO Y CONTROL AL ARBITRAJE (2011-2017)”

D. Jesús Campo Candelas

Abogado Asociado Senior GARRIGUES.

Doctorando en Derecho. UCLM.

RESUMEN

El propósito del artículo es analizar la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en relación con el arbitraje. De este modo, podrán conocerse cuáles son los criterios fundamentales que viene consagrando el órgano judicial respecto de las labores de apoyo y control del sistema privado de justicia que tiene encomendado conforme a la Ley de Arbitraje (LA).

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the jurisprudence from Civil and Criminal Chamber of the Superior Court of Justice of Castilla-La Mancha in relation to arbitration. In this way, it will be known the fundamental criteria of the judicial court regarding the matters of support and control of arbitration in civil and commercial matters according to the Arbitration Spanish Act.



PALABRAS CLAVE:

Jurisprudencia, arbitraje, nombramiento judicial de árbitros, acción de anulación del laudo.

KEYWORDS:

Jurisprudence, arbitration, judicial appointment of arbitrators, set aside an award.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La intervención en el nombramiento de árbitros.
- III. La intervención en la acción de anulación.
 - 1 Existencia y validez del convenio.
 2. Regularidad procedimental.
 3. El orden público sustantivo.
- IV. Conclusión.
- V. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN.

Uno de los aspectos más importantes de la reforma operada por la Ley 11/2011, de reforma de la Ley de Arbitraje (en adelante, LA) fue la sustitución de los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de determinadas cuestiones relacionadas con el arbitraje. Si antes de la modificación, la competencia objetiva para el conocimiento de aspectos significativos relacionados con el arbitraje recaía sobre las Audiencias Provinciales, a partir del año 2011, son las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (en adelante, TSJ) las que absorben las funciones que aquellas tenían encomendadas respecto de determinadas materias arbitrales. En concreto, de entre

las diversas funciones de intervención judicial a que hace referencia la LA, las confiadas a los TSJ son las correspondientes al nombramiento y remoción judicial de los árbitros, la acción de anulación del laudo y el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeras (apartados 1, 5 y 6 del art. 8 LA) y ello, según declara la Exposición de Motivos, al objeto de dotar al sistema de una mayor uniformidad mediante la «elevación» de funciones, objetivo bien plausible pero muy discutible de alcanzar con esa sola reorganización competencial¹.

Por lo que respecta al arbitraje en Castilla-La Mancha, no puede negarse que la escasa implantación del arbitraje doméstico en el territorio nacional alcanza, también, a la Comunidad Autónoma², donde la elevada

¹ La dotación al sistema de «uniformidad» mediante la mera reorganización competencial de funciones es, en efecto, una cuestión harto discutible. Ni a demasiada homogeneidad entre tribunales debería aspirarse respecto del incidente de designación judicial de árbitros, ni el argumento de la búsqueda de uniformidad puede sostenerse, tampoco, respecto de la doctrina sobre la acción de anulación del laudo y/o el reconocimiento de laudos extranjeros, donde lo que sucede es que un menor número de órganos judiciales resuelven las impugnaciones judiciales de las decisiones arbitrales, lo que no necesariamente deriva en una mayor homogeneidad de criterios. De hecho, no escapan a la comunidad jurídica las importantes divergencias existentes en la jurisprudencia emanada de los TSJ, siendo paradigmáticos los problemas asociados a la interpretación del orden público «económico».

² Aunque no siempre sea reconocido, el arbitraje doméstico en España es una institución infrautilizada como destacan, por ejemplo, MOLINERO, J.M., y TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., «El arbitraje: situación actual y retos de futuro», *Revista*



carga de asuntos que se conocen en el orden civil por los órganos implantados en la región³, contrasta con el recurso al sistema privado de justicia que, pese a no constar en cifras oficiales, no tiene la implantación que resultaría deseable. Aun no siendo concluyente, no deja de ser revelador que, desde el año 2011, apenas consten emitidas conforme a los repertorios jurisprudenciales consultados, algo más de veinte resoluciones dictadas en materia arbitral por parte del TSJ de Castilla-La Mancha⁴.

Jurídica de Cataluña, núm. 1, 2016, pp. 13 - 32. O, igualmente, a DE ALFONSO que de forma ilustrativa tiene dicho que las cortes arbitrales presentan una «aislada vida languidecimiento» tramitándose en ellas un número de procedimientos arbitrales «que se pueden contar con los dedos de las manos, sobrando muchas veces una», en «El mercado de las instituciones arbitrales en España: una estructura necesitada de reforma», *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2013, Volumen 6, pp. 15 a 26.

³ Según los datos del Consejo General del Poder Judicial, en Castilla-La Mancha ingresaron en el año 2016 un total de 69.427 asuntos que fueron conocidos, esencialmente, por los Juzgados de Primera Instancia (13.647), de lo Mercantil (1.321), Mixtos (48.160) y de Familia (1.539). Ciertamente, buena parte de los asuntos ingresados tratarán sobre materias civiles no arbitrables, pero sí que la referencia a las cifras anteriores permiten mostrar cómo los asuntos que anualmente se tramitan arrojan cifras muy importantes que, sin embargo, no concurren en el arbitraje.

⁴ La búsqueda de las resoluciones ha sido efectuada a través de las bases de datos de WESTLAW y CENDOJ, incluyéndose al citar los precedentes las referencias para facilitar su localización.

Sentado lo anterior, se expondrán a continuación las consideraciones más relevantes dictadas en materia arbitral por el citado órgano judicial aludiendo, primero, a los precedentes que han tratado sobre el nombramiento judicial del árbitro y, después, analizando las sentencias que han puesto fin a los procesos de anulación interpuestos ante el Tribunal. No se hará referencia, sin embargo, a otras manifestaciones de intervención judicial en el arbitraje, bien por corresponder su competencia a otros órganos distintos⁵, bien por no haber encontrado precedentes en los que el TSJ, pese a tener competencia objetiva para su conocimiento, haya tenido ocasión de analizarlos: es el caso de la remoción judicial de los árbitros o el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeras.

II. LA INTERVENCIÓN EN EL NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS.

Dispone el art. 15.2 de la Ley de Arbitraje que «las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros», estableciendo el siguiente apartado que «si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello». Ese procedimiento, seguido por los trámites del juicio verbal, ha sido descrito por el TSJ como un incidente

⁵ En concreto: la adopción judicial de medidas cautelares; la asistencia judicial para la práctica de pruebas; o, por último, la revisión del laudo arbitral o la ejecución forzosa del laudo.



«muy simple» en relación con el cual se atribuye a la potestad jurisdiccional una «gran discrecionalidad»⁶.

En concreto, la fórmula que viene siguiendo el órgano para la selección de los árbitros llamados a resolver el conflicto, es la selección de tres nombres por cada puesto a cubrir de entre las personas que figuran en las listas facilitadas a la Sala por los Colegios de Abogados u otras corporaciones en cuya provincia tendrá lugar el arbitraje; después, se elige por sorteo de entre los designados previamente quienes habrán de actuar como árbitros, sin perjuicio de su posterior aceptación⁷.

En relación con los criterios de selección, resultaría de interés que los listados facilitados concretaran las especialidades de quienes conforman la lista de potenciales árbitros a fin de permitir la selección de los perfiles más aptos para la solución de la controversia, como sucede en otros TSJ y parece sugerir, de forma indirecta, la STSJ de Castilla-La Mancha núm. 1/2011, de 16 diciembre [AC 2012\837] que recurre al sorteo de entre todos los candidatos «dada la falta de conocimiento por ésta de quién o quiénes de dicha lista pudieran presentar un perfil profesional más adecuado al tipo de conflicto a resolver»⁸.

⁶ El entrecomillado se extrae de varias sentencias del TSJ de Castilla-La Mancha; véase la STSJ núm. 1/2011, de 16 diciembre [AC 2012\837]; núm. 4/2014 de 29 octubre [JUR\2015\30072].

⁷ STSJ de Castilla-La Mancha núm. 1/2011, de 16 diciembre [AC 2012\837].

⁸ Lo que no es posible, desde luego, cuando nada se refiere en los listados facilitados a los TSJ por parte de los colegios de abogados; por ello, dispone la sentencia: «dentro del

Ahora bien, las partes pueden paliar la situación descrita al tiempo de formular sus pretensiones, concretando a la Sala las aptitudes que deberían concurrir en las personas que vayan a conformar el elenco de profesionales entre los que se sorteará después el dirimente⁹. Y, a tal fin, se advierten dos fórmulas distintas acogidas por el TSJ: de un lado, la petición directa a los Colegios de Abogados de la especialidad que hayan de tener los potenciales dirimientes cuando haya sido solicitado como sucede en la Sentencia núm. 2/2012, de 28 noviembre [JUR\2013\2088], en el que la resolución acuerda «librar oficio al Decano del Colegio de Abogados de Ciudad Real, a fin de que remita la relación de abogados en ejercicio señalando, en su caso, aquellos especializados en derecho mercantil», en un criterio

amplio margen de que dispone la Sala en este caso para la designación del árbitro, solo limitado por la condición de jurista que señalan las partes, y que en todo caso, exige el art. 15.1 de la mencionada Ley, entendemos razonable, en aras a las garantías de independencia e imparcialidad que han de procurarse, atender al objeto del conflicto (discrepancias en el desarrollo de unos contratos de arrendamiento y pago de rentas) y a la sede social donde radica la empresa demandada (Guadalajara) para confeccionar el listado de tres nombres (apartado 6 del artículo 15 LA) de entre los que figuran en la lista de árbitros facilitada por el Colegio de Abogados de Guadalajara, que son elegidos por la Sala mediante sorteo interno, habiendo recaído en los números 3, 6 y 9 de la citada lista».

⁹ Naturalmente, la prevención anterior será altamente recomendable cuando el conflicto aconseje, por su naturaleza o especialidad, unas especiales aptitudes de los dirimientes. Piénsese, por poner algunos ejemplos, controversias relativas a propiedad intelectual, propiedad industrial, energía, electricidad o farmacéutico, entre muchos otros.



similar al acogido en la Sentencia núm. 7/2016, de 8 de noviembre de 2016¹⁰; de otro lado, se advierte una segunda fórmula algo distinta en el que las partes, en lugar de acudir directamente a un arbitraje institucional, acuerdan que la designación se efectúe entre las personas que figuren en la lista de árbitros de una determinada institución¹¹, lo que debiera garantizar

¹⁰ En el caso, la especialidad solicitada no lo era sobre la cuestión de fondo sino sobre la materia arbitral que debía regir la tramitación del procedimiento; dispone la resolución: «Por lo expuesto procede la estimación íntegra de la demanda, si bien para la designación de la modalidad de árbitros cabe optar por acudir al sorteo de tres árbitros de la lista de Abogados del Ilustre Colegio de Abogados de Toledo de aquellos que estén especializados en arbitraje previa solicitud al efecto, sorteo que se llevará a cabo en ejecución de sentencia».

¹¹ En tal sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha núm. 4/2014, de 29 octubre [JUR\2015\30072] conforme a la cual: «una vez constatada la existencia de convenio arbitral en el contrato de arrendamiento celebrado entre las partes el 11 de abril de 2002, que fue aportado por la demandada en el actor de juicio y admitido por la demandante; teniendo en cuenta el acuerdo mostrado por ambas partes en el acto de la vista tanto respecto de la existencia de convenio arbitral como sobre el listado de árbitros en el sentido de que sea el que suministre la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cuenca, a la Sala no le queda otra función que designar un árbitro de entre una lista con tres nombres (art.15.6 LA), de entre los inscritos en la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cuenca; procediéndose posteriormente por la Sra. Secretaria Judicial a la selección por sorteo de uno de entre aquellos tres árbitros». En parecido sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha núm. 2/2014 de 10 julio [JUR\2014\221314] que ordena librar oficio a la Cámara de Comercio de Toledo a fin de que haga llegar un listado de posibles árbitros: «Al inicio del acto de la vista, y tras la exhortación realizada a las partes por el Excmo. Sr.

que el dirimente tendrá un conocimiento sobre la materia arbitral, algo que no necesariamente sucederá cuando el decisor se extraiga entre quienes figuren en listados facilitados por otro tipo de corporaciones o instituciones¹².

Presidente de la Sala en orden a la posibilidad de llegar a un acuerdo, las mismas manifiestan haberlo logrado en el siguiente sentido: que el Tribunal designe un árbitro en equidad por insaculación de entre la lista que facilite la Cámara de Comercio e Industria de Toledo, que habrá de tener la condición de titulado superior en Derecho, Ciencias Económicas o Empresariales. La Sala entiende que este acuerdo se ajusta a los amplios márgenes de que dispone el Tribunal para la designación de árbitro, especialmente en lo que se refiere a la posibilidad de que las partes puedan acordar libremente el procedimiento, salvo que vulnere el principio de igualdad, lo que resulta claro que no se produce en este caso; procediendo en consecuencia acordar el nombramiento de árbitro». Por último, en idéntica línea, STSJ de Castilla-La Mancha núm. 2/2013, de 15 julio [JUR\2013\288234]: «de tal suerte que se procederá a la designación de un solo árbitro de equidad que resolverá la controversia entre las partes y que será insaculado de entre un lista de profesionales especializados en arbitrajes de esta naturaleza que facilite al efecto la Cámara de Comercio e Industria de Ciudad Real, correspondiente a la residencia de las partes; de entre los cuales serán designados al azar tres por el Tribunal, e insaculado uno por azar en comparecencia ante el Secretario de la Sala. Siendo además de precisar que en la resolución de la controversia se aplicarán las reglas y procedimientos de la Cámara de Arbitraje de dicha Cámara de Comercio».

¹² A favor de que las partes prescindan de proceder, por sí mismas, a nombrar mediante directa elección los árbitros se muestran algunos autores que aconsejan la encomienda de la designación a una institución arbitral previamente escogida de mutuo acuerdo. En tal sentido, BELLO JANEIRO, D.,



En relación con el éxito de la pretensión, no se han localizado precedentes en los que el TSJ de Castilla-La Mancha rechace ninguna petición de nombramiento judicial, en acogimiento de un criterio perfectamente alineado con la norma arbitral¹³ que, sin embargo, no siempre se ha seguido por la jurisprudencia¹⁴. Ello no

«Principios del contrato de arbitraje. El arbitraje internacional», Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje, 2007. Parte Primera. Palestra Editores y Estudio Castillo Freyre, Perú, 2008, p. 504 o MUÑOZ SABATÉ, L., «De los árbitros», AA.VV., Comentario a la Ley de Arbitraje, A. de Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 357 y 358.

¹³ Véase, al respecto, el art. 15.5. LA, al que se alude en la EM al recordar: «el juez no está llamado en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que, de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse en primer término, sobre su propia competencia».

¹⁴ Por razones pragmáticas, algún precedente ha optado por ir más allá de la mera designación judicial de árbitros; ejemplo de ello viene dado por la STSJ de Galicia núm. 37/2014, de 24 julio (RJ\2014\4335) que declara, de oficio, la nulidad del convenio arbitral en el trámite de designación judicial lo que se justifica en que la nulidad como categoría civil es una cuestión de orden público revisable de oficio sobre lo que cabe entrar en el incidente de nombramiento de árbitros. El criterio, por más razonable que pueda parecer desde el punto de vista práctico –siguiendo la argumentación de la sentencia, el laudo que potencialmente se dictara en perjuicio de una parte sería impugnado y, de serlo, habría de ser necesariamente anulado–, casa mal con la regulación que se ha querido dar al procedimiento previsto en el art. 15 LA.

significa, sin embargo, que en este tipo de procedimientos no puedan suscitarse algunas cuestiones de interés.

Ejemplo de ello viene dado por la STSJ de Castilla-La Mancha núm. 3/2014, de 13 de octubre [JUR\2015\6838] en el que, salvo uno de los demandados que se allanó, el resto de codemandados se opusieron a la demanda de designación de árbitros justificando su posición en cuestiones sustantivas relativas a la controversia¹⁵, lo que fue desestimado por la Sala aclarando que el análisis jurisprudencial se constriñe «de forma preferente y casi exclusiva» a la verificación de la existencia y validez del convenio. Y para ello, recuerda la sentencia, no constituye obstáculo alguno que el sometimiento arbitral se decidiera bajo la regulación de 1953 si consta delimitado qué tipo de conflictos se someterían al sistema privado; por esa razón, el órgano judicial procedió a designar como dirimente a uno de los

¹⁵ Y para ello se esgrimió por los demandados la falta de legitimación del actor por no acreditar su condición de heredero de las participaciones sociales que fueron de su padre; que la resolución del contrato y la liquidación de una sociedad tiene un procedimiento regulado que impide, como cuestión de orden público, la sumisión a arbitraje; que la sociedad a que se refiere el actor ya está disuelta y fue liquidada, pasando sus activos a una sociedad de responsabilidad limitada que se constituyó el 15 de diciembre de 1987; se opuso también la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haber sido traídos a juicio la madre y hermanos del actor y, los herederos de Pablo Jesús argumentaron su falta de legitimación pasiva, pues su causante se separó hace más de 25 años de la sociedad controvertida. Finalmente quedaron los autos pendientes de esta resolución.



abogados en ejercicio de Albacete por ser la sede de la sociedad cuya liquidación se interesaba, pese a que el arbitraje pactado lo fue en equidad –en terminología del convenio, «amigables componedores», clásica expresión de la legislación histórica¹⁶– al considerar que en torno al conflicto pivotaban discrepancias producidas en ejecución de un contrato de sociedad que aconsejaban la presencia de un jurista; por último, señalar que la sentencia impone el pago de las costas a los demandados que se opusieron a la designación judicial¹⁷, salvo el caso del demandado allanado¹⁸.

Más problemático resulta el supuesto enjuiciado por el Tribunal en la Sentencia núm. 1/2012 de 16 enero [JUR\2012\52467] en el que el demandado alega dos motivos de oposición: de un lado, la inexistencia del convenio arbitral por ser nulo el contrato del

¹⁶ Acogida en la Ley de Arbitraje de 1953, heredera de Las Partidas y que refería la solución en equidad frente a los «arbitradores» de Derecho, Para un repaso histórico del arbitraje, véase MERCHÁN ALVAREZ, *El Arbitraje. Estudio histórico-jurídico*. Ed. Universidad de Sevilla, 1981.

¹⁷ Otro caso de condena en costas en este tipo de incidente viene dado por el supuesto en que el demandado ni siquiera comparezca en el procedimiento, pues la tramitación en rebeldía llevará aparejado la condena en costas, como así sucede en la STSJ de Castilla-La Mancha núm. 7/2016 de 8 noviembre (JUR\2016\264926).

¹⁸ Idéntica solución se acoge en supuestos en los que concurre el allanamiento del demandado en procedimientos de designación judicial de árbitros: véase las SSTSJ de Castilla-La Mancha, núm. 1/2011, de 16 de diciembre (AC 2012/837) y núm. 2/2013 de 15 julio (JUR\2013\288234) que no imponen las costas a ninguna de las partes al aquietarse a la solicitud.

arrendamiento en el que se incorporaba el sometimiento al no existir la aprobación del Protectorado como impone el art. 21 de la Ley de Fundaciones, lo que motivó la resolución del contrato entre las partes¹⁹; de otro, la falta de procedibilidad consistente en la ausencia del requerimiento previo a la solicitud previsto en el art. 15.2 b LA al solicitarse judicialmente el nombramiento directo de tres árbitros, sin haberse dado a la demanda la oportunidad de designar a aquél que le correspondía nombrar a su instancia. Frente al primer argumento de oposición, la Sala acoge la doctrina sobre la «separabilidad» de la cláusula de sumisión a arbitraje respecto del contrato en el que se integra, por lo que se considera que la resolución del contrato principal no priva de validez el acuerdo de sumisión²⁰. Por lo que respecta al esgrimido

¹⁹ Dispone el precepto: «1. La enajenación, onerosa o gratuita, así como el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, requerirán la previa autorización del Protectorado, que se concederá si existe justa causa debidamente acreditada. 2. Se entiende que los bienes y derechos de la fundación están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, cuando dicha vinculación esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del Patronato de la fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada que realice una aportación voluntaria a la fundación, y siempre respecto de los bienes y derechos aportados. Asimismo, la vinculación a que se refiere el párrafo anterior podrá realizarse por resolución motivada del Protectorado o de la autoridad judicial».

²⁰ Recuerda la Sentencia, con base en el art. 22.1 de la LA: «Existen pues dos contratos diferentes y, en principio independientes: de una parte la pactada resolución del arrendamiento en aparcería; de otra el convenio arbitral. Resulta obvio que puede existir el problema de la



defecto de procedibilidad, la sentencia recuerda que el requerimiento remitido por la peticionaria con anterioridad para alcanzar un acuerdo sobre el fondo de la controversia llevaba aparejado, implícitamente, la posibilidad de haber designado un árbitro a instancias del demandado.

En todo caso, recuerda la sentencia que ante la falta de acuerdo entre las partes respecto del número de dirimientes, no puede atenderse la petición de designación de tres árbitros solicitada, debiendo limitarse el nombramiento a uno solo, lo que motivó la estimación parcial de la demanda sin que, conforme al

propagación de la nulidad de los negocios jurídicos de alguna forma conexos; por eso debe tenderse al examen del caso concreto. Por ello la Ley expresa que la nulidad «por si sola» de uno de los contratos no implica la del otro. La demandada pretende la nulidad del convenio arbitral por cuanto que el contrato de resolución otorgado necesitaría por su contenido al gravar la dotación fundacional, conforme con el art.21 de la Ley de Fundaciones la aprobación del protectorado. Ahora bien, no se alega que tal requisito se exija para otorgar el convenio arbitral; sin que exista ahora como en la Ley de 1953 un precepto que establezca la capacidad necesaria para otorgar el compromiso arbitral. En principio, la mejor doctrina sostiene que la capacidad necesaria para otorgar el convenio arbitral es la capacidad necesaria para disponer del derecho de que se trata, conforme con la dicción del art.2.1 LA por el que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición. Y examinado por esta Sala el contenido del contrato en el que se pacta el convenio arbitral no parece que concurra la falta de capacidad denunciada (sin perjuicio de lo dispuesto por el art.22 LA) pues no existe acto alguno de gravamen (mucho menos enajenación) de bienes y derechos que forman la dotación fundacional, pues no lo es la asunción de una obligación de pago para recuperar las fincas cedidas en aparcería».

principio de vencimiento objetivo, se impusieran las costas al demandado²¹.

III. LA INTERVENCIÓN EN LA ACCIÓN DE ANULACIÓN.

La acción de anulación regulada en la LA no permite reexaminar, en plenitud, todas las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral, debiendo estarse al análisis sobre la concurrencia de los tasados motivos de anulación previstos en el art. 41.1 LA, pues lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo.

Siguiendo a la jurisprudencia dictada sobre la materia, la clasificación de los distintos motivos previstos en el art. 41.1. LA permite diferenciar entre tres tipos de

²¹ Merece la pena destacar la opción acogida en la sentencia –y a la que se había recurrido en otros antecedentes– de designar abogados en ejercicio pese a tener que resolverse en equidad adelantándose a los problemas que podrán plantearse en el arbitraje; en concreto, advierte la sentencia que el árbitro debe resolver sobre las: «dudas, discrepancias o disconformidades que se produzcan en la ejecución de un contrato de resolución de uno anterior de parecería y ya anuncia el demandado la posible nulidad del contrato por falta de capacidad del demandante». Indicar, por último, que la sentencia recurre en esta ocasión a la Lista de Árbitros que, en unos autos de designación judicial de arbitraje, había remitió con anterioridad la Cámara de Comercio de Toledo: en concreto, el listado recabado por el TSJ en virtud de la Sentencia núm. 2/2014 de 10 julio [JUR\2014\221314] en cuya parte dispositiva se solicitaba el librado de oficio a la Cámara de Comercio e Industria de Toledo requiriendo la remisión a la Sala del listado de árbitros.



causas determinantes de la nulidad del laudo²²: (a) aquellas tendentes a controlar la existencia y validez del convenio arbitral, alcanzando también la propia arbitrabilidad de la cuestión sometida a juicio privado; (b) los que velan por el control de la regularidad del arbitraje, en garantía del derecho de defensa y de los principios constitucionales previstos en el art. 24 de la CE, entre ellos, los principios de igualdad, audiencia, contradicción y seguridad jurídica; y, (c) un control del orden público material que, excepcionalmente, alcanza el análisis sobre el fondo de lo resuelto²³. De conformidad con la clasificación expuesta, pasan a analizarse los precedentes más importantes en los que el TSJ de Castilla-La Mancha ha resuelto las acciones de

²² Tal clasificación es asumida, por ejemplo, en la STSJ de Cataluña, núm. 64/2014, de 16 octubre (RJ\2014\6671) que considera que los diferentes motivos de la acción de impugnación pueden agruparse en las tres categorías expuestas.

²³ Como propuesta de clasificación que es, cabría asumir otro tipo de diferenciaciones atendiendo a la naturaleza de los motivos de anulación. Véase, por ejemplo, la propuesta efectuada por GARBERÍ LLOBREGAT para quien resulta posible diferenciar entre dos grupos de motivos de anulación: un primer grupo encaminado a salvaguardar los derechos del art. 24 CE en el procedimiento arbitral compuesto por todos aquellos motivos de anulación diferentes el orden público y un segundo grupo encaminado a la salvaguarda en el arbitraje del resto de principios constitucionales compuesto únicamente por la infracción del orden público, pudiendo apreciarse una «bipolarización de motivos impugnatorios», *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Bosch, p. 1009.

anulación frente a laudos dictados en la Comunidad Autónoma²⁴.

1. Existencia y validez del convenio.

El único precedente localizado en el que el TSJ se ha ocupado específicamente de la cuestión viene dado por la Sentencia núm. 1/2016, de 1 de febrero (AC\2016\530) en el que el impugnante sostiene que el litigio tenía que haberse suscitado en la vía judicial y no mediante arbitraje, por dos razones. Primera, que la Junta Arbitral de Toledo carecía de competencia al no estarse ante una relación entre empresario y consumidor sino entre particulares. Segunda, que la Junta Arbitral carece de competencia por razón de una variación del contenido de la reclamación. Ambos argumentos son desestimados por la Sala que tras denunciar «la falta de rigor de la acción de anulación entablada al mezclar indebidamente un conjunto de alegatos que nada tienen que ver con el reducido cauce permitido por la Ley para encauzar tal acción», recuerda que el expediente arbitral fue dictado en el ámbito de las competencias de la Junta Arbitral de Consumo de acuerdo con las previsiones contenidas en el Real Decreto 231/2008 de 15 de febrero y, en todo caso, decidió sobre cuestiones sometidas a su

²⁴ Para ello, lógicamente, será necesario que la acción se formule ante el órgano judicial competente y en el plazo previsto en el art. 41.4 LA. Sobre la cuestión, véase la STSJ de Castilla-La Mancha núm. 3/2013, de 23 de septiembre (JUR 2013/313302) que recuerda que la naturaleza del plazo de dos meses es sustantiva –y no procesal– debiendo ser ejercitado ineludiblemente en ese tiempo predeterminado sin que sea relevante que la acción se interpusiera, previamente, ante la Audiencia Provincial de Cuenca.



conocimiento de acuerdo con el convenio arbitral y a tenor de la reclamación planteada por la compradora.

Dos consideraciones adicionales deben efectuarse respecto del bloque de contenidos que nos ocupa. En primer lugar, se ha destacado por el tribunal el principio de mínima intervención de la jurisdicción, lo que se ha traducido en la amplitud sobre el análisis de la arbitrabilidad, entendida ésta en términos de disponibilidad conforme al art. 2.1 LA²⁵. En segundo lugar, el TSJ ha asumido, sin mayores consideraciones, la posibilidad de someter a arbitraje materias arrendaticias²⁶, criterio éste que pese a ser plenamente admitido en la actualidad –más tras la reforma de la LAU operada por la Ley 4/2013²⁷–, despertó con anterioridad alguna controversia²⁸.

²⁵ STSJ de Castilla-La Mancha núm. 1/2016, de 1 febrero (AC\2016\530), haciéndose eco de la doctrina emanada de la Sala Primera del Tribunal Supremo y, en concreto, del ATS de 21 de febrero de 2006 (RJ 2008, 1881).

²⁶ En tal sentido, las STSJ de Castilla-La Mancha núm. 1/2011, de 16 diciembre (AC\2012\837) en incidente de designación judicial de árbitros y la STSJ núm. 6/2016, de 5 julio (JUR\2016\196640) ya en sede de anulación del laudo.

²⁷ Ley sobre medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, que contempla expresamente la viabilidad de acudir a mecanismos extraprocerales de solución de conflictos arrendaticios en su art. 4.5, conforme al cual: «las partes podrán pactar la sumisión a mediación o arbitraje de aquéllas controversias que por su naturaleza puedan resolverse a través de estas formas de resolución de conflictos, de conformidad con lo establecido en la legislación reguladora de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y del arbitraje».

²⁸ Véase, a modo de ejemplo, el AAP de Madrid núm. 129/2011, de 9 mayo (JUR 2011\341438) que niega el

despacho de ejecución a un laudo que resuelve la resolución de contrato de arrendamiento de vivienda por impago de rentas y reclamación del importe de la mismas, al considerarse por parte de la jurisdicción que la materia no es arbitrable. Puede leerse: «al momento en que se produce tanto el sometimiento al arbitraje como el desarrollo del proceso arbitral, no existe precepto, ni norma alguna, que de expresa admisión al sometimiento a arbitraje de cuestiones arrendaticias, debiendo ahora centrarnos en las que derivan en la falta de pago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, por lo que hemos de acudir a la vigente Ley de Arbitraje, Ley 60/2003, que en su art. 2.1 establece como susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, estableciendo en la exposición de motivos que se reputa innecesario que contenga ningún elenco, ni siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición, ello nos lleva a la propia LAU, la que en su art. 4 somete de forma imperativa los contratos a lo dispuesto en sus títulos I, ámbito de la ley, IV, disposiciones comunes, y V, procesos arrendaticios, preceptos los de este Título derogados por la Ley 1/2000 LEC, y en concreto para los arrendamientos de vivienda establece que se regirán por el dispuesto en el Título II, de forma que la materia, cual la que se lleva a cabo el arbitraje, se rige por preceptos imperativos, a los que se anudan en la Ley de Enjuiciamiento Civil unas normas especiales, que sin ningún género de dudas van dotados un especial carácter tuitivo en favor del arrendatario, normas, por demás, de indudable carácter público y por ende indisponibles, ni por la vía indirecta que pueda suponer la sumisión al arbitraje, siendo, además, que la concepción de esas normas especiales, más arriba referidas, se presentan ajenas a la propia regulación del procedimiento arbitral, sea éste de derecho o de equidad; desde lo precedente que esta Sala estime la improcedencia de sumisión a arbitraje cuestiones tales como la relativa al desahucio por falta de pago de la renta y por ende que no proceda la ejecución de laudo dictado en procedimiento sobre tal extremo, por la carencia de jurisdicción de los árbitros en tal extremo, procediendo,



2. Regularidad procedimental.

Varios son los precedentes en los que el TSJ de Castilla-La Mancha se ha ocupado de analizar procedimientos arbitrales que, a juicio del impugnante, no respetaban principios procesales básicos. Sobre la cuestión, se advierte una cierta predilección de los impugnantes por canalizar este tipo de supuestos a través del motivo de anulación previsto en el apartado f del art. 41.1. LA, esto es, por infracción del orden público procesal; por tanto, dado que muchas infracciones tienen cabida, también, dentro de otros motivos de anulación distintos, se ha optado por sistematizar en este apartado los diversos grupos de supuestos subsumibles en irregularidades procesales al margen del causal de anulación que se invoque, y relegando el análisis de la faceta material del orden público para después.

- ***Problemas relativos a la notificación.***

La efectividad de los actos de comunicación arbitrales resulta esencial, pues de no respetarse se produciría una infracción del derecho de defensa determinante de la nulidad del laudo. Sobre la cuestión, es obligada la referencia al art. 5 LA, para el que toda comunicación se considerará debidamente entregada cuando haya sido realizada en el domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección del destinatario, debiendo llevarse a cabo «una indagación razonable» para intentar la entrega por cualquier medio que permita dejar constancia de la notificación. Si bien lo que deba reputarse por razonable indagación no parece cuestión

en consecuencia, la confirmación de la resolución recurrida, con desestimación del recurso contra la misma interpuesto».

fácilmente determinable, el TSJ ha entendido en su Sentencia núm. núm. 1/2013, de 4 marzo que no se satisfacen las exigencias del precepto por haber remitido una citación que no pudo ser entregada, por hallarse el destinatario ausente, por más que después se intentara la notificación mediante correo electrónico, máxime si no consta justificante de recepción.

Problema distinto es si la excesiva perentoriedad para el estudio de documentos o el escaso margen de tiempo entre la notificación y el llamamiento para comparecer ante el órgano arbitral puede motivar la vulneración de derechos esenciales. En relación con esta cuestión, de gran interés práctico, constan varios pronunciamientos que reputan irrelevantes que la citación se haya producido sin respetar los plazos de la LEC sobre el periodo mínimo de notificación al no ser de aplicación automática al arbitraje las disposiciones de la ley procesal común: por esa razón, se han desestimado peticiones de nulidad interpuestas frente a un laudo pese a que la comparecencia para la vista se haya decretado con una antelación inferior a dos días²⁹.

²⁹ STSJ Castilla-La Mancha, núm. 4/2013, de 10 octubre 2013 (JUR 2013\329603) según la cual: «Por todo ello, independientemente del incumplimiento del plazo del art. 291 LEC –que no resulta de aplicación en el procedimiento arbitral–, considera esta Sala que procede desestimar el motivo de anulación...» que además recuerda que cuando se aduce el escaso margen de la citación debe demostrarse en qué consiste el perjuicio real y efectivo de la parte en sus posibilidades de defensa. En similar sentido, sobre la perentoriedad de la citación, la STSJ de Castilla-La Mancha núm. 1/2015, de 5 de marzo, dictada en autos de rollo núm. 6/2014.



- ***Incongruencia.***

El principio de congruencia impone a los árbitros el deber de adecuar sus decisiones a las cuestiones que hayan sido objeto del juicio, pronunciándose sobre las materias debatidas con respeto a las pretensiones deducidas por las partes. Ahora bien, como tiene declarado el órgano judicial, la falta de congruencia no puede interpretarse de forma que coarte la misión decisoria de los árbitros, pues la naturaleza del arbitraje permite una mayor elasticidad en la interpretación de las estipulaciones que describen las cuestiones a decidir, debiendo entenderse incluidas en el compromiso aquellas facetas del problema vinculadas y sin cuya decisión quedaría la controversia insuficientemente resuelta³⁰. En aplicación de lo

³⁰ Es doctrina asumida en la STSJ de Castilla-La Mancha núm. 3/2016, de 17 marzo (AC 2016\545) para la que es suficiente con que exista una «adecuación sustancial» entre lo pedido y lo resuelto. Como se expone en la sentencia: «no cabe duda de que la filosofía y finalidad del arbitraje, como vía extrajudicial para la resolución de los conflictos de las partes escogida voluntariamente por las mismas, debe propiciar una mayor facilidad para hallar esa solución; de tal modo que el árbitro no sólo puede sino que debe resolver cuantas cuestiones sean consecuencia lógica y obligada de las que se han planteado, conclusiones derivadas de la naturaleza jurídica del convenio o cláusula arbitral que se hallan corroboradas por la interpretación que ha de darse al acuerdo contractual delimitador de aquellas cuestiones controvertidas y pendientes objeto de arbitraje, resolviendo y zanjando así la controversia y toda posible interpretación que pueda obstaculizar su ejecución». La doctrina se reproduce, posteriormente, en la STSJ núm. 4/2014, de 1 de abril (AC 2016\742) que recuerda que la: «jurisprudencia no exige una correspondencia absolutamente rígida entre lo pedido y lo acordado sino que el deber de congruencia también se cumple cuando el fallo, pese a no contener literalmente lo

doctrina anterior, no incurrirá en incongruencia el laudo que, pese a la falta de debate sobre los intereses, imponga el abono de los mismos a la parte condenada al pago del principal³¹; tampoco, si la razón por la que no se ha entrado a analizar el fondo, deriva de la estimación de una excepción al ser ese silencio consecuencia lógica de la causa obstativa de la pretensión³².

- ***Cuestiones probatorias.***

Según se ha reconocido, la denegación de un medio de prueba indebidamente rechazado por el órgano judicial puede contravenir la regularidad del procedimiento generando indefensión por mermar los principios de audiencia e igualdad³³. Sin embargo, para ello será

pedido, se adecue racionalmente a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamenten».

³¹ En tal caso, se estaría ante una «cuestión de derecho inherente a la resuelta que una vez fijada la procedencia de la devolución»; así lo recuerda la STSJ de Castilla-La Mancha núm. 3/2016, de 17 marzo (AC 2016\545).

³² STSJ de Castilla-La Mancha núm. 4/2016 de 1 abril (AC 2016\742) que estima la excepción de caducidad.

³³ En tal sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha núm. 8/2016, de 24 noviembre (AC 2016\2377) que haciéndose eco de la doctrina del Tribunal Constitucional, declara: «Un laudo arbitral atenta a nuestro orden público procesal cuando hubiese vulnerado los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizadas constitucionalmente a través del art. 24 CE (STC 43/1986, de 15 de abril (RTC 1986, 43), cuya doctrina han reiterado luego las SSTC 54/1989, de 23 de febrero (RTC 1989, 54); 132/1991, de 17 de junio (RTC 1991, 132) y 91/2000, de 30 de marzo (RTC 2000, 91)). El orden público se identifica con el derecho de defensa y con



necesario que el impugnante concrete, de forma específica, qué indefensión se le produjo con la denegación en relación con el conjunto de lo actuado, pues de optarse por una denuncia genérica no podrá anularse el arbitraje previo³⁴, mucho menos cuando se ha asumido por el TSJ el consabido criterio conforme al cual el derecho a la prueba no faculta para exigir la admisión ilimitada de todas las que puedan proponer las partes, advirtiéndose como regla general una confianza en la soberanía arbitral al tiempo de decidir sobre la prueba a practicar.

los principios procesales fundamentales de audiencia, contradicción e igualdad. Así, el artículo 24 de la Ley de Arbitraje contiene verdaderos principios procesales y por tanto, será de aplicación supletoria en caso en que las partes no hayan determinado el procedimiento de acuerdo con el artículo 25.1 o en aquellos que el procedimiento lo pueden estatuir los árbitros con sujeción a lo dispuesto en la ley. Este precepto contiene además una síntesis del orden público procesal, directamente aludido por la ley cuando enumera las causas de anulación del laudo (art. 41.1.f). Dichos principios pueden reducirse a dos: audiencia e igualdad. Audiencia en el sentido de dar la oportunidad a las partes de actuar o de defender sus posiciones, es decir el derecho de defensa, y por consiguiente la posibilidad y la oportunidad de formular alegaciones y de proponer y practicar pruebas, de manera que toda privación o merma de este derecho es constitutivo de indefensión en sentido técnico. Por su parte, el principio procesal de igualdad de las partes requiere que los sujetos del proceso dispongan de iguales medios y de iguales oportunidades para defender en el proceso sus respectivas posiciones».

³⁴ STSJ de Castilla-La Mancha núm. 2/2016, de 2 marzo (AC 2016\541).

Por último, señalar que a través de la acción de anulación no puede inmiscuirse el órgano judicial en el juicio valorativo efectuado por los árbitros³⁵, salvo que la valoración de la prueba presente un carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario³⁶.

- ***Colegialidad del órgano.***

La STSJ de Castilla-La Mancha núm. 2/2016, de 2 marzo (AC\2016\541) analiza un supuesto en el que el impugnante solicitó la nulidad del laudo por haberse dictado el laudo por uno solo de los árbitros, sin intervención del resto de componentes del colegio arbitral y, por tanto, con quiebra del principio de colegialidad. La sentencia desestima la demanda dado que el criterio expuesto fue fruto de un consenso entre todos los miembros del órgano arbitral (FD 2ª), sosteniendo: «ante la imposibilidad de obtener mayorías, pues cada uno de los tres designados sostiene posiciones irreconciliables, encuentra su amparo en los arts. 35.1, *in fine*, y 37.3 LA [...] la norma de las decisiones mayoritarias cede en supuesto en que no se puede formar tal mayoría decisoria y se establece que el presidente tome por sí la responsabilidad de la resolución, en solitario»³⁷.

³⁵ STSJ de Castilla-La Mancha núm. 4/2015, de 16 diciembre (AC 2016\242).

³⁶ STSJ de Castilla-La Mancha núm. 4/2013, de 10 octubre (JUR 2013\329603), invocando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la valoración probatoria y la eventual infracción del art. 24 CE.

³⁷ La cuestión cambia de no existir ese acuerdo entre los miembros del órgano arbitral cuando alguno de ellos ni



3. El orden público sustantivo.

Siguiendo la doctrina jurisprudencial imperante, el TSJ de Castilla-La Mancha tiene declarado que la acción de anulación no sirve para reaccionar frente al modo más o menos acertado de resolver la cuestión litigiosa, pues de lo contrario se desnaturalizaría el arbitraje como instrumento de composición privada. Es por ello que el órgano judicial ha rechazado, en múltiples sentencias, las demandas de anulación tendentes a privar de validez un laudo por razones concernientes al fondo de lo resuelto por los dirimientes privados cuando se ha aducido la vulneración del orden público en su faceta material.

Y para ello el órgano judicial parece, incluso, negar implícitamente la vertiente sustantiva del orden público, al sostener que el laudo «solo puede ser impugnado por razones de forma o de falta de garantías»³⁸ o manifestar abiertamente que «el orden público al que se refiere la Ley de arbitraje es el orden público

siquiera han participado en el proceso de deliberación y voto, pudiendo encontrarse precedentes para los que la falta de intervención de todos los dirimientes determina la anulación de la resolución arbitral: en tal sentido, la SAP de Madrid (Sección 28ª) núm. 200/2011 de 10 junio (JUR 2011\256573) o la STSJ del País Vasco núm. 2, de 18 de abril para la que: «la toma de decisión habrá de adoptarse por mayoría, con la concurrencia de la totalidad de los nombrados o, en su caso, de los designados para sustituirlos».

³⁸ STSJ Castilla-La Mancha núm. 4/2013, de 10 octubre (JUR 2013\329603).

procesal en su vertiente de garantías esenciales del proceso justo y de derechos fundamentales y libertades públicas inherentes al proceso y derecho de tutela judicial efectiva»³⁹. Dejando al margen la restrictiva comprensión del motivo de anulación asumida en los extractos transcritos –y que, se entiende, no debiera interpretarse en términos taxativos al existir una vertiente material de la noción orden público que aconsejaría mitigar el alcance de las anteriores manifestaciones⁴⁰– no puede dudarse del escrupuloso respeto que, respecto de la autonomía arbitral, viene mostrando desde hace años el TSJ de Castilla-La Mancha, lo que contrasta con algún otro TSJ⁴¹.

³⁹ STSJ Castilla-La Mancha núm. 3/2016, de 17 marzo (AC 2016\545).

⁴⁰ STSJ de Castilla-La Mancha núm. 8/2016, de 24 noviembre (JUR\2016\276028).

⁴¹ En concreto, se alude a la polémica despertada por la doctrina emanada del TSJ de Madrid, cuya interpretación del orden público sustantivo, por amplia, ha despertado la crítica en la comunidad jurídica. En concreto, se alude a una serie de siete sentencias dictadas desde el año 2015 por parte del TSJ de Madrid que han anulado otras tantas resoluciones arbitrales que resolvían disputas surgidas en torno a la validez de contratos de permuta financiera, considerando que los laudos contrariaban el orden público sustantivo en su vertiente económica. Critican esa doctrina, por invasiva, numerosos autores pudiendo destacarse, entre otros, a PERALES VISCASILLAS, M.P, «Contratos de permuta financiera y arbitraje: cuestiones procesales y sustantivas», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, N.º 17, 2015; CONTHE, M. «Swaps de intereses: la sentencia del TSJ de Madrid de 28 de enero de 2015», *La Ley*, abril de 2015; STAMPA CASAS, G., «Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ de Madrid de 28 de enero de 2015, de 6 de abril de 2015 y de 14 de abril de 2015», *La*



Así lo demuestran todos los precedentes conocidos por el órgano judicial que no ha reputado como lesivo del orden público hipotéticas infracciones legales que, denunciadas por el impugnante, no justifican la nulidad de la resolución arbitral. Entre ellas, cabe citar la eventual vulneración de normas legales como la Ley de Cooperativas⁴²; la indebida estimación de las excepción de caducidad⁴³; el litisconsorcio pasivo⁴⁴; la concurrencia de una cuestión prejudicial civil determinada por la admisión de una demanda ante la jurisdicción cuya pretensión principal era la resolución del contrato en el que se pactaba la sumisión a arbitraje⁴⁵; o el examen sobre la validez de un acuerdo de expulsión de socio adoptado por una cooperativa⁴⁶.

Ley, mayo de 2015; FERNANDEZ ROZAS, J.C., «Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales», *La Ley*, 2015; o, por citar un último autor, LORCA NAVARRETE, A.M., «A la búsqueda de la anulación del laudo arbitral por vulneración del orden público económico», *La Ley*, septiembre de 2015.

⁴² STSJ de Castilla-La Mancha núm. 8/2016, de 24 noviembre (JUR\2016\276028).

⁴³ STSJ de Castilla-La Mancha núm. 4/2016, de 1 abril (AC\2016\742).

⁴⁴ STSJ de Castilla-La Mancha núm. 4/2015, de 16 diciembre (AC\2016\242).

⁴⁵ STSJ de Castilla-La Mancha núm. 4/2013, de 10 octubre (JUR 2013\329603).

⁴⁶ STSJ de Castilla-La Mancha núm. 5/2016, de 2 mayo (JUR\2016\227045).

Más problemático resulta la eventual contravención por parte del laudo de normas de carácter cogente, pues si bien se encuentran precedentes en los que se rechaza la inclusión de aquellas disposiciones dentro del orden público⁴⁷, otras resoluciones consideran que la contravención de determinados postulados esenciales propios del derecho imperativo puedan determinar la privación de validez de la resolución arbitral⁴⁸.

⁴⁷ Según sostiene la STSJ de Castilla-La Mancha núm. 3/2016, de 17 marzo (AC\2016\545) «concepto de orden público que permite la anulación del laudo en caso de conculcación, como ya hemos razonado, no autoriza a un reexamen de la cuestiones jurídicas controvertidas en el procedimiento arbitral y examinadas por el árbitro o colegio arbitral en su resolución, ni siquiera con el pretexto de que se ha omitido la aplicación de normas imperativas, de *ius cogens*, como sostiene la demanda de anulación [...] el juicio del árbitro no puede ser revisado por este Tribunal bajo el subterfugio de que se ha eludido la aplicación de una norma imperativa de *ius cogens* porque si admitiéramos como tal una cuestión de orden público, por esta vía podría quebrar la institución del arbitraje como fórmula alternativa de resolución de conflictos a la judicial al permitirse la revisión de los juicios de derecho que efectuaran los árbitros sobre el derecho aplicable en el caso de un arbitraje como este de derecho o en un arbitraje de equidad».

⁴⁸ TSJ de Castilla-La Mancha núm. 8/2016, de 24 noviembre (JUR\2016\276028) según la cual: «forman parte del orden público el conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico [...] e incluso valores y principios jurídicos de derecho imperativo o *ius cogens* sin los cuales no sería reconocible nuestro Ordenamiento jurídico».



IV. CONCLUSIÓN.

El análisis de la jurisprudencia dictada por el TSJ de Castilla-La Mancha con ocasión de las labores de auxilio y control del arbitraje, permite conocer las pautas fundamentales asumidas por el órgano judicial en relación con una materia tan sensible como la examinada, revelando una clara disposición del órgano por apoyar el sistema privado de justicia, con las ventajas que ello lleva aparejado para la implantación del arbitraje en la Comunidad Autónoma. Especial mención debe efectuarse, por su relevancia, a la interpretación de los diversos motivos de anulación del laudo recogidos en el art. 41.1 LA, al seguirse un criterio de mínima intervención que permite identificar los precedentes dictados por el Tribunal Superior como claros exponentes de la tendencia favorecedora del arbitraje que, salvo excepciones, viene consagrándose en nuestro país.

En este sentido, las resoluciones examinadas optan por mantener, siempre que ha sido posible, la plena validez del laudo, amparando criterios laxos al tiempo de enjuiciar la arbitrabilidad de la controversia; la elasticidad en la interpretación de la congruencia –a fin de evitar que determinadas facetas de la cuestión litigiosa queden al margen de la solución–; o el análisis de las irregularidades procesales denunciadas, cuestión donde aparecen las sentencias más controvertidas, por enfrentarse a situaciones que pudieran resultar discutibles: sirva de ejemplo la eventual afectación del derecho de defensa por una excesiva premura en la citación a las partes para acudir a una vista arbitral – uno o dos días– o la falta de respeto al principio de colegialidad al dictarse el laudo por un solo árbitro,

cuando estaba conformado un colegio arbitral. Idéntica consideración cabe efectuar respecto del análisis de la noción «orden público sustantivo» cuya interpretación restrictiva explica que no se haya anulado por el TSJ ningún laudo por razones de fondo, siendo además detectable una predilección del órgano judicial por constreñir el alcance del motivo de anulación «orden público» a la vertiente procesal.

Con todo, el decidido apoyo del TSJ no está sirviendo para que los ciudadanos en Castilla-La Mancha se decanten por la vía arbitral, resultando indicativo el escaso número de resoluciones dictadas en relación con el arbitraje por la Sala de lo Civil y lo Penal del TSJ, lo que permite inferir una predisposición de los justiciables por acudir a los órganos judiciales en lugar de hacerlo al arbitraje doméstico. La anterior consideración, sin duda extrapolable a todo el territorio nacional, se advierte con mayor claridad en la Comunidad Autónoma, donde sin duda hay un interesante camino que recorrer en lo que respecta a la adopción de medidas de divulgación, fomento e implantación del arbitraje.

V. BIBLIOGRAFÍA.

BARONA VILAR, S., (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre*, Madrid, 2012.

BELLO JANEIRO, D., «Principios del contrato de arbitraje. El arbitraje internacional», Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje, 2007. Parte Primera. Palestra Editores y Estudio Castillo Freyre, Peru, 2008.



CONTHE, M. «Swaps de intereses: la sentencia del TSJ de Madrid de 28 de enero de 2015», *La Ley*, abril de 2015.

CREMADES, B., «La función jurisdiccional de apoyo y control del arbitraje», *La Ley*, octubre 2008.

DE ALFONSO M., «El mercado de las instituciones arbitrales en España: una estructura necesitada de reforma», *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2013, Volumen 6.

FERNANDEZ ROZAS, J.C., «Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales», *La Ley*, 2015.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*, Bosch.

GONZALEZ MONTES SÁNCHEZ, J.L., *La asistencia judicial al arbitraje*, Reus, 2009.

LORCA NAVARRETE, A.M., «A la búsqueda de la anulación del laudo arbitral por vulneración del orden público económico», *La Ley*, septiembre de 2015.

MERCHÁN ALVAREZ, *El Arbitraje. Estudio histórico-jurídico*. Ed. Universidad de Sevilla, 1981.

MOLINERO, J.M., y TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., «El arbitraje: situación actual y retos de futuro», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 2016.

MUÑOZ SABATÉ, L., «De los árbitros», AA.VV., *Comentario a la Ley de Arbitraje*, A. de Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2006.

PERALES VISCASILLAS, M.P, «Contratos de permuta financiera y arbitraje: cuestiones procesales y sustantivas», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, Nº. 17, 2015.

SENES MOTILLA, C., *La intervención judicial en el arbitraje*, Cizur Menor, Civitas, 2007.

STAMPA CASAS, G., «Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ de Madrid de 28 de enero de 2015, de 6 de abril de 2015 y de 14 de abril de 2015», *La Ley*, mayo de 2015.

“TRANSPARENCIA Y PARLAMENTOS AUTONÓMICOS: EL CASO DE LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA”

D. Fernando Ruíz Cristina

Funcionario de las Cortes de Castilla-La Mancha

Trabajo de Fin de Grado, Julio de 2017
Dirigido por el Prof. Dr. Isaac Martín Delgado

RESUMEN

El objeto del presente artículo es realizar un análisis de la transparencia en los parlamentos autonómicos y en concreto en las Cortes de Castilla-La Mancha.

ABSTRACT

The purpose of this article is to perform an analysis of transparency in the autonomous parliaments and in particular in the Courts of Castilla-La Mancha.

PALABRA CLAVE: Transparencia, Asamblea legislativa

KEYWORDS: Transparency, legislative Assembly

SUMARIO:

1. Introducción
2. Una visión general de la normativa reguladora de la transparencia en España



3. Transparencia y Parlamentos regionales; en particular, las Cortes de Castilla-La Mancha
 - 3.1. Condiciones generales
 - 3.2. La normativa propia de las Cortes regionales
 - 3.3. Valoraciones
 4. Análisis críticos de los índices de medición de la transparencia en los Parlamentos
 - 4.1. Planteamiento
 - 4.2. El Índice de Transparencia de los Parlamentos
 - 4.3. Consideraciones críticas
 5. Conclusiones
- Bibliografía

1.-INTRODUCCIÓN

Justificación del trabajo:

La obtención del título universitario de Grado en Gestión y Administración Pública conlleva la elaboración, por parte del alumno, de un trabajo de fin de grado como requisito indispensable dentro del plan de estudios.

El trabajo se ciñe a un breve desarrollo sobre cuestiones que me han parecido interesantes sobre la normativa reguladora de la transparencia en España y en ningún caso se ha pretendido hacer un estudio de investigación exhaustivo de las cuestiones que se han tratado.

La ciudadanía española, harta de acciones fraudulentas y de casos de corrupción que han salpicado y siguen salpicando a algunos de nuestros dirigentes políticos y a ciertas instituciones, exige un cambio de comportamiento, a través de herramientas legales que la permitan conocer y tener una mayor presencia en la

toma de decisiones públicas con el fin de poder prever posibles desviaciones y de intentar atajarlas en sus inicios. El mejor camino para conseguirlo es tener acceso a la mayor información posible sobre las acciones de las Administraciones en diferentes campos en el momento en que se produzcan (información institucional, jurídica o económica, entre otros), ya que su aprovechamiento racional es la base del conocimiento y, en palabras de Umberto Eco, “toda información es importante si está conectada a otra⁴⁹”. Con esta filosofía nace, con ámbito estatal y carácter básico, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Un breve recorrido por el contenido de la ley, su aplicación en los parlamentos españoles, con especial detenimiento en las Cortes de Castilla-La Mancha, y la medición del grado de transparencia que poseen, mediante la elaboración de una lista, obtenida a través de la puntuación de una serie de indicadores, es el objeto de este trabajo.

El tema elegido para la elaboración de mi trabajo de fin de grado, tiene para mí una doble motivación. La novedad de la ley, su corto recorrido en el tiempo y su reciente extensión a los parlamentos a través de la aprobación de sus normas internas en materia de transparencia hace que sea, en general, un tema poco estudiado y, por ello, un reto para el alumno que se adentra en la tarea de elaborar un Trabajo de Fin de Grado; junto con ello, mi condición de funcionario de las Cortes de Castilla-La Mancha lo hacía especialmente atractivo.

⁴⁹http://www2.unavarra.es/gesadj/servicioBiblioteca/ocio/Umberto_Eco.pdf. Última fecha de consulta 12/06/2017



No entendí muy bien las palabras de los profesores de la Universidad de Castilla-La Mancha encargados del asesoramiento sobre el trabajo de fin de grado, ni a mi tutor, el profesor Martín Delgado, cuando nos dijeron que el trabajo cambiaba constantemente, que era algo vivo hasta su terminación; es ahora cuando, a punto de finalizarlo, soy consciente de lo que querían decir aquellas palabras. El afán de curiosidad que todos tenemos por entender una realidad nos hace cuestionarnos lo que en un principio dábamos por hecho y las respuestas a esas preguntas es la que va dando cuerpo a nuestro pensamiento, que va quedando plasmado en el desarrollo del trabajo.

Metodología:

Como no podía ser de otra manera, la base fundamental para el desarrollo del trabajo han sido los textos legales aludidos en él y los Acuerdos de la Mesa de las Cortes de Castilla-La Mancha en materia de transparencia. Para poder desarrollarlos se han utilizado los comentarios de autores especialistas en la materia contenidos en libros y revistas. Especialmente, me ha servido de gran ayuda un libro casi monográfico, en cuanto a la materia se refiere, que se ha editado por iniciativa de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, "La transparencia desde el Parlamento. XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos", donde trece autores plasman sus opiniones sobre cuestiones que se han tratado en el trabajo.

Además de otros autores que figuran citados también me han servido de gran ayuda sendas cartas aclaratorias que se han enviado entre la Conferencia de Presidentes de Parlamentos Autonómicos y

Transparencia Internacional España sobre el índice de medición de la transparencia en los parlamentos.

Ni qué decir tiene que en una realidad como la nuestra, caracterizada por el uso de las nuevas tecnologías y la información, era imposible no recurrir también para completar la información, aunque en menor medida, a determinadas páginas web.

Estructura:

El grueso del trabajo se estructura en tres epígrafes centrales que se completan con la introducción, las conclusiones y algunos anexos que contienen documentos a los que se aluden en el trabajo.

El primer epígrafe, Una visión general de la normativa reguladora de la transparencia en España, desgrana de manera sucinta las disposiciones que contiene la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en cuanto a los aspectos que recogen el alcance de la ley, obligaciones de publicidad activa para todas las administraciones y entidades de carácter público, el reconocimiento del acceso a la información y el buen gobierno de nuestros responsables públicos.

El segundo epígrafe, titulado Transparencia y parlamentos regionales; en particular, las Cortes de Castilla-La Mancha, explica cómo la ley de transparencia, vincula a los Parlamentos tan solo respecto de la actividad que desarrollen conforme a normas y principios propios del Derecho Administrativo y que su función legislativa y de control al Gobierno se regirán por lo dispuesto en sus Reglamentos y en las propias normas reguladoras que cada parlamento apruebe. Son estas normas, nacidas por Acuerdo de la



Mesa del Parlamento regional, en espera de su desarrollo reglamentario, las que se comentan en este trabajo, destacando que en ellas se sigue un esquema muy similar al dispuesto por la Ley 19/2013.

El tercer epígrafe, Análisis críticos de los índices de medición de la transparencia en los parlamentos, persigue acercarnos a la forma y a la finalidad con la que se realiza, evalúa, puntúa y se difunde la valoración del nivel de transparencia de los diecinueve parlamentos españoles -Congreso de los Diputados, Senado y los diecisiete parlamentos autonómicos-, mediante la confección de un cuestionario con ochenta indicadores que están distribuidos en seis áreas.

2.- UNA VISIÓN GENERAL DE LA NORMATIVA REGULADORA DE LA TRANSPARENCIA EN ESPAÑA.

En las primeras líneas del preámbulo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTAIP), queda recogido que la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política.

Es un sentimiento, cada vez más generalizado en nuestra sociedad, el cambio que se debe producir en el acceso a una mejor y mayor información, su libre uso y el sometimiento de los poderes públicos a la transparencia informativa de sus actuaciones, convirtiéndose en una herramienta fundamental para el control, por parte de la sociedad en general, del ejercicio del poder y el control de los asuntos públicos

que permitirá que nos apercibamos de las desviaciones en su funcionamiento y que podamos contribuir, por consiguiente, a mejorar la gestión pública, además de poder conocer, sin tener que alegar otro motivo que la simple curiosidad, en qué, cómo y cuánto gastan los responsables de las políticas que se desarrollan con dinero público. En definitiva, se trata de mejorar la confianza de los ciudadanos en las instituciones al tiempo que propicia actuaciones para aumentar la participación ciudadana. Cualquier ciudadano puede ser sujeto activo sin que para ello tenga que alegar ningún interés legítimo⁵⁰.

Se ha hecho necesario disponer de mecanismos de participación y control, por parte de la sociedad, en el ejercicio del poder, que arrojen luz sobre posibles malos hábitos en la gestión de nuestros gobernantes, con el fin de favorecer un clima donde la ética pública sea la prioridad fundamental de todo aquel que quiera prestar su servicio a la comunidad. En este sentido la transparencia de la actividad pública es una exigencia demandada firmemente por todos los sectores cualificados de nuestra sociedad.

España ha sido uno de los últimos países, con una trayectoria democrática consolidada, en asumir el compromiso a través de una ley en materia de transparencia y buen gobierno y lo ha hecho en un contexto de exigencia ciudadana que demanda una mayor legitimación democrática, en tiempos de desconfianza política, económica e institucional,

⁵⁰ PEREA Florencio, V. <<La legislación de transparencia y los parlamentos>>. PAU y Vall, F. (Coord), *La transparencia desde el Parlamento: XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*. Tecnos, Madrid, 2015, p. 22-26



sospechas de corrupción y déficit democrático de nuestras instituciones.

La profunda crisis económico-financiera producida estos últimos años ha servido de plataforma para propiciar un cambio a favor de la transparencia en la agenda política española. La tormenta perfecta de la transparencia⁵¹. En las elecciones a Cortes Generales de 2011, todos los partidos políticos con representación en la Cámara recogían la transparencia como una de las cuestiones prioritarias que abordarían.

La configuración de obligaciones de publicidad activa para todas las administraciones y entidades de carácter público, el reconocimiento del acceso a la información y el buen gobierno de nuestros responsables públicos, así como la exigencia de responsabilidad a través de la adopción de consecuencias derivadas de su incumplimiento, son los tres aspectos que recoge la ley.

Aprovechando las oportunidades que ofrecen las nuevas tecnologías, la ley prevé la canalización de la información emitida a través de un único punto electrónico de acceso, el portal de la transparencia, mediante el diseño de un procedimiento simple, ágil y asequible para todos los ciudadanos, con plazos breves de resolución, donde también quedará recogida, en materia de relaciones entre la administración y los ciudadanos, la publicación de documentos de relevancia jurídica y aquellos que sirven como instrumentos para el control y la gestión de los recursos públicos en materia económico-presupuestaria.

⁵¹ GUICHOT Reina, Emilio. <<El proyecto de ley de transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las comunidades autónomas>>. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 2012, no 84, p. 94.

El portal de la transparencia tendrá una estructura sencilla y fácilmente entendible para todo aquél que pretenda acceder a él, ya que, para poder albergar la publicidad activa, nos encontraremos con una cantidad ingente de información, en materia de información institucional, organizativa y de planificación de las funciones que desarrollan, su estructura organizativa y el grado de cumplimiento de los planes que acometan los sujetos obligados.

En cuanto al ámbito subjetivo, el sometimiento a la obligación de transparencia se extiende a todos los sujetos que ejercen funciones administrativas o prestan servicios públicos, cualquiera que sea su naturaleza pública o privada⁵², incluso a entidades que, por su especial relevancia pública o por su condición de perceptores de fondos públicos, quedan obligadas a reforzar la transparencia de su actividad, como los partidos políticos y organizaciones sindicales y empresariales, así como a los adjudicatarios de contratos del sector público.

Como garantía del cumplimiento de las obligaciones de la Ley, se crea el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, en el ámbito estatal, dejando a las comunidades autónomas la decisión sobre el modelo más adecuado en su ámbito. Se configura como un órgano independiente de supervisión y control para garantizar la correcta aplicación de la ley, todo ello al

⁵² GUICHOT Reina, Emilio. "Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas". *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, 2011, no 170, p. 5



margen de la posibilidad de queja ante el Defensor del Pueblo y de la garantía judicial última⁵³.

La LTAIP nace con ámbito estatal y carácter básico. Las Comunidades Autónomas, conforme a lo recogido en sus propios Estatutos de Autonomía, contarán con legislación propia en esta materia, por corresponderles como ámbito competencial exclusivo autonómico, en el ejercicio de su derecho de autoorganización.

En nuestra Comunidad Autónoma, amparada en las competencias exclusivas recogidas en las reglas 1ª y 28ª del artículo 31 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, se aprueba la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha, siguiendo la estela de otras Comunidades Autónomas que cuentan con legislación propia en la materia, con el objetivo de acercar la Administración Regional al ciudadano, fomentar la transparencia en su actuación, garantizar el acceso a la información pública y fijar las unidades y órganos competentes en materia de transparencia y buen gobierno, así como en la resolución de las reclamaciones e imposición de las sanciones correspondientes.

Las tres primeras disposiciones adicionales contemplan las especialidades regulatorias de las unidades de transparencia y acceso a la información de los sujetos obligados que no forman parte estrictamente de la Administración Regional y sus organismos y entidades de derecho público o dependientes.

⁵³ Ibidem. p. 6

Si bien la LTAIP se aplica a las actividades materialmente administrativas de los Parlamentos autonómicos, la calificación de éstos como Administraciones Públicas o como Sector Público no resulta adecuada a la luz de los artículos 2 de la citada Ley 19/2013, el artículo 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y también el artículo 2 y Disposición adicional 5ª de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Las primeras iniciativas que se fueron implantando en distintos Parlamentos autonómicos para su adaptación a las disposiciones previstas en la LTAIP consistieron en trabajos de reconfiguración de sus páginas web, con el fin de ofrecer la máxima información posible a los ciudadanos a través de una comunicación bidireccional que permitiera interactuar en procedimientos de participación en el proceso de elaboración de las leyes, especialmente con la utilización de medios electrónicos⁵⁴.

Cataluña y Navarra simplificaron el acceso a las herramientas de que disponían para conocer la actividad de los Diputados. El Parlamento Vasco, a través de una plataforma de participación ciudadana, permite a cualquier persona desarrollar una idea para que se pueda opinar y votar sobre ella a través de su página y las redes sociales vinculadas. En esta misma línea existen otras experiencias como la del Parlamento Gallego o el Cantábrico, en los que se permite expresar la opinión del pueblo sobre iniciativas legislativas en trámite.

⁵⁴ PEREA Florencio, V. <<La legislación de transparencia...>> op. cit., p. 28-29



Para canalizar la participación ciudadana en el debate político y la toma de decisiones en favor de una mayor transparencia, otras plataformas se han ido implantando en Andalucía con su "Parlamento abierto", "Ciudadanía y Parlamento" en la Asamblea de Extremadura, "La Presidenta responde" en Canarias, "Asamblea abierta" en Madrid o espacios de participación ciudadana en Aragón donde los ciudadanos pueden, entre otras, acceder a las preguntas escritas que realizan los parlamentarios en su ejercicio de control al gobierno y a las contestaciones a las mismas.

3.- TRANSPARENCIA Y PARLAMENTOS REGIONALES; EN PARTICULAR, LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA.

3.1.- Consideraciones generales

En la actualidad, aún estamos asistiendo a un descrédito de nuestros dirigentes políticos ocasionado, en gran manera, por la percepción de la corrupción generalizada que les atañe directamente, a lo que se añade la crispación popular generalizada por los grandes esfuerzos que, en tiempos de crisis, hacen los ciudadanos.

Son momentos de crisis que implican cambios muy profundos que recalcan en todos nosotros como un proceso no simultáneo de destrucción del pasado y de construcción de un futuro diferente, un proceso en el que conviven vicios presentes en las estructuras de las instituciones y esperanzas en las alternativas futuras. Lo normal es encontrar una oposición al cambio en la forma de su funcionamiento que sirve de freno a la

modernización; se trata de una actitud bastante generalizada que consiste en la creencia de la imposibilidad de cambio o mejora de los sistemas actuales⁵⁵. Los últimos comicios electorales que han propiciado la aparición de nuevos partidos, con tan sorprendente representación parlamentaria, en un país tradicionalmente bipartidista, es el resultado de ello. La actividad actual de muchos Parlamentos, sin mayorías absolutas, constituye una buena prueba de esta actitud.

Esta percepción influye directamente en el sentido de las encuestas, donde los políticos son vistos como uno de los problemas principales de la sociedad⁵⁶. Los parlamentarios son escrutados continuamente por los ciudadanos, para saber cuánto cobran, qué privilegios tienen, qué patrimonio poseen o cuánto no trabajan.

En este sentido, la Ley de transparencia propiciará una ciudadanía más informada y más participativa que aspira a algo más que a votar en los procesos electorales. La transparencia es un principio que debe presidir las actividades públicas y este dato, que tal vez ha venido a conmover el funcionamiento de las administraciones públicas, asienta en el ámbito legislativo la idea tradicional del Parlamento como una casa de cristal⁵⁷.

⁵⁵ JÁUREGUI, Gurutz. *Problemas actuales de la democracia*. Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona. 1996. p. 2

⁵⁶ PEREA Florencio, V. <<La legislación de transparencia...>> op. cit., p. 26

⁵⁷ SARMIENTO Méndez, X.A. <<La información y transparencia en los parlamentos españoles>>. *Corts:*



La Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, vincula de diferente forma a sujetos de naturaleza diversa y con regulaciones muy dispares según lo dispuesto en su artículo 2.1.f). Es el caso de las Cámaras Legislativas, la Ley las vincula tan solo respecto de la actividad complementaria de su función principal que se desarrolla conforme a normas y principios propios de Derecho Administrativo, sin embargo, en otros ámbitos, como la función legislativa o de control al Gobierno, se estará a lo dispuesto en sus propias normas reguladoras⁵⁸.

Dentro de estas actividades del Parlamento sujetas a derecho administrativo se incluyen las decisiones en materia de contratación, personal y administración, adoptadas por los órganos rectores de la Cámara⁵⁹.

En concreto, la Disposición adicional primera de la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha, al igual que han hecho otras leyes autonómicas con sus respectivos parlamentos, recoge la facultad que le corresponde a las Cortes de Castilla-La Mancha, en uso de la autonomía que le es propia, de la elaboración de las normas para la aplicación, en su ámbito, de la

Anuario de derecho parlamentario. Cortes Valencianas, Valencia, 2015, nº 28, p. 106

⁵⁸ PEREA Florencio, V. <<La legislación de transparencia...>> op. cit., p. 29-30

⁵⁹ SARMIENTO Méndez, X.A. <<¿Transparentan bien la información los parlamentos?>> PAU y Vall, F. (Coord), *La transparencia desde el Parlamento: XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*. Tecnos, Madrid, 2015, p. 47

legislación sobre transparencia y derecho de acceso a la información pública sobre la actividad de la Cámara, así como un registro de grupos de interés, con la finalidad de garantizar, en su propia actividad, los principios de buen gobierno previstos en la ley regional.

3.2.- La normativa propia de las Cortes regionales

El Parlamento Castellano-Manchego, sin la existencia de ninguna exigencia legal y sin esperar a que viera la luz la Ley Regional, se adelantó para ampliar y reforzar la transparencia en la Cámara mediante un acuerdo de la Mesa de 10 de febrero de 2014, coincidiendo prácticamente con la entrada en vigor de la Ley de transparencia estatal 19/2013, de 9 de diciembre. Mediante este acuerdo se ampliaban los contenidos ya existentes en la página web de la institución en materia de información institucional, de relevancia jurídica, así como económica, presupuestaria y estadística.

En materia de información institucional, organizativa y planificación, se publicaría información relativa a las declaraciones políticas de los Grupos Parlamentarios, acuerdos, resoluciones y comunicaciones de los órganos parlamentarios, plantillas de personal, ofertas públicas de empleo y procesos selectivos en curso.

En materia de información de relevancia jurídica se incluiría la normativa sobre incompatibilidades, así como la información sobre funciones y dictámenes elaborados por la Comisión de Reglamento y Estatuto del Diputado y en materia de información económica, presupuestaria y estadística, los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria, como el presupuesto de la institución,



su ejecución, la cuenta general e informe sobre la liquidación y estabilidad presupuestaria, la asignación presupuestaria a los Grupos Parlamentarios para su funcionamiento, sueldos e indemnizaciones, régimen de protección social, declaraciones de actividades, bienes y rentas de los diputados, el inventario general, normativa sobre contratación, los contratos adjudicados con indicación de los procedimientos empleados, período medio de pago a proveedores, y convenios de colaboración entre otros.

En cumplimiento de lo dispuesto en las previsiones legales aludidas anteriormente, nace el Acuerdo de la Mesa del parlamento regional, en su reunión celebrada el día 9 de enero de 2017, relativo a las normas para la aplicación en el ámbito de las Cortes de Castilla-La Mancha de la legislación sobre transparencia y derecho de acceso a la información pública sobre la actividad de las Cortes, en virtud de lo establecido en el artículo 32.1.1º del Reglamento de la Cámara.

Las normas que contiene tienen por objeto la aplicación de los principios de transparencia y de acceso por parte de la ciudadanía a la información de las Cortes de Castilla-La Mancha, en lo relativo a la transparencia de la actividad desarrollada que está sujeta a Derecho Administrativo, así como la regulación de la publicidad activa y el ejercicio del derecho de acceso a la información pública de las Cortes de Castilla-La Mancha.

La publicidad activa del Parlamento supone que la información se publicará de forma periódica y actualizada, de una manera clara, estructurada y entendible para las personas interesadas y, preferiblemente, en formatos reutilizables, publicidad que, por otra parte, en lo que a las Cortes de Castilla-

La Mancha se refiere, ya se venía respetando adecuadamente, antes de la entrada en vigor de las normas reguladoras de transparencia, en lo relativo a su actividad diaria en tiempo real y la composición del Pleno y de los distintos órganos de la cámara, además de otras informaciones referidas a procedimientos y tramitaciones parlamentarias.

El Acuerdo adoptado por la Mesa recoge la información mínima que deberá contener el portal de la transparencia, referida a información institucional, organizativa y de planificación; información de relevancia jurídica; información económica, presupuestaria y estadística; y el derecho de acceso; que se regirá por los principios de accesibilidad, interoperabilidad y reutilización de la información, sin perjuicio de poder contener cualquier otra información relativa a la propia institución que sea relevante para favorecer la transparencia.

Como quiera que fuere que las Cortes de Castilla-La Mancha ya venían ofreciendo de forma permanente información institucional y organizativa referida a la identificación personal de los diputados y sus cargos, la cuestión se centra en la delimitación de esa información, para que no entre en conflicto con la protección de datos de carácter personal, procediendo a ser preciso con la disociación de aquellos que sí pueden ser objeto de publicidad para no vulnerar derechos fundamentales que todo ciudadano tiene, aunque desarrolle una actividad pública.

Otras limitaciones sobre la información de la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha sujeta a derecho administrativo se circunscriben a lo previsto en el artículo 14 de la LTAIP y en el ámbito parlamentario a los supuestos regulados en el Reglamento de las



Cortes, en particular en la información prevista como secreta en él, y en las normas y resoluciones de sus órganos competentes dictadas en su desarrollo.

En el plano de la información requerida por la Ley, referente a la información parlamentaria institucional, organizativa y de planificación, el portal de la transparencia ofrece además de la mencionada anteriormente, que ya se venía recogiendo desde 2014, información sobre las prácticas y normas seguidas sobre código ético o buen gobierno, tendentes a evitar que los intereses personales del diputado puedan mediatizar el correcto ejercicio de su función representativa, las normas y el horario del registro general, la sede electrónica y el registro electrónico, las plantillas presupuestarias desde el año 2007, el organigrama, el reglamento de personal y la programación del trabajo parlamentario con la participación del Gobierno, con derecho a voz pero sin voto, del calendario parlamentario previsto, referido a cada período de sesiones, puesto que en el caso de la planificación en los parlamentos se carece de planes anuales o plurianuales en cuanto a su actuación política se refiere.

En cuanto a la información parlamentaria de relevancia jurídica, además de los proyectos normativos que, atendiendo a la actividad parlamentaria, ya se venía dejando constancia en la web del Parlamento, como la publicación y la reproducción íntegra en tiempo real de los debates parlamentarios, se recogen normas sobre la gestión, conservación y eliminación de los documentos y archivos de la Cámara, la normativa sobre incompatibilidades, resoluciones judiciales firmes en relación con la actividad parlamentaria y otros informes destacables.

Respecto de la información y los actos de gestión administrativa que tienen repercusión económica y estadística, se recogen las normas internas, los contratos que, en aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público, ya se venían recogiendo en el perfil del contratante, convenios que se limitan al ámbito cultural y educativo como convenios con la Universidad de Castilla-La Mancha y el Ente Público de Radio Televisión de Castilla-La Mancha, subvenciones que se establecen para el funcionamiento de los Grupos Parlamentarios y la fiscalización y control interno de las mismas. Los presupuestos y las cuentas, las retribuciones, declaraciones de bienes, rentas y actividades públicas de los diputados y estadísticas sobre la cadencia en el pago de las obligaciones contraídas por el Parlamento, además de otras muchas con repercusión presupuestaria y económica, como puede ser la publicación de los contratos menores que, aunque como ya es sabido, en el caso de los parlamentos, no son tan numerosos como en otros órganos de gestión, sí nos ofrece una idea clara de la apuesta institucional por la transparencia informativa y el pleno sometimiento al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Los requisitos contemplados en la ley sobre publicidad activa y buen gobierno se establecen mediante la regulación del acceso a la información pública por parte de los ciudadanos, que podrán solicitar el acceso a la información, sin necesidad de motivación o interés legítimo alguno. Esta falta de motivación puede causar problemas en la gestión informativa, pero es una apuesta clara por el derecho de los ciudadanos a conocer de los asuntos públicos.

Respecto de la regulación del acceso a la información pública por parte de los ciudadanos para cumplir con



los requisitos de publicidad activa y buen gobierno, la solicitud deberá remitirse a la presidencia de la Cámara, sin embargo, dado que el procedimiento prevé plazos de tramitación y resolución breves, será el órgano competente para tramitar y resolver dichas solicitudes la Secretaría General de la Cámara, ya que podrían plantearse problemas de gestión si la competencia le fuera asignada a un órgano político que no estuviera integrado en la administración parlamentaria.

Además de la tramitación⁶⁰, las normas reguladoras aplicables a las Cortes de Castilla-La Mancha enumeran las causas de inadmisión de las solicitudes presentadas mediante resolución motivada por el órgano instructor que, como se ha mencionado anteriormente, le corresponderá a la Secretaría General. Entre las causas de inadmisión se encuentra aquella información que, o bien ya está disponible para su consulta en las

⁶⁰ **Tramitación.** 1. Cuando la solicitud no identifique de forma suficiente la información que requiere, se pedirá al solicitante que la concrete en un plazo de diez días, con indicación de que, en caso de no hacerlo, se le tendrá por desistido, así como de la suspensión del plazo para dictar resolución. 2. Si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, se concederá a estos un plazo de quince días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas. El solicitante deberá ser informado de esta circunstancia, así como de la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación. 3. Si la solicitud se refiere a información que no obra en poder de las Cortes de Castilla-La Mancha, este la remitirá al órgano competente, si lo conociera, e informará de esta circunstancia al solicitante. De no conocerse el órgano competente, se estará a lo dispuesto por la letra d) de la norma décima de las presentes normas.

publicaciones oficiales o en la página web del parlamento cuya exigencia viene dada reglamentariamente, o bien es una información no definitiva o en curso cuya distribución podría generar inseguridad jurídica. Otra de las causas de inadmisión será la relativa a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración o aquella en que la solicitud vaya dirigida a las Cortes regionales y la información no obre en manos de ésta ni se conozca al órgano competente que la pueda proporcionar.

De igual forma, las referidas a informaciones que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de la ley, las que tengan carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas o las que afecten a una pluralidad de personas cuyos datos personales pudieran revelarse con el acceso a la petición, en número tal que no sea posible darles traslado de la solicitud en el tiempo establecido para su resolución.

En sede parlamentaria también serían inadmisibles aquellas solicitudes que contengan expresiones indecorosas contra personas o contra instituciones, así como meros juicios de valor u opiniones.

Cuando la aplicación de alguno de los límites previstos no afecte a la totalidad de la información, se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por la limitación legal, salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido. En este caso deberá indicarse al solicitante qué parte de la información ha sido omitida.



En lo referido a la resolución del procedimiento mediante la que se concede o deniega el acceso, deberá notificarse al solicitante y a los terceros afectados que así lo hayan solicitado, en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud, con posibilidad de ampliación de este plazo por otro mes más cuando la cámara entienda que el volumen o la complejidad de la información que se solicita lo haga necesario, y previa notificación al solicitante.

También se especifica la necesidad de motivación para las resoluciones que denieguen el acceso, las que concedan el acceso parcial o a través de una modalidad distinta a la solicitada⁶¹ y las que permitan el acceso cuando haya habido oposición de un tercero; en este último supuesto, se indicará expresamente a la persona interesada que el acceso solo tendrá lugar cuando haya transcurrido el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo sin que el mismo se haya formalizado o haya sido resuelto confirmando el derecho a recibir la información.

⁶¹ **Formalización del acceso.** 1. El acceso a la información se realizará preferentemente por vía electrónica, siempre que los medios técnicos con los que cuenta la Cámara así lo permitan. 2. Si la información ya ha sido publicada, la resolución podrá limitarse a indicar al solicitante cómo puede acceder a ella. 3. El acceso a la información será siempre gratuito. No obstante, la expedición de copias o la trasposición de la información a un formato diferente al original, podrá dar lugar a la exigencia de exacciones en los términos previstos en la normativa que resulte de aplicación. 4. Si ha existido oposición de tercero, el acceso sólo tendrá lugar cuando, habiéndose concedido dicho acceso, haya transcurrido el plazo para interponer recurso contencioso administrativo sin que se haya formalizado o haya sido resuelto confirmando el derecho a recibir información.

Transcurridos los plazos máximos para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, existe una presunción legal de que la solicitud ha sido desestimada, debiendo ser comunicado al solicitante.

La Cámara contará con una oficina de información integrada en la Secretaría General, ya que, al tiempo que esta unifica los distintos servicios de la Cámara (publicaciones, documentación, gestión parlamentaria, servicios económicos, etc.), también parece procedente que sea la Secretaría General, a través de esta oficina, la encargada de gestionar las solicitudes de acceso a la información en el Parlamento, a la gestión de publicidad activa, tramitación de las solicitudes, su registro, el impulso de los trámites internos que sean necesarios y mantener actualizado en la web un mapa de contenidos en el que queden identificados los distintos tipos de información, todo ello en favor de la aplicación del principio de economía del gasto.

Además de un recurso, que será de carácter potestativo, ante la Mesa de las Cortes de Castilla-La Mancha, al encontrarnos ante actos de la administración y no ante el ejercicio de funciones constitucionales de las Cámaras, se incorpora un recurso contencioso-administrativo para garantizar el derecho de acceso por parte de los ciudadanos⁶².

⁶² **Recurso contencioso-administrativo.** Las resoluciones expresas o presuntas en materia de acceso a la información sobre la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha sujeta a Derecho administrativo podrán ser objeto de impugnación a través de la interposición de un recurso contencioso-administrativo de conformidad con lo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.



Las regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública en materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información se regirán por su normativa específica, y por las normas del parlamento con carácter supletorio.

La legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha sobre transparencia y acceso a la información pública se aplicará supletoriamente en relación con el derecho de acceso a la información pública sobre la actividad de las Cortes de Castilla-La Mancha sujeta a Derecho Administrativo.

3.3.- Valoraciones

Los parlamentos, de acuerdo con el principio de autonomía parlamentaria que les son reconocidos por sus propios Estatutos de autonomía, deben realizar las modificaciones del Reglamento del Parlamento y de sus normas de régimen y gobierno interiores que sean necesarias para cumplir los requerimientos establecidos por la ley.

La Ley no vincula a los parlamentos en cuanto a su función legislativa o de control al gobierno, sino que serán sus propias normas internas las que regirán sus actuaciones en materia de transparencia en estas funciones distintas de las actividades sujetas a derecho administrativo, a las que sí quedan vinculados por la propia LTAIP, según dispone su artículo 2.1,f).

A pesar de ejercer la autonomía que le es propia, no deben considerarse ni ser considerados islas institucionales que actúen cada una según su propio criterio; no es ese el sentido de la ley ni el camino

escogido por los parlamentos españoles para ponerla en práctica, como se puede apreciar por el contenido de las disposiciones analizadas en cuanto a las normas que regirán la aplicación de la LTAIP en las Cortes de Castilla-La Mancha. Las normas adoptadas, no son sino una adaptación que refleja una imagen fiel de las disposiciones que marca la propia ley de transparencia aplicable al resto del marco institucional español, a falta de la preceptiva regulación reglamentaria que prevé la LTAIP, en su disposición adicional octava, que precisaría de reformas en los respectivos reglamentos de los parlamentos.

Desde la aprobación de las normas reguladoras de la transparencia en las Cortes de Castilla-La Mancha solamente dos han sido las solicitudes que se han presentado en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública que pudiera obrar en poder de éstas, las dos resueltas y presentes en su portal de la transparencia debidamente anonimizadas.

Una de carácter descriptivo, en la que se mostraba interés por el procedimiento interno que se seguía para atender las solicitudes de acceso a la información pública, la unidad tramitadora y los recursos que procedían en caso de disconformidad una vez resuelta⁶³; y otra en la que, a pesar de la baja demanda informativa, ya podemos apreciar cómo la transparencia informativa y la protección de datos de carácter personal son dos derechos susceptibles de generar muchos conflictos.

⁶³https://www.cortesclm.es/web2/paginas/transparencia/derecho_acceso/resolucion1.pdf. Última fecha de consulta 17/06/2017



En esta última solicitud, una persona distinta a la que puso la queja solicitaba información sobre un expediente que fue tramitado por la Defensora del Pueblo de Castilla-La Mancha antes de su desaparición y en la que, una vez le fue comunicado al interesado, éste manifestó su oposición a que se le proporcionara dicha información, cuestión que no otorga derecho de veto alguno sobre el derecho de acceso pero sí que permite considerar las alegaciones manifestadas para poder valorar correctamente los derechos en conflicto que pudieran concurrir en la solicitud de acceso a la hora de dictar la resolución.

La regla cuarta de las normas propias de aplicación en las Cortes de Castilla-La Mancha dispone que todas las personas están legitimadas para solicitar el derecho de acceso a la información pública sin que se ostente la condición de interesado, sin perjuicio de los límites que pudieran concurrir, y que habría que analizar si la resolución otorgase el acceso al expediente, como así hace, a otra persona distinta de la que puso la queja. En este caso, el análisis que procede, es verificar si los datos que contiene la información solicitada son de carácter personal y en caso afirmativo, valorar si son o no datos meramente identificativos o especialmente protegidos.

La resolución adoptada se pronunció en el sentido de que los datos de carácter personal no tenían la consideración de meramente identificativos y relacionados con la organización, el funcionamiento o la actividad pública del órgano o entidad correspondiente ni tampoco especialmente protegidos, referidos a ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud, vida sexual o comisión de infracciones penales administrativas (establecidos en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Protección de Datos), por lo que

debía realizarse la ponderación que se indica expresamente en el apartado tres del artículo 15 de la LTAIP, o la disociación de los datos de carácter personal, de modo que se impidiera la identificación de las personas afectadas, conforme establece su apartado cuarto.

El sentido de la resolución finalmente adoptada⁶⁴ consideró que para garantizar plenamente los derechos de terceros mencionados en el expediente y a la vez ser lo más garantista posible para que ello no afectase al solicitante del derecho de acceso a la información procedería el acceso parcial, previa omisión de la información afectada por la limitación legal, informándose al solicitante qué parte de la información ha sido omitida y poniendo especial cuidado en que de dicha omisión no resulte una información distorsionada o carente de sentido.

4.-ANÁLISIS CRÍTICOS DE LOS ÍNDICES DE MEDICIÓN DE LA TRANSPARENCIA EN LOS PARLAMENTOS.

4.1.- Planteamiento

Como ya ha sido señalado, el descrédito de nuestros dirigentes políticos ocupa una de las primeras preocupaciones en el sentir mayoritario de los ciudadanos; los casos de corrupción han ido salpicando una a una prácticamente todas las instancias de la esfera pública, la gran mayoría de ellas derivadas de la

⁶⁴https://www.cortesclm.es/web2/paginas/transparencia/derecho_acceso/resolucion2.pdf. Última fecha de consulta 17/06/2017



financiación de los partidos políticos que, mediante la presencia de sus dirigentes en los principales cargos de las instituciones, han ido utilizando estas para la canalización de fondos de manera ilegal y fraudulenta en beneficio propio y de sus respectivos partidos políticos.

La introducción de medidas de transparencia en la gestión de lo público a través de la legislación en esta materia, no solamente es el intento de conseguir una mayor participación ciudadana en los asuntos públicos, sino que también, en cierta manera, en palabras de Doña Encarna Fernández, presidenta de la Asociación de Letrados de Parlamentos, en la presentación de sus XXI Jornadas, "de intentar llevar al convencimiento de la opinión pública de que la corrupción y los comportamientos no éticos quedarán proscritos en la actividad pública."

En este escenario, Transparencia Internacional España viene elaborando a nivel nacional cinco índices de transparencia: Índice de Transparencia de los Ayuntamientos (ITA), Índice de Transparencia de las Comunidades Autónomas (INCAU), Índice de Transparencia de la gestión del Agua (INTRAG), Índice de Transparencia de las Diputaciones (INDIP) y el Índice de Transparencia de los Parlamentos (IPAR) "para contribuir a combatir la corrupción y generar un mayor nivel de transparencia social⁶⁵."

Transparencia Internacional, según la información que podemos encontrar en su página web, "es una organización internacional, no gubernamental, no

⁶⁵ <http://transparencia.org.es/>. Última fecha de consulta 11/06/2017

partidista, y sin fines de lucro que tiene como misión combatir la corrupción a nivel nacional e internacional.” Entre los documentos que ha elaborado, que también encontramos en su página web, se encuentran los denominados, principios de ética y buenas prácticas parlamentarias⁶⁶, cuya finalidad es “contribuir a mejorar la integridad, la transparencia y el adecuado desempeño de las actividades parlamentarias, tanto en el Congreso de los Diputados y el Senado, como en los diecisiete Parlamentos autonómicos existentes en este país.”

Con estos principios también se persigue disuadir a los parlamentarios de que puedan incurrir en conductas contrarias a la ética y buen desempeño de su cargo como miembros de una cámara parlamentaria, y

⁶⁶ Principios de Ética y buenas prácticas parlamentarias: 1. Establecimiento de unos Principios generales de ética y buenas prácticas 2. Creación de una Comisión de Ética. 3. Transparencia y rendición de cuentas social. 4. Limitación de los aforamientos. 5. Listas electorales abiertas o, cuando menos, desbloqueadas. 6. Prohibición de recibir regalos u otras ventajas. 7. Régimen de incompatibilidades. 8. Regulación de los conflictos de interés. 9. Diligencia debida en las actuaciones de los parlamentarios. 10. Comparación de las declaraciones en el nombramiento y en el cese. 11. Duración limitada de los mandatos parlamentarios. 12. Regulación legal de los Grupos de interés (Lobbies) 13. Regulación de las Puertas giratorias. 14. Publicidad de las asignaciones económicas a los Grupos parlamentarios y de las retribuciones de los parlamentarios. 15. Control detallado y publicidad de los gastos de viaje. 16. Protección de los denunciantes. 17. Limitar el nivel de politización de la contratación. 18. Formación continua en materias de ética y buenas prácticas. 19. Régimen de infracciones y sanciones. 20. Cumplimiento de la Convención de la ONU contra la corrupción.



combatir algunas prácticas considerables como ilegales o corruptas. "La finalidad última de estos principios es en última instancia contribuir al aumento de la confianza y la credibilidad en la clase política y en los Parlamentos por parte de los ciudadanos, y que se reduzca así la desconfianza o las dudas sobre su conducta." Estos principios pretenden regir tanto el comportamiento de nuestros representantes políticos como la información que se debe obtener de los parlamentos a través de la contestación requerida en unos indicadores confeccionados por Transparencia Internacional España.

4.2.- El Índice de Transparencia de los Parlamentos

El Índice de Transparencia de los Parlamentos (IPAR), persigue realizar y difundir una evaluación del nivel de transparencia de los diecinueve parlamentos españoles, (Congreso de los Diputados, Senado y los diecisiete parlamentos autonómicos) e impulsar el aumento de la información que ofrecen a los ciudadanos estas instituciones, mediante la confección de un cuestionario con ochenta indicadores que están distribuidos en seis áreas⁶⁷. Las seis Áreas de transparencia evaluadas son:

a) Información sobre el Parlamento, en la que mediante veintitrés indicadores se evaluaría

⁶⁷ LIZCANO Álvarez, J. <<Transparencia y corrupción. Un análisis desde la sociedad civil>>. PAU y Vall, F. (Coord), *La transparencia desde el Parlamento: XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*. Tecnos, Madrid, 2015, p. 83

información sobre los cargos electos, personal y retribuciones.

b) Información sobre el funcionamiento y la actividad parlamentaria, (diez indicadores), sobre el funcionamiento de los órganos parlamentarios y sobre la actividad parlamentaria

c) Relaciones con los ciudadanos y la sociedad, que recoge las características de la página web del parlamento, información y atención al ciudadano y participación y compromiso con la ciudadanía, con un total de catorce indicadores.

d) Transparencia económico-financiera, dividida en información contable y presupuestaria y transparencia económico-financiera, con once indicadores.

e) Transparencia en las contrataciones, convenios, obras y suministros, que contiene trece indicadores divididos en dos áreas de información, sobre contrataciones y sobre convenios, obras y subvenciones.

f) Derecho de acceso a la información, que evalúa, mediante nueve indicadores, la visibilidad, canales y características del acceso a la información pública y las reclamaciones y evaluación del derecho de acceso a la información pública.

La mecánica consiste en que, para atender a la información contenida en los indicadores, primeramente se confeccionará una evaluación inicial provisional por parte de Transparencia Internacional, contrastando si se publican en la página web del parlamento los citados indicadores para posteriormente recogerlos en un cuestionario prerrellenado que será enviado a cada



parlamento con los datos obtenidos, y con la consiguiente puntuación provisional, para que, libremente, cada parlamento pueda añadir la información de los indicadores que no estén contemplados en su web, y devolver el cuestionario para su análisis y posterior valoración definitiva que servirá para la elaboración de una lista que incluirá los diecinueve parlamentos con la calificación final obtenida por cada uno de ellos, ocupando el puesto que les corresponde acorde a la puntuación conseguida y que se presentará a los medios de comunicación en cuanto al nivel de transparencia obtenido.

Los indicadores se valorarán de acuerdo a tres niveles posibles de puntuación: 1 punto si la información del indicador está publicada en la web del parlamento; 0,5 puntos si la información se publica parcialmente; ó 0 puntos si no se publica la información en la citada web.

Ante este cuestionario referido a 2016, la Conferencia de Presidentes de Parlamentos Autonómicos (COPREPA), reunida en Toledo el 11 de noviembre de 2016, a propuesta de los Secretarios Generales/Letrados Mayores de los respectivos Parlamentos reunidos, acordó poner de manifiesto algunas discrepancias con la información que debían incluir en el portal de la transparencia y matizar otras.

Una de las cuestiones que ha suscitado la queja de los parlamentos autonómicos españoles ha sido el escaso margen de tiempo del que disponían para adaptar sus portales de transparencia ante nuevos indicadores que contenían cuestiones complejas desde el punto de vista técnico o jurídico, y que requerían un tiempo razonable para su análisis y puesta en marcha, además de poder disponer de la puntuación final antes de la publicación de los datos para que, los parlamentos que así lo

quisieran, pudieran hacer nuevas revisiones o matizaciones a la información incorporada en su portal.

Otros indicadores solicitan información relativa a los Grupos Parlamentarios, cuestión que ofrece dudas sobre si dicha información debe ser proporcionada por las cámaras, ya que éstos no son órganos del Parlamento, sino asociaciones de carácter privado con fines públicos, y por tanto propietarios y titulares únicos de la información solicitada a las Asambleas Legislativas.

En su contestación, Transparencia Internacional mantiene la postura de que son los ciudadanos los que financian tanto a las instituciones parlamentarias como a los grupos parlamentarios, y que es una información que desde luego los ciudadanos tienen derecho a conocer, así como el detalle de los gastos presupuestados y realizados por ellos, en tanto es dinero público, con derecho a saber en qué se gasta, cómo se gasta y quién lo gasta por parte de unos y otros grupos parlamentarios.

El cuestionario también incluye índices que tienen repercusiones presupuestarias a considerar, y otros cuya ejecución resulta compleja para unos Parlamentos que, en muchos casos, no cuentan con los medios económicos, técnicos o humanos necesarios que les permitan acometerlos con rigor y con las debidas garantías legales y reglamentarias, como son los relacionados con la puesta en marcha de plataformas electrónicas abiertas a la ciudadanía en general, con la finalidad de servir de medios de discusión sobre iniciativas legislativas, cuestión que, en mi opinión, necesitaría de regulación reglamentaria y además conllevaría la existencia de un mayor gasto difícilmente sostenible para muchos parlamentos.



A este aspecto me permito transcribir literalmente parte de la respuesta que Transparencia Internacional España expresó: "...aunque tuvieran un coste adicional, este sería pequeño en relación con la utilidad social de la información aportada a los ciudadanos. En el caso, por ejemplo, del indicador nº 32, en el que se pregunta si existe un canal de televisión del Parlamento y se recoge su enlace en la web, admitimos igualmente que se justifique expresamente la no existencia de ese canal, simplemente justificándolo por ejemplo en términos económicos, pero lo que pedimos es que se informe y se ponga esta información en la web. Con este requisito informativo, que obviamente no tiene coste alguno, se puede cumplir perfectamente el correspondiente indicador." Es decir, un sí o un no, vale un punto.

Existen otros indicadores sobre los que debería estudiarse la posibilidad de su fusión o integración, porque podrían estar subsumidos explícita o implícitamente en otros, con la finalidad de evitar la duplicación de información.

Otra de las cuestiones que fueron motivo de protesta estaba relacionada con que determinados índices eran propios de las Administraciones Públicas o del Sector Público, no siendo aplicables a los parlamentos por no estar considerados como tales, ya que la calificación de éstos como Administraciones Públicas o como Sector Público no resulta adecuada a tenor de lo dispuesto en los artículos 2 de la LTAIP, 2 de la Ley 40/2015, de RJSP y 2 y Disposición Adicional 5ª de la Ley 39/2015, de PACAP.

Transparencia Internacional España basó su respuesta a esta cuestión en que tales indicadores tenían un claro

interés social de cara a que se conociera esa información por parte de los ciudadanos, aunque los parlamentos no tuvieran la obligación legal estricta de publicarlos según su consideración en el actual marco legal regulatorio de las instituciones parlamentarias.

También se constatan indicadores cuya información está considerada por los reglamentos parlamentarios como reservada, como son las transcripciones o actas de algunas comisiones parlamentarias y otros indicadores cuyo acceso restringe la propia Ley 19/2013, referidos a informes técnicos, jurídicos o documentos que forman parte de expedientes que pudieran entrar en conflicto con la protección de datos u otras cuestiones relacionadas con derechos subjetivos que afecten a terceros.

Tras la colaboración, unos en mayor medida que otros, de los Parlamentos españoles, el pasado 28 de febrero de 2017 se presentaron los resultados del Índice de Transparencia de los Parlamentos (IPAR) 2016⁶⁸. Resultó ser que, en la clasificación obtenida tras la puntuación de los indicadores, la Asamblea de Madrid es el parlamento más transparente de España, seguido por los de Canarias y Castilla-La Mancha, mientras que el de Andalucía ocupa el último lugar de la clasificación. El cuarto y quinto puestos son para Cantabria y País Vasco, seguidos por la Asamblea de Extremadura (sexta), el parlamento de Murcia (séptimo), la Junta General del Principado de Asturias (octavo), el parlamento de La Rioja (noveno) y, en décimo lugar, el Senado.

El parlamento de Andalucía ocupa el último lugar (diecinueve) del Índice de Transparencia de los

⁶⁸ <http://www.efe.com>. Última fecha de consulta 11/06/2017



Parlamentos (IPAR) y entre los cinco últimos figuran el Congreso de los Diputados (quince), el Parlamento de Navarra (dieciséis), el de las Islas Baleares (diecisiete) y las Cortes de Aragón (dieciocho).

En la parte baja de la clasificación de transparencia de los parlamentos españoles están el de Galicia (once), las Cortes de Castilla y León (doce), las de Valencia (trece) y el de Cataluña (catorce).

4.3.- Consideraciones críticas

La transparencia en la información parlamentaria ha sido una cuestión prioritaria en las políticas seguidas por los parlamentos en atención a su función representativa, no solamente las tradicionales, referidas a la publicación de los boletines oficiales y los diarios de sesiones donde se ha ido recogiendo diariamente la vida del parlamento o que desde los inicios del parlamentarismo, el público pudiera presenciar desde las tribunas los debates parlamentarios, sino que también ha estado siempre presente la información sobre los diputados, funcionamiento de los órganos parlamentarios o la administración parlamentaria que se ha ido adaptando a la realidad de los tiempos donde los medios de comunicación, redes sociales e internet están presentes en su vida cotidiana con información en el momento de la posición política de los parlamentarios y el enlace en tiempo real en su sede web a las retransmisiones de las deliberaciones parlamentarias.

Quizás porque se daba por sabido, en este sentido las cámaras no han sabido publicitar bien sus logros en la gestión de los aspectos de esta información que

tradicionalmente han superado con mucho a la información proporcionada por el ejecutivo.

Con esta reflexión pretendo reforzar la idea de que los parlamentos siempre se han sometido de manera extraordinaria al ejercicio de la divulgación de su actividad pero que en ocasiones no se les puede tachar de oscurantismo informativo si la niegan. En determinados índices antes mencionados se solicita información a los parlamentos sobre cuestiones que ofrecen dudas sobre la legalidad de proporcionarla, aunque esté justificada en el derecho a conocer de los ciudadanos, como asevera TI-E. Me estoy refiriendo a la información requerida en determinados índices a los que he hecho alusión en los párrafos anteriores, unos porque eran propios de las Administraciones Públicas o del Sector Público, no siendo aplicables a los parlamentos por no estar considerados como tales, otros cuya información está considerada por los reglamentos parlamentarios como reservada y para finalizar aquellos que solicitan información relativa a los Grupos Parlamentarios.

En referencia a esta última es necesario explicar que los grupos parlamentarios desarrollan sus tareas dentro de la sede de los parlamentos y son estos quienes deben proporcionarles los medios materiales y adscribirles los medios personales que se acuerden para el desarrollo de su labor, pero esto no conlleva que exista una dependencia orgánica y por lo tanto esa información, aunque obrase en poder de las asambleas legislativas, serviría para fiscalizar las subvenciones que por ley deben recibir los grupos parlamentarios pero no conformaría un derecho para publicar información que no le pertenece sin la autorización de estos. Es obvio que es a los grupos parlamentarios a quien debería pedírsele esa información y no exigírsela a quien no



tiene ni la obligación ni la autoridad para proporcionarla.

En alusión a la procedencia o no de publicar la información requerida en los indicadores de las otras cuestiones mencionadas quisiera resaltar que a pesar de la aparente buena fe y las intenciones loables que predica Transparencia Internacional España, la realidad es que antepone su propia filosofía de lo que debe ser la transparencia, en palabras suyas, "buscando siempre que las instituciones públicas, y en este caso los Parlamentos, sean lo más transparentes que resulte posible, de acuerdo con el derecho a saber de los ciudadanos," y por tanto no dirigida al cumplimiento de unas normas legales, sino que se centran en la necesidad de la ciudadanía de conocer las diversas cuestiones y datos que se plantean en forma de indicadores. Conviene recordar que la característica esencial de un estado de derecho es el respeto escrupuloso de la ley, que a la postre es, sin duda, el que resultará ser el mayor y mejor indicador de transparencia, y que es esta la que debe guiar en todo momento toda actuación pública, y no perder de vista que las presiones exteriores procedan de donde procedan, nacidas al calor de la oportunidad del momento, desvirtúan por sí solas la finalidad para la que las instituciones fueron creadas, si con ello se consigue que se sometan a voluntades que poco o nada tienen que ver con la voluntad del pueblo.

Este tipo de evaluaciones en las que a veces se puntúan indicadores por haber respondido un simple sí o no, o de poseer enlaces, que también son puntuados, en el portal de la transparencia, que dirigen a información que ya estaba accesible en la propia página web del parlamento, como es el caso de los boletines oficiales o diarios de sesiones, no es sinónimo de más

transparencia sino de simplemente tener otro acceso desde la pestaña de al lado.

He tenido la tentación de haber ido desgranando uno por uno los indicadores contenidos en el IPAR 2016 pero he desistido del intento porque la realidad es que no nos encontramos ante la procedencia de incluir unos indicadores sí y otros no, sino que es más bien el concepto de una clasificación por puntos de los más transparentes, como si de baloncesto, coches o fútbol se tratara, lo que me ofrece muchas dudas, máxime cuando su evaluación está en manos privadas y su intencionalidad, aunque ahora sea buena puede ir variando con el paso del tiempo no ya en favor del interés general sino en el de los intereses de unos pocos, como todos recordaremos por experiencias recientes de asociaciones cuyo nombre también nos hacía pensar en la bondad de sus pretensiones.

Sin embargo, en un marco como el actual donde se siguen sucediendo los casos de corrupción y deslealtades públicas, todas las instituciones se encuentran en el punto de mira de los ciudadanos, y las evaluaciones puntuables en razón de la transparencia informativa que van a ser divulgadas por los medios de comunicación se convierten en el caldo de cultivo ideal para entrar en un juego de quién es más transparente so pena de ser considerados más corruptos.

La estructura y organización de Transparencia Internacional (en adelante nos referiremos a ella como TI) se está haciendo cada vez más grande y compleja y no hace falta ir muy lejos para conocer datos sobre ella; su propia página web recoge minuciosamente estos datos que, a continuación, de forma resumida desarrollamos.



TI fue creada como una organización sin fines de lucro, de acuerdo a la ley alemana y está dirigida por una Junta Directiva compuesta de doce miembros, ejerciendo su cargo por un período de tres años renovable. El Presidente de la Junta Directiva actúa como jefe ejecutivo del movimiento internacional y tiene la última responsabilidad de articular su misión. Cada uno de los capítulos nacionales de TI, como es el caso de Transparencia Internacional España, es una organización legalmente autónoma que elige su propia Junta Directiva. Estos capítulos, junto con la Junta Directiva de TI, crean la base de la estructura de gobernabilidad del movimiento TI. Dispone también de un Consejo Asesor con cuarenta individuos destacados, cuya finalidad consiste en mantener contactos al más alto nivel con el fin de asesorar a la organización con su experiencia y sus perspectivas internacionales.

Dispone de una Secretaría Internacional que está encabezada por el Director General, cuatro directoras y directores ejecutivos que se encargan de zonas geográficas específicas; un Director Ejecutivo en Londres, responsable de las actividades relacionadas al manejo de conocimiento e información, y otro trabaja como jefe de finanzas, además de otros directores emplazados en capitales emblemáticas responsables de otras áreas.

Las actividades y los programas de la Secretaría Internacional están financiadas principalmente por agencias de desarrollo, fundaciones y el sector privado y es la Secretaría quien financia los "fondos de semilla" que se otorgan a los capítulos nacientes ubicados en los países más pobres para facilitar sus actividades iniciales, tras lo cual, estos capítulos son los que deben buscar sus propios recursos para su sostenibilidad a largo plazo. La financiación de TI-España procede de la

Unión Europea, de la Secretaría Internacional de TI, y de fundaciones y empresas privadas que comparten con TI-España sus objetivos de transparencia y lucha contra la corrupción.

Además, la estructura de TI contempla Oficiales de Programa que coordinan al grupo de expertos voluntarios (profesionales de muchos países que ofrecen sus servicios) para brindarles a los capítulos pericia internacional, y mantienen contacto con las agencias de financiación relevantes, Directores Ejecutivos de TI, trabajan con los capítulos nacionales en actividades temáticas específicas tales como el monitoreo de convenciones internacionales, las iniciativas del sector privado y proyectos de encuesta.

Otros manejan tareas fundamentales, como la capacitación de los capítulos nacionales y la administración general. Un equipo encabezado por un Director Ejecutivo supervisa las finanzas de TI y coordina la búsqueda de fondos. Otro equipo se dedica a las relaciones públicas de TI y está encargado del desarrollo y la implementación de la estrategia global de relaciones públicas del movimiento. El equipo de Servicios de Conocimiento e Información de TI está en el proceso de desarrollar y mantener CORIS como portal de web líder anti-corrupción que a través de un sistema interactivo recoge, sistematiza y difunde información sobre el tema de la corrupción.

Según opina TI, los gobiernos nacionales no tienen el alcance global para liderar solos esta lucha y en vista del creciente número de actores e iniciativas nacidos con las mismas pretensiones que su asociación en el terreno anticorrupción, TI ha tenido que elegir cuidadosamente sus prioridades para mantener su posición de liderazgo en este ámbito y aumentar la



eficacia de sus acciones tanto al nivel nacional como internacional.

La cuestión se centra ahora en si para ser protagonista y líder en esta carrera por la transparencia y las acciones contra la corrupción, las estructuras de una sola sociedad civil, que ya de hecho no se nos antoja pequeña, deben crecer y hacerse más grandes al mismo ritmo que crecería su poder, o por el contrario la asociación y colaboración de muchas pequeñas sería una mejor solución para los intereses de los ciudadanos y de las instituciones en general.

La definición de lobby que utiliza Transparencia Internacional es "cualquier comunicación directa o indirecta con agentes públicos, decisores públicos o representantes políticos con la finalidad de influenciar la toma de decisión pública, desarrollada por o en nombre de un grupo organizado"⁶⁹.

Entre los principios de ética y buenas prácticas parlamentarias, proclamados por Transparencia Internacional se encuentra el de la existencia de una regulación legal de los grupos de interés (lobbies), no dejamos de preguntarnos si para cuando se regule esta cuestión, Transparencia Internacional no debería ocupar un lugar destacado entre ellos.

⁶⁹ VILLORIA Mendieta, M. (dir) y Revuelta, A. (coordinadora) (2015), Una evaluación del lobby en España: Análisis y propuestas. Transparencia Internacional España. P.1

5.- CONCLUSIONES.

España ha sido uno de los últimos países democráticos en asumir el compromiso en materia de transparencia y acceso a la información pública. Nacida con ámbito estatal y carácter básico en un contexto de desconfianza ciudadana en el ámbito político, económico e institucional y sospechas de corrupción generalizada, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno establece la canalización, para las administraciones y entidades de carácter público, de la información emitida a través de un único punto electrónico de acceso para todo aquél que pretenda acceder a ella sin que para ello tenga que justificarlo ni alegar ningún interés legítimo.

La Ley, según lo dispuesto en su artículo 2.1f), vincula únicamente en relación con las actividades sujetas a derecho administrativo a sujetos de naturaleza diversa y con regulaciones muy distintas; la Casa de su Majestad el Rey, el Tribunal Constitucional o las Cámaras Legislativas están entre ellas. Para estas últimas prevé que su función legislativa y de control al gobierno se regirá por lo que dispongan sus propias normas reguladoras. Así lo recoge también para las Cortes de Castilla-La Mancha la Disposición adicional primera de la Ley 4/2016, de 15 de diciembre de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha, aprobada al amparo de la competencia exclusiva que le corresponde en materia de transparencia.

Fruto de su propia autonomía, las Cortes de Castilla-La Mancha, por Acuerdo de la Mesa de 10 de febrero de 2014, tras la entrada en vigor de la ley estatal, se adelantaron para ampliar y reforzar la transparencia en la Cámara sin la existencia de ninguna exigencia legal.



Más recientemente, otro Acuerdo de Mesa de 9 de enero de 2017, inmediatamente después de la aprobación de la ley regional, aprobó sus propias normas reguladoras sobre transparencia y derecho de acceso a la información pública que regirán en el ámbito de las Cortes de Castilla-La Mancha, las cuales reflejan una imagen fiel de las disposiciones que marca la propia ley de transparencia aplicable al resto del marco institucional español.

En la información que se pone a disposición de los ciudadanos en el portal de la transparencia del parlamento regional podemos encontrar desde las prácticas y normas seguidas sobre código ético o buen gobierno, hasta la que ya se venía ofreciendo de forma permanente antes de la entrada en vigor de la LTAIP, relativa a información institucional, organizativa y a la identificación personal de los diputados y sus cargos, tras la regulación del derecho de acceso a la información pública, la problemática se va a centrar en los límites informativos que se deben establecer teniendo en cuenta los conflictos que con el derecho a la protección de datos de carácter personal se pueden generar.

A pesar de que se crea el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno como garantía del cumplimiento de las obligaciones que establece la ley, otros actores pretenden erigirse como baluarte de la transparencia de diversas instituciones. Transparencia Internacional España, una sociedad civil con una enorme estructura que se está haciendo cada vez más grande e influyente, elabora el Índice de Transparencia de los Parlamentos (IPAR), que persigue realizar y difundir, mediante los medios de comunicación, una evaluación del nivel de transparencia de los diecinueve parlamentos españoles consistente en la confección de un cuestionario

compuesto por indicadores puntuables, dando como resultado una lista, a modo de una clasificación deportiva, con la puntuación final obtenida por cada uno. No carente de discrepancias entre la Conferencia de Presidentes de Parlamentos Autonómicos (COPREPA) y Transparencia Internacional España sobre argumentos de carácter legal sobre los indicadores recogidos en el cuestionario, el pasado febrero se hizo público el ranking clasificatorio parlamentario.

Los parlamentos, en atención a su función representativa, siempre se han sometido de manera extraordinaria al ejercicio de la divulgación de su actividad por lo que en ocasiones no se les puede tachar de oscurantismo informativo si la niegan en cumplimiento de unas normas legales a grupos de presión nacidos al calor de la oportunidad. En mi opinión, este tipo de evaluaciones puntuables en razón de la transparencia informativa, que van a ser divulgadas por los medios de comunicación no aportan mucho y, sin embargo, en un marco como el actual donde todas las instituciones se encuentran en el punto de mira de los ciudadanos, se convierten en el caldo de cultivo ideal para obligarlas a entrar en el juego de quién es más transparente so pena de ser consideradas más corruptas.

A mi modo de ver, no encontraremos mayor y mejor control que el efectuado por los Consejos de Transparencia propios de cada Comunidad Autónoma o por el Consejo de Transparencia estatal que velarán, estos sí, por el interés general.



BIBLIOGRAFÍA

GUICHOT Reina, Emilio. <<El proyecto de ley de transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las comunidades autónomas>>. Revista Andaluza de Administración Pública, 2012, nº 84

GUICHOT Reina, Emilio. Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas. Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas), 2011, nº 170

JÁUREGUI, Gurutz. Problemas actuales de la democracia. Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona. 1996

LIZCANO Álvarez, J. <<Transparencia y corrupción. Un análisis desde la sociedad civil>>. PAU y Vall, F. (Coord), La transparencia desde el Parlamento: XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos. Tecnos, Madrid, 2015

PEREA Florencio, V. <<La legislación de transparencia y los parlamentos>>. PAU y Vall, F. (Coord), La transparencia desde el Parlamento: XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos. Tecnos, Madrid, 2015

SARMIENTO Méndez, X.A. <<¿Transparentan bien la información los parlamentos?>> PAU y Vall, F. (Coord), La transparencia desde el Parlamento: XXI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos. Tecnos, Madrid, 2015

SARMIENTO Méndez, X.A. <<La información y transparencia en los parlamentos españoles>>. Corts:

Anuario de derecho parlamentario. Cortes Valencianas, Valencia, 2015, nº 28

VILLORIA Mendieta, M. (dir) y Revuelta, A. (coordinadora) (2015), Una evaluación del lobby en España: Análisis y propuestas. Transparencia Internacional España

http://www2.unavarra.es/gesadj/servicioBiblioteca/ocio/Umberto_Eco.pdf.

<https://www.cortesclm.es>

<http://www.transparencia.org.es>

<http://www.efe.com>

“DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS”

“RIGHT TO HEALTH CARE FOR FOREIGNERS”

D. Héctor Luis Arzola Astacio

Graduado en Derecho en la Universidad de Burgos.

Trabajo Fin de Grado. Calificación: 9,5.

RESUMEN

El Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, ha modificado la legislación en materia de sanidad y extranjería. Los extranjeros irregulares no podrán ser titulares del derecho a la protección de la salud. Se establece la condición de asegurado para poder optar al derecho de protección a la salud. Reacción de las Comunidades Autónomas ante la reforma introducida. La jurisprudencia constitucional establece una clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros. La conexión del derecho a la protección de la salud con derechos fundamentales. La privación a los extranjeros en situación irregular de las prestaciones podría ocasionar la aparición de problemas de salud pública, ante el riesgo de que un sector de la población enferma del país no disponga de atención médica. Las Comunidades Autónomas que no aplican el Real Decreto-Ley 16/2012 y adoptan su propio sistema sanitario beneficiando en la medida de lo posible la



asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, atribuyendo a los inmigrantes irregulares el acceso a las prestaciones sanitarias del servicio de salud autonómico en las mismas condiciones que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma.

Palabras clave: extranjeros en situación irregular, derechos de los extranjeros, condición de asegurado o beneficiario, protección a la salud, asistencia sanitaria, derecho a la vida e integridad física.

ABSTRACT

Decree-Law 16/2012 of 20 April has amended the legislation on health and immigration. Irregular foreigners may not hold the right to health protection. The insured status is set to be eligible for the right to health protection. Reaction of the Autonomous Communities to the introduced reform. The constitutional jurisprudence establishes a tripartite classification of rights of foreigners. The connection of the right to health protection of fundamental rights. Depriving foreigners in an irregular situation of benefits could lead to the appearance of public health problems, given the risk that a sector of the sick population of the country does not have medical attention. Autonomous Communities that do not apply Royal Decree-Law 16/2012 and adopt their own health system benefiting as much as possible health care for irregular immigrants, attributing to irregular immigrants access to health services of the autonomous health service in the same conditions as the citizens of the Autonomous Community.

Keywords: illegal migrants, rights of foreigners, insured or beneficiary status, health protection, health care, the right to life and physical integrity.

SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN, OBJETIVO Y METODOLOGÍA
- II. CONTENIDO
 - 2.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA Y REGULACIÓN ACTUAL
 - 2.1.1. ESTATAL
 - 2.1.2. AUTONÓMICA
 - 2.2. ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LOS EXTRANJEROS
 - 2.3. APROXIMACIÓN A LA NATURALEZA CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN A LA SALUD
 - 2.4. ANÁLISIS DE LA ASISTENCIA SANITARIA A LOS EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS DESDE LA ÓPTICA CONSTITUCIONAL
- III. CONCLUSIONES
- BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN, OBJETIVO Y METODOLOGÍA

Mediante el presente trabajo se analizará la regulación actual del derecho de la protección de la salud en relación con la asistencia sanitaria a los extranjeros no comunitarios, centrándonos principalmente en su dimensión constitucional como principio rector de la política social y económica, explicando los motivos por los cuales debería reconocerse su carácter cuasi-fundamental por su conexión al derecho de la vida e integridad física y por lo tanto concederle una protección más reforzada, no quedando por lo tanto en manos del legislador ordinario el cual tiene cierta permisividad.



Para ello acudiremos a las últimas reformas normativas, en las que aprecio un abandono de una conquista social arraigada desde hace años en nuestro sistema sanitario como principio-régimen universalista de la atención médica y prestaciones sanitarias, circunstancia que hoy día no se reconoce en el ámbito estatal debido a la reforma del sistema sanitario de 2012.

Esta reforma ha sido objeto de una considerable problemática debido principalmente a su fundamentación económica y excluyente. Las Comunidades Autónomas han adoptado diferentes posturas, negando algunas de ellas su reconocimiento total debido a que consideran que es una vulneración al derecho a la vida, que afecta directamente a aquellos que peor lo están pasando debido a la crisis económica y que es precisamente el colectivo de extranjeros en situación irregular.

No es posible dejar de lado el análisis comparativo del "antes y después" de esta reforma. Con anterioridad a esta reforma, todos los extranjeros que acreditasen su empadronamiento en algún municipio podían ser beneficiarios del sistema sanitario aun estando en situación irregular, constituyendo un régimen sanitario de carácter universal, reconocido por numerosos tratados y convenios internacionales ratificados por España, que respetaba la dignidad de las personas como tal.

Con la nueva reforma se ha dado un giro de ciento ochenta grados, eliminando tajantemente este requisito, prevaleciendo ahora la condición de asegurado o beneficiario de la Seguridad Social para la prestación de los servicios sanitarios, o dicho de otra forma, se retorna a los orígenes de nuestro sistema

nacional de salud el cual se basaba en las cotizaciones que se percibía en la Seguridad Social.

La figura del Real Decreto Ley no es la más adecuada para la regulación de un derecho de tanta relevancia constitucional y social, no concurriendo los presupuestos habilitantes para su ejercicio "en caso de extraordinaria y urgente necesidad", debido a que la eliminación del derecho a la protección de la salud de titularidad universal que afectan a derechos como la vida e integridad física no comprende una extraordinaria y urgente necesidad.

El estudio del carácter constitucional o inconstitucional de las medidas adoptadas ha sido objeto de análisis jurisprudencial debido a que varias Comunidades Autónomas interpusieron recursos de inconstitucionalidad, de manera casi inmediata a la publicación de estas medidas, con apoyo en la vulneración del artículo 43 CE. En este sentido nos centraremos principalmente en los Autos del Tribunal Constitucional que acordaron el levantamiento de la suspensión de determinados preceptos que afectaban a la titularidad del derecho a la salud, en su dimensión subjetiva, reconociendo en estas comunidades forales la prestación de servicios sanitarios a inmigrantes irregulares.

El presente estudio pretende hacer una valoración crítica y objetiva de la reforma introducida en 2012, apoyándonos en jurisprudencia constitucional, la cual permite al legislador cierta libertad para imponer las condiciones de ejercicio de este derecho, libertad fundamentada por su carácter prestacional-legal.

En cuanto a la doctrina, expertos, autores en esta materia, cuya obra se ha analizado, coinciden en que



ha sido un retroceso social a nuestro sistema sanitario, imponiéndose un carácter no universalista que venía primando en la última década. Estableciendo que el interés económico no es suficiente para la vulneración de un derecho conectado, vinculado otros de carácter fundamental.

De este modo, se ha abordado la normativa y la doctrina, tanto jurisprudencial como académica, a fin de realizar un enfoque que ha intentado ser crítico sin perjuicio de riguroso en el análisis.

II. CONTENIDO

2.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA Y REGULACIÓN ACTUAL

El objeto de este apartado es analizar la evolución de la normativa que afecta a la asistencia sanitaria a los extranjeros y su regulación actual como punto de partida para el estudio de la problemática generada desde el punto de vista constitucional. Para ello se abordan separadamente la normativa estatal y la autonómica.

2.1.1. Estatal

En el Estado español se implantó el seguro obligatorio de enfermedad por Ley de 14 de diciembre de 1942 a través del Instituto Nacional de Previsión, que tenía como finalidad proteger a los trabajadores con menos recursos, cuyas rentas de trabajo por todos los conceptos no excedieran de los límites reglamentariamente fijados. Estos trabajadores eran denominados “productores económicamente débiles”.

Los trabajadores extranjeros con recursos insuficientes quedaban equiparados a los ciudadanos españoles, pero sólo en el caso de los hispanoamericanos, portugueses y andorranos. Para "los demás extranjeros que trabajen en España" únicamente se preveía el derecho a los beneficios de esta ley "en caso de reciprocidad pactada en Tratados o Convenios internacionales".

El seguro obligatorio no se fundaba en la asistencia sanitaria universal, sino que tuvo su inspiración en el modelo alemán implantado por O. Von Bismarck, vinculado a las cotizaciones que aportaban los trabajadores.

A partir de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, así como el texto articulado de la misma aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril, se realizó una ampliación de la cobertura a los trabajadores por cuenta ajena. Respecto de los extranjeros beneficiarios, se equipararon a los ciudadanos españoles los "hispanoamericanos, los andorranos, filipinos, portugueses y brasileños que residan en territorio español".

El reconocimiento en la Constitución Española de 1978 (CE en adelante) del derecho a la protección de la salud (artículo 43) posibilitó la universalización del sistema y su diferenciación de la Seguridad Social (artículo 41). En este contexto la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, introdujo las bases tendentes a establecer un sistema fundado en la universalización de las prestaciones sanitarias, en las que el Estado autonómico se convierte en el motor que lo impulsa.



Fue a través de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado 1989, que se estableció un punto de inflexión respecto de la financiación de la asistencia sanitaria, pasando a ser mayoritaria la aportación del Estado a través de los Presupuestos Generales en vez de las cotizaciones de la Seguridad Social.

Llegamos así a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx en adelante), la cual, al regular la prestación de asistencia sanitaria a aquellos extranjeros que se encontrasen en España, independientemente de su situación legal o administrativa, fijó como requisito el de su empadronamiento en el municipio donde tuvieran su residencia habitual.

La LOEx es la norma encargada de establecer el tratamiento y estatus jurídico de los extranjeros que se encuentren en España. En su artículo 12 reconocía el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros que se encontrasen en España en las mismas condiciones que los españoles, con independencia de su situación legal o administrativa, siempre que estuviesen inscritos en el Padrón del municipio donde tuvieran su domicilio habitual. Bastaba con la residencia efectiva en un municipio para atribuir el derecho a la protección de la salud a los extranjeros. De esta forma podían disfrutar de este derecho tanto aquellos extranjeros que tuvieran una autorización de residencia como aquellos que no la tuvieran pero estaban empadronados en un municipio. En cuanto a aquellas personas que no se encontrasen en ninguna de estas categorías, es decir, a los extranjeros no empadronados, los que no tuvieran una residencia efectiva en un municipio solo podían acceder

a la asistencia sanitaria a través del servicio de urgencias en casos de enfermedad grave o accidente.

Este criterio era el que se había ido imponiendo durante los últimos años hasta la llegada del Real Decreto-Ley 16/2012 de 20 de Abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones que modifica en su Disposición final tercera el artículo 12.1 LOEx, estableciendo lo siguiente: "los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria". La remisión que hace este Real Decreto-Ley a la hora de regular la asistencia sanitaria de los extranjeros se refiere fundamentalmente a dos leyes que son las encargadas de regular la asistencia sanitaria estatal.

La primera de ellas es la Ley 14/1986, de 25 de Abril, General de Sanidad, que en su artículo 1.2 establece que "son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional". A continuación, en el apartado tercero del mismo precepto, establece que las leyes y los convenios internacionales serán los encargados de garantizar este derecho en la forma que prevean.

La segunda de ellas, es la Ley 16/2003, de 28 de Mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que prevé en su artículo 3.1 que "la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado". Con este artículo se quiere llevar a cabo una interpretación restrictiva del titular del derecho a la asistencia



sanitaria, ya que vendrá condicionado por el elemento de "asegurado". No bastará entonces con tener la condición de ciudadano o persona, con ser nacional o extranjero, sino que se debe acreditar la condición de asegurado.

De esta forma se vincula el derecho a la asistencia sanitaria pública con el sistema contributivo de la Seguridad Social, es decir, se vuelve a un modelo de cobertura sanitaria vinculado a la cotización de cuotas por los trabajadores, pues solamente estos y sus beneficiarios pueden acceder a la condición de «asegurados» y, por ende, a las prestaciones sanitarias públicas.

El apartado segundo del artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, concreta las personas que pueden ostentar la condición de asegurado: "a) los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliados a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta; b) los pensionistas del sistema de la Seguridad Social; c) los perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo; d) los que después de haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo, figuren como inscritos en la oficina correspondiente como demandantes de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título y residan en España".

Esta regulación de las personas que pueden poseer la condición de asegurado excluía del derecho a la sanidad pública a ciertos colectivos de ciudadanos nacionales, como los mayores de 26 años que no hubiesen accedido todavía a su primer empleo. Esta situación se corrigió con el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, que se dictó en desarrollo del Real Decreto-Ley

16/2012. De este modo, además ostentan la condición de asegurado las personas que no tengan “ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía», siempre que «se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: 1.º Tener nacionalidad española y residir en territorio español. 2.º Ser nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza y estar inscritos en el Registro Central de Extranjeros. 3.º Ser nacionales de un país distinto de los mencionados en los apartados anteriores, o apátridas, y titulares de una autorización para residir en territorio español, mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica” .

En definitiva este Real Decreto 1192/2012 constituye una excepción a la vinculación directa del sistema sanitario con la condición de cotizante-asegurado, posibilitando el acceso a la sanidad pública a quienes no sean trabajadores en activo y no superen un nivel elevado de ingresos anuales.

En cuanto al reconocimiento y control de la condición de asegurado, se atribuye al Instituto Nacional de la Seguridad Social, estableciéndose los requisitos y documentos que han de presentarse para obtener dicha condición. Una vez alcanzada la condición de asegurado garantizada por este organismo estatal, corresponde a las Administraciones autonómicas sanitarias hacer efectivo el derecho a la asistencia sanitaria y facilitar el acceso de los ciudadanos a sus prestaciones mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual (artículo 3 bis de la Ley 16/2003) .

El artículo tercero de la Ley 16/2003, contiene una disposición destinada, entre otros, a los extranjeros. En



él se establece que los extranjeros residentes, si no cumplen alguno de los supuestos mencionados en el apartado segundo, podrán ostentar la condición de asegurado, siempre que acrediten que no superen el límite de ingresos determinado reglamentariamente.

Para que los extranjeros puedan recibir asistencia sanitaria pública en nuestro país y ser titulares de este derecho en las mismas condiciones que los españoles, han de ser residentes y tener la condición de asegurado, según los supuestos previstos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003. En el caso de que no concurra alguno de los supuestos del precepto indicado, es preciso que acrediten que su nivel de ingresos no supera anualmente la cuantía de cien mil euros y que, además, no tienen cubierta de forma obligatoria la asistencia sanitaria por otra vía.

Además existen supuestos especiales en los cuales gozaran de asistencia sanitaria en España, con autorización de permanencia o estancia, aunque no tengan la condición de asegurados "las personas solicitantes de protección internacional cuya permanencia en España haya sido autorizada por este motivo y de las víctimas de trata de seres humanos cuya estancia temporal en España haya sido autorizada durante el período de restablecimiento y reflexión"

Los extranjeros que se encuentren en situación irregular, aunque se hallen inscritos en el Padrón municipal, ya no pueden ser titulares del derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles o los extranjeros residentes, salvo en los casos especiales del artículo 3 ter de la Ley 16/2003, añadido por el Real Decreto-Ley 16/2012. El citado artículo ha establecido dos supuestos excepcionales determinando lo siguiente "los extranjeros no

registrados ni autorizados como residentes en España recibirán asistencia sanitaria» en los casos «de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica» y en los casos «de asistencia al embarazo, parto y postparto” y “En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles”.

La Ley 16/2003 dispone como medio subsidiario la aplicación de un convenio especial por el que podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria a cambio del pago de una cuota, aquellas personas que no tienen la condición de “asegurado” y no tienen acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título . Esta es una medida que se establece atendiendo principalmente a los extranjeros irregulares. En virtud de ello, mediante el Real Decreto 576/2013 de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, concretando, se disponen los requisitos básicos del convenio especial de prestación sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud.

El requisito básico atiende a que han de ser personas que residan en España y que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud. La norma en su artículo 3 exige además la observancia de los siguientes requisitos: 1º “Acreditar



la residencia efectiva en España durante un período continuado mínimo de un año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud del convenio especial". A priori la residencia efectiva podrá probarse mediante el correspondiente permiso de residencia o en su caso si así lo estima el funcionario competente mediante el certificado de empadronamiento. 2º "Estar empadronadas, en el momento de presentar la solicitud de suscripción del convenio especial, en algún municipio perteneciente al ámbito territorial al que extienda sus competencias la administración pública competente para su suscripción". 3º "No tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título", ya sea por aplicación de la normativa nacional, de los reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que en dicha materia hayan sido suscritos por España con otros países.

En definitiva, es posible decir que pueden suscribir este tipo de convenio especial los españoles que nunca hayan trabajado y que tengan ingresos superiores a los cien mil euros al año. También los europeos y los nacionales de terceros países que durante su estancia regular o irregular en España voluntariamente quieran suscribir el convenio para ser atendidos por el sistema sanitario público español, siempre que acrediten la residencia efectiva y continuada en España durante un año y estén empadronados en un municipio español. El Instituto Nacional de Gestión Sanitaria o la Administración pública autonómica que corresponda son los encargados de formalizar el convenio especial.

El convenio especial de prestación de asistencia sanitaria conlleva para todas aquellas personas que lo suscriban el acceso "a las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema

Nacional de Salud regulada en el art. 8 bis de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud". El contenido de esta cartera común básica, atendiendo al artículo 2.2 de la Ley, consiste en "actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o socio sanitarios, así como el transporte sanitario urgente". A su vez, el artículo 8 ter de la Ley 16/2003 excluye el acceso a las prestaciones de la cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud, esto es, "la prestación farmacéutica, la prestación ortoprotésica y el transporte sanitario no urgente, debiendo por tanto abonar la totalidad del coste de dichas prestaciones ya que no están cubiertas por el convenio especial".

Supuesto especial es el contenido en el art. 8 quáter de la citada Ley debido a que no cubre las actividades, servicios o técnicas de apoyo a la mejora de una patología de carácter crónico, pero, con carácter básico, el artículo 8 quinquies establece que "las Comunidades Autónomas podrán facilitar las prestaciones asistenciales propias de su cartera de servicios complementaria, distintas a las incluidas en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, siempre que la Comunidad Autónoma las haya incorporado en el convenio especial". De este modo, por lo tanto, las Comunidades Autónomas pueden incluir en su cartera de servicios aquellas prestaciones que no cubre la cartera común del sistema sanitario estatal.

La contraprestación económica mínima que ha de abonar la persona que suscriba el convenio especial es de 60 euros de cuota mensual, cuando el suscriptor tiene menos de 65 años, y de 157 euros, si el suscriptor tiene 65 o más años.



La atención sanitaria a los extranjeros irregulares mayores de edad, con carácter público y gratuito se limita exclusivamente a los casos de urgencia por enfermedad grave o accidente y hasta que reciban el alta médica de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto-Ley 16/2012.

2.1.2 Autonómica

Corresponde al Estado la función de regular la situación jurídico-administrativa de los extranjeros en España, con apoyo en la competencia exclusiva del artículo 149.1.2 CE en materia de extranjería e inmigración. El Estado ha delimitado la titularidad de determinados derechos condicionándolos a la situación legal y administrativa de los extranjeros, para a continuación, cumplidos todos los requisitos exigidos, tener finalmente acceso al derecho a la salud.

A ello se suma que el Estado, de acuerdo con la competencia exclusiva que le atribuye el artículo 149.1.16 y 17 CE, esto es, fijar las bases y la coordinación general de la sanidad, así como el régimen económico de la Seguridad Social, ha dispuesto que para acceder a las prestaciones y servicios sanitarios, con cargo a fondos públicos, además de la condición de nacionales y extranjeros residentes, es necesaria la condición de asegurado.

La sanidad es una materia de titularidad compartida, ya que al Estado le corresponde a establecer las bases o las condiciones básicas, que han de ser comunes para todas las Comunidades Autónomas, y a las Comunidades Autónomas el desarrollo y ejecución de las bases o condiciones básicas fijadas por el Estado.

De acuerdo con su capacidad de autogobierno y autonomía financiera, pueden adaptarlas a sus circunstancias particulares.

Las Comunidades Autónomas han ido asumiendo competencias en materia de sanidad, dando lugar a la inexistencia de un sistema público sanitario uniforme para todo el territorio nacional. Se da así el caso de que hay Comunidades Autónomas que en sus respectivos Estatutos de Autonomía proclaman el carácter universal de la asistencia sanitaria. Ello permite presenciar auténticas paradojas, tales como que con arreglo a la normativa estatal una persona extranjera en situación irregular no pueda acceder a los servicios sanitarios públicos en igualdad de condiciones que un ciudadano español, pero, en cambio, si tuviese fijada su residencia en alguna de esas Comunidades Autónomas, sí tendría derecho a acceder a todos los servicios sanitarios, y por ende, a que se le hiciese entrega de una tarjeta sanitaria individual.

Además, como se apuntó, el Estado, mediante la Ley General de Sanidad y la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, ha establecido una cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y sus beneficiarios. Esta cartera común está integrada por una serie de derechos sanitarios mínimos para todos aquellos que sean nacionales y extranjeros residentes, siempre y cuando tengan la condición de asegurado. No obstante, las Comunidades Autónomas pueden llevar a cabo la implantación de otro tipo de prestaciones mediante la creación de una cartera de servicios complementaria para todos aquellos que tengan la condición de asegurado o beneficiario. En definitiva, se podrá facilitar el acceso a los extranjeros irregulares en determinados supuestos y con el cumplimiento de



ciertas condiciones, a personas de que no ostentaran la condición de asegurado.

Las Comunidades Autónomas han reaccionado de forma diversa a la hora de aplicar y desarrollar el RDL 16/2012, con cierta tendencia a que no haya uniformidad total en el ámbito sanitario y se vaya creando por así decirlo, en términos de derecho internacional, la figura del fórum shopping, extrapolado al ámbito estrictamente nacional, es decir, con arreglo a la normativa estatal una persona extranjera en situación irregular no pueda acceder a los servicios sanitarios públicos en igualdad de condiciones que un ciudadano español, pero, en cambio, si tuviese fijada su residencia en alguna de esas Comunidades Autónomas, sí tendría derecho a acceder a todos los servicios sanitarios, y por ende, a que se le hiciese entrega de una tarjeta sanitaria individual.

Nos encontramos en primer lugar con Comunidades como las de Madrid, Castilla-La Mancha, Cantabria, La Rioja, Islas Baleares, Extremadura, Aragón o Murcia, en las que el Gobierno autonómico ha aplicado el Real Decreto-Ley 16/2012, negando la tarjeta y la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, salvo en los supuestos contemplados en el propio Real Decreto-ley: atención en urgencias, mujeres embarazadas y menores de edad.

En segundo lugar están las Comunidades Autónomas que anunciaron desde el principio la voluntad de no aplicar el Real Decreto-Ley 16/2012 y de este modo facilitar la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares. Integran este grupo Andalucía, Asturias, Cataluña y País Vasco. Se atribuye a los inmigrantes irregulares el acceso a las prestaciones sanitarias del servicio de salud autonómico en las mismas condiciones

que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma. Previamente se exige el cumplimiento de determinados requisitos: carecer de otro sistema de cobertura sanitaria, el empadronamiento por un periodo de tiempo mínimo en un municipio de la Comunidad Autónoma que difiere de unas Comunidades a otras y no superar una cuantía de ingresos determinada.

Por ultimo nos encontramos con Comunidades Autónomas que han desarrollado otros mecanismos para continuar prestando asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares. En Castilla y León y Comunidad Valenciana por ejemplo, se reconoce la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, teniendo como obligación facturar los servicios prestados.

Comunidades Autónomas como Galicia, Navarra y Canarias han elaborado una serie de procedimientos para el registro y para la obtención de un documento que acredite a los inmigrantes irregulares como usuarios del servicio de salud autonómico. Se exigen los requisitos ya contemplados anteriormente: empadronamiento por un periodo mínimo en un municipio de la Comunidad Autónoma, no superar una cuantía de ingresos determinada o el carecer de otro sistema de cobertura sanitaria.

2.2 ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LOS EXTRANJEROS.

El artículo 13.1 CE, establece los términos fundamentales del estatus constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros: "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los



términos que establezcan los tratados y la ley". El TC ha desarrollado en su jurisprudencia la interpretación de este artículo, de acuerdo con la cual propone una clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros. En virtud de esta clasificación, la libertad del legislador para regular la posición jurídica de los extranjeros respecto a cada uno de los derechos del Título I estaría modulada por tres parámetros básicos: el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana (artículo 10.1 CE), el hecho de que la Constitución reconozca determinados derechos a los extranjeros y, en todo caso, el contenido delimitado para el derecho según los tratados y acuerdos de derechos humanos ratificados por España (artículo 10.2 CE).

A modo de síntesis, tal margen variable de libertad del legislador en la regulación de la titularidad y ejercicio de cada derecho se estructuraría, según la STC 236/2007, de 7 de noviembre, a través de las siguientes categorías. En primer lugar, se situarían aquellos derechos fundamentales que corresponden a los extranjeros en condiciones plenamente equiparables a los españoles, al ser imprescindibles para la garantía de la dignidad humana como fundamento del orden político español. Entre ellos se ubican el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y moral, el derecho a la intimidad, a la libertad ideológica, así como el derecho a la asistencia jurídica gratuita y también el derecho a la educación, por su relación con el pleno y libre desarrollo de la personalidad.

La segunda categoría abarcaría los derechos que la Constitución reconoce a los extranjeros, utilizando expresiones que engloban a todos, o bien a través de fórmulas impersonales (entre ellos se sitúan los derechos fundamentales de reunión y de asociación).

En consecuencia, deberán ser reconocidos a todos los extranjeros, con independencia de que sean o no residentes legales. En estos casos, reconoce el Tribunal, el legislador puede establecer “condicionamientos adicionales” respecto a su ejercicio, “si bien ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales”.

Finalmente, el Tribunal identifica una tercera categoría de derechos, cuya titularidad corresponderá a los extranjeros en la medida en que así lo reconozcan los tratados y las leyes. Es decir, se trata de aquellos derechos que la Constitución no atribuye directamente a los extranjeros, pero que el legislador puede extender a los no-nacionales “aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles”. En particular, “al regular tales derechos la libertad del legislador es más amplia, ya que puede modular las condiciones de ejercicio en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros”, o tomar en “consideración el dato de su situación legal o administrativa en España”. Este sería el régimen jurídico de derechos tales como el derecho a la salud, el derecho al trabajo o el derecho a percibir una prestación por desempleo. Con respecto al derecho a la protección sanitaria, hay que subrayar que en la STC 95/2000, de 10 de abril, se debatió si la demandante cumplía la condición de residencia en España exigida a los extranjeros por el artículo 1.2 de la Ley General de Sanidad para poder acceder a este derecho, aunque, como indica el Tribunal, no se discutió la constitucionalidad de tal requisito.

Hay que destacar que la autorización al legislador a establecer “restricciones y limitaciones” en el ejercicio de estos derechos no es incondicionada, debido a que no podrá afectar a aquellos derechos que “son



imprescindibles para la garantía de la dignidad de la humana” que, conforme al artículo 10.1 CE, constituye uno de los fundamentos del orden político español, ni “adicionalmente, al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los tratados internacionales suscritos por España”. En particular, el Tribunal Constitucional indica que las condiciones de ejercicio que el legislador establezca respecto de los derechos de los extranjeros “sólo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida”.

La LOEx define el concepto de extranjería, en su art. 1.1, disponiendo lo siguiente: “Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española”. Por tanto, se trata de una delimitación negativa del término extranjero.

De este modo podemos llegar a la conclusión que no corresponden a los extranjeros los derechos recogidos en el artículo 23 CE, con la salvedad que contiene en el artículo 13.2 CE. Por otro lado, existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y la regulación legal ha de ser igual para ambos. Por último y como punto más relevante, existen derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.

Si se aceptase esta tesis, los derechos contenidos en este último grupo no podrían formar parte de una “división de derechos fundamentales”, pues se trataría de derechos de origen legal. Aun cuando una vez

reconocidos legalmente se integrasen en el sistema de garantías constitucionales, nunca podría ser fundamental un derecho legalmente disponible.

Cabe hacer algunas consideraciones a la afirmación del TC de que los derechos fundamentales de los extranjeros son todos, sin excepción, derechos de configuración legal. La doctrina ha sostenido que al legislador le corresponde un papel esencial en el establecimiento del régimen jurídico de los derechos fundamentales de los extranjeros. En este sentido nos estamos refiriendo a la existencia de una "doble vida" de los derechos fundamentales, "creados por la constitución pero ordenados también por la ley".

Aun cuando los derechos de los extranjeros en España sean de configuración legal, ello no significa en absoluto que su determinación y alcance se dejen libremente en manos del legislador. Cabe hacer un análisis más profundo de la expresión "derechos de configuración legal". La remisión del artículo 13.1 CE a la ley y a los tratados no implica una desconstitucionalización de los derechos de los extranjeros. Estos derechos continúan siendo derechos constitucionales, pese a que desde el punto de vista de su contenido se trata de "derechos de configuración legal". No deja de ser una contradicción lógica, hablar de la necesidad de una configuración legal de los derechos fundamentales de los extranjeros, cuando, precisamente, la mayor virtualidad de éstos es constituir un límite a los poderes públicos y, singularmente, al legislador.

Por otra parte decir que ningún derecho fundamental puede ser de total configuración legal, pues aunque la intervención del legislador es necesaria para que el contenido del derecho quede "configurado", el



legislador tendrá que respetar un contenido mínimo que nuestra norma fundamental ha consagrado. Además, la función que tiene encomendada el legislador de configurar legalmente derechos como la protección de la salud que tiene reconocimiento constitucional tiene que estar sometida al principio de proporcionalidad. El legislador en cada caso concreto tiene que ponderar la proporcionalidad de sus medidas, en relación al tipo de derecho a regular, sin perjuicio del margen que dispone para la definición o determinación del contenido de todos los derechos fundamentales de los no nacionales. La necesidad de su desarrollo legal radica en que los derechos de configuración legal, adolecen de un alto grado de indeterminación en sede constitucional.

2.3. APROXIMACIÓN A LA NATURALEZA CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN A LA SALUD

La protección de la salud es uno de los principios fundamentales reconocidos en cualquier Estado moderno como un derecho de todo ciudadano a que se le reconozca un mínimo de prestaciones sanitarias conformes a la dignidad humana y al desarrollo social y económico de cada Estado. Los extranjeros se encontrarán dentro de este concepto de ciudadano en los términos reconocidos por los Tratados internacionales y las normas internas.

Asimismo el derecho a la protección de la salud de los extranjeros, viene protegido en numerosos instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos del Hombre; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Carta Social Europea; y, el Convenio N^o

97 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) que España ha ratificado, "a raíz del cual todos los trabajadores inmigrantes, con independencia de su nacionalidad, quedaron equiparados a los españoles en términos absolutos, con las únicas excepciones de la gente del mar, los autónomos, los fronterizos y los artistas liberales en breve estancia".

En el caso español se halla contemplado en el artículo 43 CE, en el marco de los principios rectores de la política social y económica. El artículo 43.2 CE dispone que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas, prestaciones y servicios necesarios. La Constitución reconoce así la salud como un bien jurídico digno de tutela por el ordenamiento, tanto desde una perspectiva individual (derecho a la protección de la salud), como colectiva (protección de la salud pública). Cabe decir también que el objeto de atención de los poderes públicos es la llamada "salud integral". Esta comprende los aspectos de integridad física y plenitud funcional del individuo, la salud psíquica y la salud social. La sanidad integral se compone de un conjunto de medidas que se ocupan de todos los aspectos comprendidos en el amplio concepto de salud.

El legislador ordinario ha configurado este derecho como un derecho social que requiere una actuación de los poderes públicos para hacerlo efectivo. Nuestro sistema jurídico-sanitario está integrado por una serie de servicios públicos orientados a la promoción de la salud, a la adecuada educación sanitaria de la población, a la prevención de las enfermedades, a la garantía de una asistencia sanitaria y a la promoción de las acciones necesarias para la rehabilitación funcional y reinserción social del paciente. La Constitución no regula el derecho a la salud en sí mismo, sino el



derecho a que los poderes públicos, con el objeto de protegerla, adopten las medidas oportunas para eliminar las deficiencias en la salud, prevenir enfermedades, curarlas, en su caso, y fomentar la educación en esta materia.

Hay otros preceptos constitucionales que guardan relación con el derecho a la protección a la salud en sentido amplio.

El primero de todos, que presenta características propias diferenciadas del resto, es el art. 15 CE, que dice que "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

El artículo 49 CE, por su parte, dice que "los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran...".

Los problemas específicos de salud de los ciudadanos de la tercera edad se refiere el art. 50 CE: "los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio".

Otra mención a la salud la encontramos en el art. 51.1 CE, esta vez referida a los consumidores y usuarios: "los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante

procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

Así pues, el derecho a la protección de la salud previsto en el artículo 43 CE, aparece como principio rector, siendo la cuestión discutida su posible dimensión fundamental y teniendo reflejo en otros múltiples preceptos constitucionales.

Nuestra Constitución viene a distinguir tres niveles de protección de los derechos constitucionales que quedan diseñados básicamente en el artículo 53 CE. Con el nivel más amplio e intenso de protección, que conlleva reserva de ley orgánica, protección del contenido esencial frente al legislador, amparo judicial y amparo ante el Tribunal Constitucional, encontramos los derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución más la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. Con un nivel medio de protección encontramos los derechos reconocidos en el resto del Capítulo II (artículos. 31 a 38): reserva de ley y garantía del contenido esencial del derecho incluso frente al legislador. Con el nivel mínimo de protección encontramos los que la Constitución ni siquiera titula derechos: los llamados principios rectores de la política social y económica (artículos. 39 a 52), entre los que se encuentran el precepto dedicado a la protección de la salud y la mayor parte de los conectados con él, con la excepción del artículo 15 CE .

El alcance de estos principios rectores viene regulado por la propia Constitución, en el artículo 53.3 CE, precepto con dos incisos, el primero de los cuales dice que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”. Por su parte el segundo inciso



dice que “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Esta naturaleza del derecho a la protección de la salud como un principio rector no significa, sin embargo, que nos encontremos ante una mera norma programática sin valor alguno pues, tal como ha recordado la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia 95/2000, de 10 de abril, los principios rectores de la política social y económica, no son normas vacías de contenido, sino que las resoluciones de los órganos judiciales habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el artículo 53.3 CE.

Además, por su vinculación con él el derecho a la protección de la salud se presenta como un derecho “materialmente” fundamental por lo que tiene que ver con la relevancia de su contenido y por su estrecha relación con la dignidad de la persona reconocida en el art. 10 CE . De manera que alguien a quien no alcanzara una protección de su salud en grado suficiente debería considerarse como tratado indignamente y obstaculizado gravemente en su desarrollo como persona.

En definitiva, el derecho a la salud presenta la particularidad de que no forma parte del elenco de derechos fundamentales, estamos ante un derecho de carácter prestacional que tiene una evidente conexión con el derecho fundamental a la vida e integridad física de las personas del artículo 15 CE. Esto es así porque pone en grave peligro la salud de las personas al no concederles la atención sanitaria requerida, por lo tanto estaríamos lesionando bienes jurídicos como la vida e integridad física. Además hay que hacer reseña de las

posibles y probables enfermedades que pueden adquirir estas personas debido a la no asistencia sanitaria provocando en el resto de la sociedad el mismo efecto mediante su contagio, es decir, estaríamos atentando contra la salud pública nacional.

2.4 ANÁLISIS DE LA ASISTENCIA SANITARIA A LOS EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS DESDE LA ÓPTICA CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en su sentencia 236/2007, ha avalado la constitucionalidad de la restricción de la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares, restricción introducida por motivos económicos por el Real Decreto-Ley 16/2012. Para declarar la constitucionalidad de las medidas llevadas a cabo se ha basado en una serie de argumentos.

El primero de ellos consiste en que el derecho a la salud reconocido en el artículo 43 CE es un principio rector de la política social y económica y por lo tanto son los poderes públicos los que organizan y tutelan el sistema de salud pública mediante las medidas, prestaciones y servicios necesarios.

En segundo lugar se trata de un derecho prestacional y de configuración legal, es decir, el contenido y las condiciones de ejercicio corresponde delimitarlas al legislador, teniendo en cuenta los intereses públicos y la disponibilidad presupuestaria. Es de destacar lo dicho en el ATC 96/2011, de 21 de junio: "la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, necesarias en una situación caracterizada por una exigente reducción del



gasto público, de manera que las administraciones públicas competentes tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles y favorecer un uso racional de este Sistema". Debido a la situación económica tan complicada que está padeciendo España todas estas medidas se encuentran totalmente justificadas teniendo como eje sustancial la sostenibilidad del sistema sanitario.

El tercer argumento consiste en la libertad que tiene el legislador para la configuración de este derecho. Así, en su STC 236/2007 ha señalado que "el legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español". Este requisito de autorización de estancia o residencia es el determinante ya que el legislador lo ha establecido como presupuesto habilitante a la hora de la prestación de la asistencia sanitaria, introduciendo esta y otras medidas de carácter restrictivo mediante el Real Decreto 16/2012, haciendo que los extranjeros en situación irregular no gozaran del derecho a la salud en su plenitud, sino solo en casos de urgencia o enfermedad grave, lo cual es objeto de debate de este estudio.

Y por último el Tribunal, atendiendo a la STC 95/2000, de 10 de abril, hace referencia a que "el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria estará condicionado por las normas correspondientes", aludiendo nuevamente la previsión del artículo 13.1 CE, es decir, vuelve a remitirse a que es un derecho configurado legalmente y por lo tanto el legislador tiene

una amplia libertad para fijar los límites y garantías de este derecho mediante la ley o leyes que crea conveniente para su modulación.

La justificación de esta reforma sobre el acceso al sistema sanitario se encuentra en el Preámbulo del Real Decreto-Ley 16/2012. Este Preámbulo se apoya en un Informe del Tribunal de Cuentas de fiscalización sobre determinados aspectos de la gestión de la asistencia sanitaria, especialmente relativos a ciudadanos europeos de otros Estados miembros. En este Informe se detectaban desajustes entre la asistencia efectivamente prestada y la facturación realizada. Se trata de problemas de gestión en la facturación que deberían resolverse mediante instrumentos que permitan solventar estos problemas para conseguir cobrar los servicios prestados. En cambio, la reforma va dirigida a la exclusión de determinados colectivos, la mayoría de ellos situados en el ámbito extracomunitario, que no siempre se corresponden con aquellos a los que hace referencia el Informe del Tribunal de Cuentas que como hemos visto corresponde a ciudadanos de la Unión Europea. En el Real Decreto-Ley se invocan fundamentalmente razones de ahorro económico y de descoordinación entre los diversos servicios sanitarios de las Comunidades Autónomas.

Pero aunque estemos ante un principio rector de la política social y económica, en realidad estaríamos tratando con un derecho constitucional cuasi-fundamental y de titularidad universal que, como ya se ha analizado anteriormente mediante la jurisprudencia correspondiente, guarda una relación intrínseca con la dignidad humana y la integridad física. Pues bien, este derecho a la salud y a la asistencia sanitaria desde el año 2000 se fue consolidando en España para los inmigrantes irregulares en casos de urgencia y desde el



año 2009 en casos de atención primaria y especializada, siempre que los inmigrantes irregulares estuviesen empadronados.

Así, uno de los puntos más discordantes de la reforma del sistema sanitario llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 16/2012 es que ha supuesto el abandono de una "conquista social" y por ende, un retroceso en la universalidad del sistema sanitario, es el correspondiente a los extranjeros irregulares, ya que se les priva de cualquier tipo de protección a su derecho a la salud mediante la preceptiva condición de asegurado o beneficiario impuesta por la reforma que viene a sustituir la condición de empadronado que se exigía antes a este tipo de colectivos y que les daba titularidad para ser beneficiarios de la asistencia sanitaria nacional, hecho que antes de la reforma si estaba previsto en nuestra legislación.

El Real Decreto-Ley ha supuesto, considero, un retroceso en nuestro sistema sanitario ya que se ha privado de estas prestaciones sanitarias a los inmigrantes irregulares empadronados dando un paso atrás a lo que durante años ha significado una conquista social. La doctrina fijada por el TC en su STC 97/1990, de 24 de mayo, conlleva la consideración de dos teorías. Por un lado, si se contempla el derecho a la salud como un derecho únicamente de carácter prestacional no procedería aplicar la teoría de la "irreversibilidad" de las conquistas sociales, es decir, no se tendría que volver a aquella situación en la cual se establecía un sistema asistencia sanitaria universal a todos aquellos colectivos que se encontrasen en una situación irregular en España. Por otro lado, si tenemos en cuenta el derecho a la salud como un derecho conectado con otros derechos fundamentales podría admitirse un cierto grado de "irreversibilidad", dando

origen a la justificación por el legislador de todas las medidas limitadoras del derecho configurado legalmente con la finalidad de evitar restricciones desproporcionadas de las conquistas sociales.

Tratándose de un derecho que lleva arraigado en la sociedad durante años y por lo tanto ha supuesto una verdadera conquista social, un determinado nivel de protección, hay que exigirle al legislador un comportamiento más específico, especial y riguroso de las limitaciones llevadas a cabo, teniendo en cuenta además de que estas medidas restrictivas comprenden diferencias de trato entre personas por razón de su nacionalidad (nacionales y extranjeros) o de su situación administrativa en el país (extranjeros regulares e irregulares) .

La crisis económica ha puesto de relieve la necesidad de establecer medidas de estabilidad presupuestaria y contención del déficit para garantizar la viabilidad y sostenibilidad del Estado del bienestar. Ello ha planteado la posibilidad de reconsiderar la titularidad y el alcance de las prestaciones sociales, por las dificultades en asumir el gasto que pueda producir su crecimiento ilimitado en un contexto de escasez de recursos. Como se ha señalado, "el curso de los acontecimientos confirma que se impone la propuesta reductora del acceso y contenido de las prestaciones en aras de unas exigencias financieras que están condicionadas por datos económicos más próximos a la primacía del mercado que a la realización del modelo del Estado Social".

En el proceso de reconstrucción de los derechos sociales la doctrina ha acudido a diversas categorías jurídicas para asegurar el contenido mínimo del derecho. Entre estas fórmulas encontraríamos la del



contenido esencial, la de las condiciones básicas y la garantía institucional para delimitar el alcance de la posible reversión y establecer una resiliencia de los derechos sociales. Este contenido mínimo vendría delimitado por la evolución en cada momento histórico que fuera adecuado con la dignidad de la persona . Contenido que, en cualquier caso, supondrá un límite indisponible por el legislador. En cuanto al contenido mínimo de estos derechos, cobran especial relevancia los principios de razonabilidad y de proporcionalidad para valorar el alcance de la regulación legal de los derechos sociales. Parámetros jurídicos que son utilizados por el TC y que permiten establecer un adecuado equilibrio entre la prioridad de aplicar medidas de contención en períodos de crisis económica con la no menor necesidad de garantizar un contenido mínimo imprescindible de los derechos sociales que son los que permiten hacer realidad la cláusula del Estado social.

El carácter universal del derecho a la salud se deduce del vocablo “toda persona” utilizado por estos textos internacionales para designar al titular de este derecho. La universalización de este derecho radica precisamente en la figura de la titularidad, ya que es independiente de la condición de nacional o extranjero y más concretamente de la situación legal o administrativa de aquel en España, y se aleja de la condición de trabajador o asegurado que está vigente en estos momentos en nuestra legislación en materia de extranjería para obtener la debida asistencia sanitaria.

Además, “El Tribunal Constitucional, al examinar la constitucionalidad de la medida limitadora del derecho a la salud de los inmigrantes irregulares, habría de valorar si dicha restricción, introducida por el legislador

de urgencia, conforme a lo económicamente posible, respeta o no su contenido esencial y si supera o no los criterios del principio de proporcionalidad: idoneidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto”.

Desde esta perspectiva, un análisis relevante es el manifestado en el ATC 239/2012. El Tribunal lleva a cabo una ponderación de intereses generales: por un lado el interés general determinado por el beneficio económico y el ahorro que supone para el Estado las medidas adoptadas con la redefinición del ámbito de los beneficiarios del sistema público de salud y por otro, el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el artículo 43 CE. Así de este modo, razona su resolución estableciendo que “el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado”.

El interés económico de estas medidas no es motivo suficiente para explicar por qué no hay existen fondos públicos para atender prestaciones que antes sí estaban cubiertas. El legislador no puedo apoyar su razonamiento en un argumento meramente económico para limitar rigurosamente un derecho con carácter cuasi-fundamental debido a la conexión tan íntima y personal que tiene con derechos como la vida e integridad física (15CE) y la dignidad humana (10 CE), todos ellos reconocidos por la Constitución como fundamentales.

Con todo lo expuesto en estas últimas líneas se podría llegar a la conclusión de que las medidas llevadas a



cabo para la limitación de este derecho podrían ser objeto de inconstitucionalidad por vulnerar un derecho fundamental en su dimensión prestacional. Así, existe doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que nos dice que ciertos derechos sociales pueden interpretarse por su vinculación con derechos fundamentales.

Recientemente se ha establecido un indicio de esta tendencia a vincular ciertos derechos sociales "sensiblemente protegidos" como es el derecho a la salud en este caso, con derechos fundamentales. Así, en el ATC 239/2012 de 12 de Diciembre. En él se establece el levantamiento de la suspensión de vigencia y aplicación de determinados preceptos del Decreto 114/2012, de 26 de junio, del Gobierno del País Vasco, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi. El Tribunal lleva a cabo una ponderación de intereses generales. Por un lado "el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro vinculado a las medidas adoptadas por el Estado al redefinir el ámbito de los beneficiarios del sistema público de salud", y por otro lado, "el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE". Este levantamiento se refiere a los preceptos que afectan a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita.

La razón fundamental en la que se apoya el TC para decretar el levantamiento es la consideración del mandato del artículo 43 CE que se dirige a todos los poderes públicos para garantizar la protección de la salud a todos los ciudadanos y "la vinculación entre el principio rector de la política social y económica del art. 43 CE y el art. 15 CE, que recoge el derecho

fundamental a la vida y a la integridad física y moral". El Tribunal entiende que "los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles".

Además de la vinculación de este derecho con la integridad física, el Tribunal aporta otra razón determinante de carácter socioeconómico para levantar la suspensión de la vigencia de determinados preceptos del País Vasco. Esta razón socioeconómica consiste en "que el derecho a salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado".

Un dato de gran trascendencia sobre el levantamiento de esta suspensión es la duda de cuál hubiese sido la decisión adoptada por el Tribunal si el Gobierno de la nación hubiese cuantificado de manera expresa el perjuicio económico que para la Hacienda Estatal supone la extensión de la cobertura sanitaria realizada por el Decreto vasco. Lo que se está planteando mediante esta duda es la posibilidad de que prevalezca el interés general de control del déficit sobre el interés público de protección de la salud y de la integridad física de las personas. Cabe cuestionarse, no obstante, el planteamiento de qué hubiera sucedido, cuál hubiera sido la solución del Tribunal, si el Gobierno vasco hubiese aportado los argumentos y datos suficientes que justificaran que la suspensión de la decisión recurrida en relación con el porcentaje de la prestación farmacéutica supone una lesión del derecho a la salud.



III. CONCLUSIONES

1- La reforma que se lleva a cabo por el Real Decreto-Ley 16/2012, privando de la mayoría de las prestaciones sanitarias a los extranjeros en situación administrativa irregular, precisamente el colectivo más perjudicado por la crisis económica y el desempleo, significa un paso atrás en el proceso de universalización de la sanidad pública y un retroceso importante en el disfrute y tutela de uno de los derechos constitucionales cuasi-fundamental más relevantes, el derecho a la salud, además del abandono absoluto de una conquista social arraigada y reconocida en el territorio nacional durante muchos años.

2- La titularidad del derecho de acceso a la prestación sanitaria gratuita financiada con cargo a fondos públicos queda condicionada a que se ostente la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud.

3- Los extranjeros recibirán asistencia sanitaria sólo cuando estén registrados o autorizados como residentes en España. En contraposición a esta medida, la regulación ya derogada permitía que los extranjeros sin residencia legal en España pudieran obtener asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, siempre que estuvieran inscritos en el padrón del municipio donde residían habitualmente, perjudicando claramente esta medida a los extranjeros irregulares.

4- El régimen sanitario de las Comunidades Autónomas, es poco uniforme, es decir, existen normas autonómicas de diverso y desigual contenido y algunas

de ellas ha sido objeto de mucha problemática sobre todo en los regímenes forales:

- En primer lugar, encontramos Comunidades Autónomas que aplican de forma inmediata el Real Decreto-Ley 16/2012, negando la tarjeta y la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, salvo en los supuestos contemplados en el propio Real Decreto-Ley: atención en urgencias, mujeres embarazadas y menores de edad.
- En segundo lugar, nos encontramos con Comunidades Autónomas que no aplican el Real Decreto-Ley 16/2012 y adoptan su propio sistema sanitario beneficiando en la medida de lo posible la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, atribuyendo a los inmigrantes irregulares el acceso a las prestaciones sanitarias del servicio de salud autonómico en las mismas condiciones que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma. No obstante, se exige el cumplimiento de unos requisitos: carecer de otro sistema de cobertura sanitaria, el empadronamiento por un periodo de tiempo mínimo en un municipio de la Comunidad Autónoma y no superar una cuantía de ingresos determinada.
- En tercer y último lugar hay Comunidades Autónomas que adoptan una posición intermedia, no rechazando plenamente el Real Decreto-Ley 12/2016, las cuales han desarrollado otros mecanismos para continuar prestando asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares; mecanismos como reconocer la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, teniendo como obligación pagar los servicios prestados, estamos ante el caso de la suscripción del inmigrante irregular a un convenio especial para recibir la correspondiente asistencia sanitaria.



5- El Tribunal Constitucional ha desarrollado una clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros:

- En primer lugar, se situarían aquellos derechos fundamentales que corresponden a los extranjeros en condiciones plenamente equiparables a los españoles.

- La segunda categoría abarcaría a los derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros los reconocidos en el artículo 23 CE.

- La tercera categoría de derechos comprenderían aquellos que corresponden a los extranjeros en la medida en que así lo reconozcan los tratados y las leyes. Es decir, se trata de aquellos derechos que la Constitución no atribuye directamente a los extranjeros, pero que el legislador puede extender a los no-nacionales "aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles". Aquí se encuadraría el derecho a la salud.

El derecho a la salud es un derecho de configuración legal debido a su carácter prestacional y a su denominación como principio rector y no como derecho fundamental, por lo tanto pasa a ser regido por el legislador, el cual tiene la potestad de equipararlo o no a los derechos de los españoles, abogando éste por la segunda opción en la mayoría de los casos.

6- La Constitución reconoce la salud como un bien jurídico digno de tutela por el ordenamiento, tanto desde una perspectiva individual (derecho a la protección de la salud), como colectiva (protección de la salud pública). Estas dos categorías se han visto vulneradas, en primer lugar, la protección de la salud por el desamparo sanitario que se ha sometido a los

inmigrantes irregulares negándoles asistencia sanitaria y en segundo lugar la protección de la salud pública, cometiendo la enorme negligencia de poner en peligro la salud del resto de la sociedad.

7- La privación a los extranjeros en situación irregular de las prestaciones podría ocasionar la aparición de problemas de salud pública, ante el riesgo de que un sector de la población enferma del país no disponga de atención médica.

8- El interés económico de estas medidas no es motivo suficiente para limitar rigurosamente el derecho a la protección a la salud, el legislador no puede basar su razonamiento en un argumento meramente económico.

9- Estamos ante un derecho con carácter cuasi-fundamental debido a la conexión tan íntima y personal que tiene con derechos como la vida e integridad física (art. 15 CE) y la dignidad humana (art. 10 CE), todos ellos reconocidos por la Constitución como fundamentales.

10- España ha ratificado diversos tratados y convenios internacionales estableciendo una régimen universal de la asistencia sanitaria, tomando como referencia la Declaración Universal de Derechos Humanos, que utiliza el vocablo "toda persona" sin hacer ningún tipo de distinción de su situación administrativa o legal, sino que sólo por el mero hecho de ser persona como tal tiene derecho a la salud allá donde este mediante una asistencia médica digna.

11- Recientemente se han creado precedentes para la prestación de los servicios sanitarios a los inmigrantes, sea cual sea su situación administrativa o legal, consiguiendo con ello volver a apoderarse de esa



conquista social-universal que desde el 2012 se ha abandonado. Me estoy refiriendo a los Autos del Tribunal Constitucional 239/2012 y 114/2014, en los cuales establece el levantamiento de la suspensión de vigencia y aplicación de determinados preceptos tanto del Decreto 114/2012, de 26 de junio, del Gobierno del País Vasco como del Decreto Foral de Navarra 117/2012 respectivamente, tales Decretos abogaban por la universalización de la asistencia sanitaria, no aplicando de ninguna forma el RDL 16/2012, estableciendo estos territorios forales un régimen propio al margen de la normativa estatal.

El Alto Tribunal justificó su decisión basándose en los siguientes argumentos:

- La vinculación entre el principio rector de la política social y económica del artículo 43 CE y el artículo 15 CE, que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral que gozan de una protección constitucional más reforzada
- El derecho a salud y el derecho a la integridad física de las personas poseen una importancia relevante en el marco constitucional, tales derechos no pueden verse vulnerados por la mera consideración de un eventual ahorro económico.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- AGUADO I CUDOLÀ, V., "Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del estado del bienestar",

Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardurularitzako Euskal Aldizkaria, nº. 80, 2008, pp.87-110.

- BEATO ESPEJO, M., "El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad", Revista de Administración Pública, nº 119, 1989, pp.379-418.

- BERMEJO VERA, J., Derecho Administrativo. Parte Especial (Tercera Edición). Civitas, Madrid, 1998.

- CANTERO MARTÍNEZ, J., "La configuración legal y jurisprudencial del derecho constitucional a la protección de la salud", Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardurularitzako Euskal Aldizkaria, nº. 80, 2008, pp.15-53.

- CRUZ VILLALÓN, P., "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas", Revista española de Derecho constitucional, nº. 35, 1992, pp.63-84.

- DJAMIL, T. Y KAHALE, C., "La prestación de asistencia sanitaria a los extranjeros en España", Derecho y Salud, Vol. 15, nº. 1, 2007, pp.99-116.

- DELGADO DEL RINCÓN, L.E., "El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares", Revista de estudios políticos, nº. 163, 2014, pp.189-231.

- ESCOBAR ROCA, G., "Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud", Revista de Derecho Político, nº. 71-72, 2008, pp.111-148.

- FERNÁNDEZ SEGADO, F., "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional",



Revista Española de Derecho Constitucional, nº. 39, 1993, p.212.

- GARCÍA HERRERA, M.A., "Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española", Revista de Derecho Político, nº.58-59, 2003-2004, pp.277-304.

- GÓMEZ GALÁN, R., Derechos de las personas en relación con la salud.: Fundamentación jurídica en el ordenamiento español, Tesis doctoral, Universidad de Extremadura (2016).

- JIMÉNEZ CAMPO, J., "El legislador de los derechos fundamentales", UBALDO GÓMEZ, A. (coordinador), Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio de Otto, Universidad de Oviedo, Oviedo 1993, pp.473-510.

- JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, M., "El Derecho Constitucional a la Protección de la Salud", IX Congreso Nacional de Derecho Sanitario, pp.1-30.

- LOMAS HERNÁNDEZ, V., "Asistencia sanitaria prestada en extranjero por una dolencia relacionada con una patología previa del enfermo. STSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 3426/2013 de 27 junio", Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº. 8, 2013, pp.514-515.

- MEDINA GUERRERO, M., La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

- PEMÁN GAVÍN, J.M. Y EZQUERRA HUERVA, A., "El empadronamiento de extranjeros en situación irregular: sobre la capacidad de actuación de los Ayuntamientos al respecto", El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, nº. 11, 2010, pp.72-83.

- PONCE SOLE, J., El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos: las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2013.
- ROCA TRÍAS, E. Y AHUMADA RUIZ, M.^a A., "Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española", Reunión de tribunales constitucionales de Italia, Portugal y España, Roma, octubre 2013.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., "Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: la dialéctica universalidad/ciudadanía", Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº. 63, 2006, pp.249-296.
- SANGÜESA RUIZ, N., "El derecho a la salud de los extranjeros residentes en situación irregular: sobre la legitimidad constitucional del RD-Ley 16/2012", Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR, nº. 13, 2015, pp.233-248.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico, Documento de trabajo Laboratorio de Alternativas, nº. 89, 2006.
- VIDAL FUEYO, C., Constitución y extranjería: los derechos fundamentales de los extranjeros en España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2002.



LEGISLACIÓN

Legislación nacional:

- Constitución Española de 1978.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.
- Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.
- Ley de 14 de diciembre de 1942, de seguro obligatorio de enfermedad.
- Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.
- Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989.
- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.
- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.
- Ley Foral 8/2013, de 25 de Febrero, reconociendo a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria pública gratuita del sistema público sanitario de Navarra.

- Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobado el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.
- Real Decreto 576/2013 de 26 de Julio se disponen los requisitos básicos del convenio especial de prestación sanitaria.
- Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, que se publica en desarrollo del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril.
- Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.
- Decreto 114/2012, de 26 de Junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi.
- Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, en el que se establece el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del Régimen de Universalización de la Asistencia Sanitaria Pública en la Comunidad Foral de Navarra.

Legislación europea e internacional:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.
- Convenio Nº 97 de la Organización Internacional del Trabajo de 1949.



- Carta Social Europea de 1961.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007.

JURISPRUDENCIA

- STSJ de Galicia núm. 3426/2013 de 27 de junio.
- STS de 10 de diciembre de 1986.
- STS de 21 de abril de 1987.
- STS de 17 de Julio de 1997.
- STC 19/1982, de 5 de mayo.
- STC 107/1984, de 23 de Noviembre.
- STC 99/1985, de 30 de Septiembre.
- STC 97/1990, de 24 de mayo
- STC 214/1991, de 11 de noviembre.
- STC 94/1993 de 22 de Marzo.
- STC 242/1994, de 20 de julio.
- STC 96/1995, de 19 de junio.
- STC 130/1995, de 11 de septiembre.
- STC 86/1996, de 21 de mayo.

- STC 95/2000, de 10 de abril.
- STC 95/2003, de 22 de mayo.
- STC 72/2005 de 4 de Abril.
- STC de 236/2007, de 27 de noviembre.
- STC 62/2008, de 26 de mayo.
- STC 17/2013, de 31 de enero.
- ATC 96/2011, de 21 de junio
- ATC 239/2012, de 12 de diciembre.
- STC 17/2013, de 31 de enero de 2013
- ATC 114/2014, de 8 de abril.
- STEDH de 2 de Mayo de 1997.

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

SECCIÓN INTERNACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

"PROPUESTA DE GESTIÓN INTEGRAL DE RESIDUOS ORDINARIOS MEDIANTE EMPRESAS PRIVADAS DE CAPITAL MUNICIPAL"

D. Luis Fernando Barquero Cordero

Trabajo de investigación, requisito para el
Master en Derecho Medioambiental y Sostenibilidad

SUMARIO:

- I. La necesaria discusión sobre la gestión integral de residuos ordinarios en Costa Rica.
- II. La gestión integral de residuos sólidos ordinarios en el marco normativo costarricense.
- III. La imperiosa necesidad de brindar un servicio eficiente para garantizar derechos ambientales fundamentales.
- IV. La potestad municipal para elegir el modelo de administración del servicio de gestión integral de residuos ordinarios.
- V. La constitución de una empresa pública como alternativa para la prestación del servicio de recolección de residuos ordinarios.
- VI. Corolario.
- VII. Abreviaturas
- VIII. Bibliografía.



RESUMEN:

Se propone analizar alternativas jurídicamente viables para resolver en Costa Rica las deficiencias del servicio de gestión integral de residuos ordinarios. La Ley Número 8839 comisiona a las Municipalidades como entes ejecutores de un servicio que actualmente se brinda mediante modelos de gestión directa o esquemas mixtos dónde se subcontratan algunas etapas del proceso. Sin embargo por obligación constitucional y tomando en consideración los principios de autonomía y discrecionalidad administrativa que sustentan su gestión, las Municipalidades pueden -y más allá de eso-, deben valorar y analizar los diferentes modelos de gestión para la prestación del servicio público y así elegir la opción más apropiada, entre estas alternativas se trae a discusión la constitución de empresas privadas de capital público, organizaciones que en un ambiente de competencia, podrían atender de manera eficiente las necesidades sociales actuales y futuras de esta creciente problemática ambiental.

PALABRAS CLAVE: Derecho ambiental, servicio público, municipalidades, residuos ordinarios, empresa pública.

ABSTRACT:

It is proposed to analyze legally viable alternatives to resolve deficiencies in the waste management in Costa Rica. The law number 8839 delegates municipalities as executors of a service, that is currently provided by direct management or mixed management models, where a few stages of the process are managed by subcontracts. Nevertheless, by constitutional obligation and taking into consideration the autonomy and discretional management principles that supports their administration, municipalities can -and beyond that-

should considered and analyze the different management models to provide public services. Therefore they have to choose the most appropriate one, among these alternatives it is brought to discussion the creation of private companies made out of public money. Those organizations, in a competitive environment, could attend diligently societies' needs for today and tomorrow of this growing environmental issue.

KEYWORDS: Environmental law, public service, municipalities, ordinary waste, Public company.

I. LA NECESARIA DISCUSIÓN SOBRE LA GESTIÓN INTEGRAL DE RESIDUOS ORDINARIOS EN COSTA RICA.

Vivimos en una economía de consumo, pero esta aseveración implica necesariamente que también en una economía de residuos, así lo apunta el Banco Mundial cuando advierte que la generación de residuos se encuentra ligada al crecimiento urbano, económico e industrial, estimando que en el planeta los residuos urbanos crecerán cerca de un 70% para el 2025 y para el caso específico de Costa Rica en un 119%⁷⁰. Esta referencia resulta suficiente justificación para prestarle

⁷⁰ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. (2016). INFORME N.º DFOE-DL-IF-00001-2016 AUDITORIA OPERATIVA RECOLECCIÓN DE RESIDUOS ORDINARIOS. DIVISIÓN DE FISCALIZACIÓN OPERATIVA Y EVALUATIVA. Recuperado el 1 de Mayo de 2017, de https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docs_cgr/2016/SIGYD_D_2_016002526.pdf



importancia a los problemas ambientales que pueden generarse producto de una ineficiente gestión de los residuos.

Ante estos vaticinios Costa Rica promulga en el año 2010 la Ley para la Gestión Integral de Residuos número 8839⁷¹, la cual plantea un cambio sustancial en lo que respecta al servicio de recolección, tratamiento y disposición final de residuos. El servicio público que anteriormente se planteaba como la simple obligación de la Administración de realizar la recolección de basura, se convierte con esta Ley en un proceso integral que plantea, al menos desde el ideal legislativo, una gestión selectiva accesible, periódica y eficiente de los residuos para todos los ciudadanos.

En procura de confrontar dichas expectativas contra la realidad nacional en febrero del 2016 la Contraloría General de la República publicó un informe denominado "AUDITORIA OPERATIVA DE LA RECOLECCIÓN DE RESIDUOS ORDINARIOS"⁷², en el cual se identifican algunos hallazgos que en suma deben ser una alarma importante para el sector académico, ya que entre otros señalamientos indican que las Municipalidades – que son los órganos ejecutores⁷³–, muestran debilidades y limitaciones que impiden la prestación del servicio con los estándares de eficacia y eficiencia que pretendía la Ley.

⁷¹ Específicamente la ley fue promulgada el 24 de junio del 2010.

⁷² CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. (2016). *Ibíd.*

⁷³ De conformidad al Código Municipal, en su artículo 74 y la Ley 8839 en su artículo 8.

En alcance del estudio incluye las 81 Municipalidades realizando un mapeo científico de la situación actual a nivel nacional, determinando que:

- En 70 de las 81 Municipalidades, existen comunidades⁷⁴ que no tienen acceso al servicio de recolección.
- A nivel nacional aún existe un 15% de viviendas que no tienen acceso al servicio de recolección por lo tanto recurren a métodos alternativos como la quema, el enterramiento o la disposición en botaderos clandestinos.
- Las Municipalidades recuperaron un incipiente 1,26% de materiales para revalorización, es decir; recuperaron apenas 12.100 toneladas de un total de 961.500 toneladas que terminaron en rellenos sanitarios o en vertederos municipales.
- La pérdida de eficiencia en la recuperación de residuos valorizables implica una fuga de recursos económicos y oportunidades de empleo.
- A su vez acelera el agotamiento de los rellenos sanitarios disponibles e incrementa el costo del servicio de disposición de residuos hasta de un 118%.
- Algunas Municipalidades subcontratan el servicio de recolección, sin embargo la mitad de los camiones recolectores municipales no se encuentran en óptimas condiciones operando con altos costos de mantenimiento.
- En el año 2014, los 81 gobiernos locales destinaron aproximadamente 63.5 millones de dólares a las labores relacionadas con la recolección de residuos

⁷⁴ Se estima que alrededor de 87 distritos de 481 es el número de comunidades que no tienen acceso a dicho servicio municipal.



ordinarios, lo cual representó alrededor de un 10% del total de los presupuestos municipales ejecutados para ese año.

- También para el 2014, 30 Municipalidades presentaron déficit presupuestario en el servicio de recolección de residuos sólidos.
- La morosidad promedio en el pago de las tasas de servicio de recolección alcanza el 40% de la Municipalidades.
- Y en 28 Municipalidades tienen más de un año de no actualizar la tasa del servicio.

Todo lo anterior resultó concluyente para que la Contraloría dictaminara finalmente "que la mayoría de gobiernos locales no han demostrado que el servicio de recolección de residuos a su cargo, se brinde en apego a principios de eficacia y eficiencia, de modo que se atiendan completamente las necesidades de todos los habitantes del cantón en esta materia, y a su vez, se garantice la prestación de un servicio con la mejor calidad, con procesos de recolección optimizados, al menor costo posible y orientado a evitar que se siga desperdiciando el valor que realmente tienen los residuos ordinarios."

Esta clara problemática sugiere a su vez una pregunta obligatoria; ¿cómo volver eficiente la gestión integral de los residuos sólidos en Costa Rica? Este planteamiento despertará consecuentemente una serie de acuciosas dudas, por ejemplo; « ¿es posible alcanzar una gestión eficiente o es la Ley un ideal imposible?», « ¿existe interés nacional en alcanzar eficiencia en la gestión?» y aún más allá « ¿por qué es tan ineficiente la gestión?», todas estas preguntas resultan validas e indispensables para avanzar.

Sin embargo, el planteamiento del presente estudio va a tratar de responder a la pregunta inicial bajo algunos supuestos; el primero de ellos es que si bien la Ley puede resultar ambiciosa en cuanto a sus pretensiones, lo cierto es que su formulación obedece a la necesidad inminente de garantizar a corto plazo y a las generaciones futuras un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, lo cual de todos modos es un mandato constitucional⁷⁵. Por lo tanto se dará por sentado que los alcances de la Ley no son aspiraciones inalcanzables sino obligaciones taxativas.

Otro supuesto del cual vamos a partir es el hecho de que existe un interés nacional y desde todos los sectores en construir una sociedad eco eficiente, es decir, eliminando de la pregunta inicial influencias o distorsiones que provengan de grupos de intereses económicos o políticos que puedan incidir negativamente en la optimización de la gestión integral de los residuos sólidos.

Finalmente y como parte de la hipótesis que se pretende plantear, se establecerá como un supuesto que la principal razón por la cual la gestión integral de los residuos sólidos en Costa Rica no resulta eficiente,

⁷⁵ En Costa Rica, la Ley No.7412 de 3 de junio de 1994 modifica el artículo 50 Constitucional para que se lea: "El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes."



es por la incapacidad operativa y administrativa de los gobiernos locales.

Esta última aseveración es claramente debatible, un argumento sensato en este sentido sería apuntar como responsable al escaso tiempo de maduración con el cual cuenta la Ley, la cual fue promulgada en el 2010. Sin embargo, durante los últimos años los gobiernos locales no han generados los avances que se requieren para enfrentar un problema que se agrava exponencialmente, por esta razón el presente análisis tomará como consenso la tendencia que se observa en los países occidentales durante los últimos años, es decir, aceptando la necesidad de reducir la participación de la Administración en los servicios públicos en procura de acreditar mayor eficiencia y satisfacción del interés público⁷⁶.

En este mismo orden de ideas se sostiene como tesis que para mejorar la gestión integral de residuos sólidos en Costa Rica, resulta necesario un diálogo nacional que conduzca a elegir con mayor tino el modelo administrativo con el cual ejercer dicha competencia del Estado.

Para iniciar esta discusión el presente documento propone valorar una alternativa; la constitución de empresas privadas de capital público como mecanismo jurídico viable para la consecución de la Ley.

⁷⁶ Feliu, J. M. (2016). REMUNICIPALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS LOCALES Y DERECHO COMUNITARIO. EL CRONISTA DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO, 50-71.

Esta breve exploración académica, reconoce que no logrará agotar la totalidad de alternativas jurídicas, así mismo tampoco pretende realizar un trabajo plenamente exhaustivo, sino más bien, busca incluir nuevas variantes en una conversación que se encuentra aún prematura en el país.

II. LA GESTIÓN INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS ORDINARIOS EN EL MARCO NORMATIVO COSTARRICENSE.

Abordar adecuadamente la gestión de residuos implica intrínsecamente afrontar problemáticas ambientales, económicas, institucionales y sociales. Estos retos se van a agrupar con diferentes particularidades respecto a cada núcleo poblacional de acuerdo a tres variables⁷⁷. Primero la condición socioeconómica, siendo por lo general que los sectores de mayor poder adquisitivo son también los generadores de mayor producción de residuos. Después, la cantidad de habitantes que conforman el ejido urbano, su distribución y la planificación del uso del suelo infieren en la cantidad y calidad de los residuos, y finalmente el factor cultural, o siendo más específico los hábitos de consumo y los sistemas de producción de cada sociedad.

Para enfrentar simultáneamente todos los frentes y retos que representa armonizar los intereses de la

⁷⁷ Rollandi, R. (2014). PROBLEMÁTICA DE LA GESTIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS EN LAS MEGACIUDADES. IC LATINOAMÉRICA. Obtenido de http://www.ic-latinoamerica.com/descargas/pdf/articulos_interes/2012-04_problematika_de_la_gestion.pdf



sociedad las sociedades han recurrido al concepto de *gestión integral de los residuos*, que consensualmente se abrevia por su acrónimo GIR, y que se entiende por aquel "conjunto de acciones normativas, operativas, financieras, de planeación, administrativas, sociales, educativas, de monitoreo, supervisión y evaluación, para el manejo de residuos, desde su generación hasta la disposición final, a fin de lograr beneficios ambientales, la optimización económica de su manejo y su aceptación social, respondiendo a las necesidades y circunstancias de cada localidad o región."⁷⁸

Justo es esta la visión que pretende recoger Costa Rica al promulgar la Ley 8839 que tiene por objeto regular la gestión integral de residuos y el uso eficiente de los recursos, según su artículo primero.

Este planteamiento legislativo, establece que un residuo es cualquier material sólido, semisólido, líquido o gas, cuyo generador o poseedor debe o requiere deshacerse de él, y que puede o debe ser valorizado o tratado responsablemente o, en su defecto, ser manejado por sistemas de disposición final adecuados.

A su vez la legislación clasifica los residuos en tres categorías; siendo lo que corresponden a esta investigación los residuos ordinarios, entendidos como aquellos de carácter doméstico generados en viviendas y en cualquier otra fuente, que presentan composiciones similares a los de las viviendas.

De esta acepción tan general, se excluyen las otras dos categorías; los residuos peligrosos y los especiales, los primeros son aquellos que por su reactividad química y

⁷⁸ Iza, A., & Aguilar Rojas, G. (2009). DERECHO AMBIENTAL EN CENTROAMÉRICA TOMO II. Suiza: UICN, Gland.

sus características tóxicas, explosivas, corrosivas, radioactivas, biológicas, bioinfecciosas e inflamables, o que por su tiempo de exposición puedan causar daños a la salud y al ambiente

Y los de manejo especial se definen como los que por su composición, necesidades de transporte, condiciones de almacenaje, formas de uso o valor de recuperación, o por una combinación de esos, implican riesgos significativos a la salud y degradación sistemática de la calidad del ecosistema, por lo que requieren salir de la corriente normal de residuos ordinarios.

En esta línea de residuos especiales, también vamos a encontrar entonces los vertidos gaseosos y los líquidos que cuentan con su propia normativa especial, delimitándose entonces el presente estudio en la gestión integral de los residuos sólidos ordinarios, o como también se les conoce; *residuos ordinarios*.

Y bajo esta óptica de la GIR la legislación aborda el término de *jerarquización de los residuos*⁷⁹, que no es otra cosa que el abordaje de las etapas de la GIR en atención al ciclo de vida de los productos, en un esfuerzo por responsabilizar, internalizar costos y prevenir desde la fuente la generación de nuevos residuos.

La intervención de la Ley 8839 comienza por prevenir la *generación* de residuos en origen con un doble propósito, primero para prevenir la proliferación de vectores relacionados con las enfermedades infecciosas y luego para minimizar la contaminación ambiental.

⁷⁹ Artículo 4 de la Ley 8839.



Quienes producen o generan residuos reciben el nombre de “*generadores*”, y la ley 8839 los responsabiliza por igual, ya sean personas de carácter público o privado. Así mismo, se clasifican por el tipo de residuo, en generadores de residuos peligrosos, especiales u ordinarios, pero para los efectos de esta investigación los generadores de residuos sólidos ordinarios, seguirán identificándose simplemente como *generadores*.

En la lógica de *gestión integral*, los generadores son los primeros en ser llamados a minimizar la producción de residuos y en este sentido la ley ofrece algunas pautas e instrumentos para lograr esta reducción en la fuente. Entre otras, habilita al poder ejecutivo⁸⁰ a promover la importación, fabricación y comercialización de productos que favorezcan la gestión integral de residuos, así como prohibir la importación de materiales cuya valorización o gestión integral sea limitada o inexistente en el país.

Sin embargo, son finalmente los consumidores los que tienen la posibilidad de minimizar, mediante la reutilización, rechazo, y sustitución de productos la cantidad de residuos que producen, y en procura de esto la misma ley ha comisionado al Consejo Nacional de Educación la creación de un plan de educación transversal en todo el sistema de enseñanza nacional.

Esta misma lógica debería alcanzar no solo al generador doméstico, sino también al comercial y al industrial, minimizando la generación de residuos

⁸⁰ En el artículo 22 de la Ley 8839. Habilita al Ministerio de Salud, en coordinación con el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones para tomar estas medidas especiales.

mediante de la reutilización de aquellos ya generados en la misma cadena de producción o en otros procesos. La siguiente etapa, es la *separación* en origen, que implica una nueva responsabilidad por parte del generador, lo cual debe ser atendido mediante un proceso de sensibilización y educación, para que el generador desarrolle los hábitos necesarios para disponer y clasificar los residuos en las categorías de recolección que ofrezca los sistemas de disposición final.

Lo que conduce inmediatamente a la siguiente etapa; la *recolección* que consiste en el servicio público (en ocasiones prestado por entes de derecho privado) de acopiar sistemáticamente los residuos sólidos ordinarios ya generados.

Para estos efectos las Municipalidades establecen puntos de recolección, o como es más común, prestan un servicio de transporte a domicilio de recolección dónde se retiran los residuos generados en la fuente, dentro de un sistema de categorías que permitan la revalorización de los mismos, en este sentido la Estrategia Nacional de Separación, Recuperación y Valorización de Residuos 2016-2021 promueve la utilización de las siguientes categorías: *orgánicos* que son todo los residuos compostables de origen vegetal, *envases*, que incluye los envases de plástico y tetrapak, *aluminio*, que incluyen también envases de latón y hojalata, *papel*, dónde se incluye el cartón y una categoría final denominada *residuos ordinarios* dónde se dispone todos los que no pertenecen a las otras categorías.

Una vez que el residuo pasa de parte del generador a manos de la Municipalidad, esta es responsable de su tratamiento, lo que implica al inicio una etapa de



transporte, que consiste en el traslado desde el lugar de recolección hasta los centros de selección y transferencia o bien a los sitios de tratamiento y disposición final, dependiendo de si trata de residuos valorizables o no.

Los centros de transferencia son instalaciones habilitadas dónde los residuos ordinarios comunes y los valorizables son acopiados y acondicionados para su traslado a la última etapa denominada *disposición final*. El *tratamiento y disposición final* se lleva a cabo en sitios especialmente acondicionados y habilitados para estos fines tales como los rellenos sanitarios o plantas de incineración, aunque la ley en este sentido promueve la recuperación de materiales sobre otras opciones como el aprovechamiento energético.

De tal manera, son múltiples las etapas que conllevan la ejecución de un servicio público integral de gestión de residuos sólidos, quedando evidenciado, que va más allá de la simple recolección como saneamiento de las urbes y más bien como un proceso sistemático que procura la sostenibilidad ambiental.

Así expuesto, el objeto de estudio aquí abordado es identificar un camino viable para optimizar las partes de dicho sistema que le corresponden ejecutar al sector municipal, que para los efectos se entenderán como la gestión integral de residuos sólidos, que debería incluir consecuentemente con la Ley; desde la sensibilización y educación de los generadores, la urgente recuperación de residuos valorizables y hasta la disposición final del resto de los residuos.

III. LA IMPERIOSA NECESIDAD DE BRINDAR UN SERVICIO EFICIENTE PARA GARANTIZAR DERECHOS AMBIENTALES FUNDAMENTALES.

El simple hecho de no brindarse en la actualidad un servicio eficiente de recolección, es una violación de carácter constitucional que incluso alcanza disposiciones de carácter internacional.

Para el jurista costarricense PEÑA CHACÓN "por medio del orden público ambiental el Estado busca la satisfacción de los intereses del conjunto social (interés público ambiental) que además representan un orden inter e intrageneracional, mismo que se vio consolidado a partir de la reforma operada en 1994 al artículo 50 constitucional, al reconocer un modelo de desarrollo económico y social respetuoso y coherente con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado para las generaciones presentes y futuras, como primer paso para la consolidación de un Estado Social y Ambiental de Derecho."⁸¹

Este planteamiento parte de que el Derecho ambiental tiene un carácter finalista, ya que tutela los bienes jurídicos de más alto rango, como la vida, la salud y el equilibrio ecológico a través de un orden público ambiental. Dicho de otra manera, se trata de un instrumental jurídico que inicia en los tratados internacionales, se permea en la Constitución y desemboca en las leyes y los reglamentos, pero que también se nutre de normas no escritas como la

⁸¹ Peña Chacón, M. (2016). *Derecho Ambiental Efectivo* [recurso electrónico]. San José: PPD Universidad de Costa Rica.



costumbre, la jurisprudencia y particularmente de los principios generales del derecho ambiental.

Continúa explicando el profesor PEÑA CHACÓN como el Tribunal Constitucional por vía jurisprudencial elevó los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos por encima de la Constitución Política⁸², previo a esto, ésta misma instancia judicial reconoció que los Derechos Ambientales forman parte de los Derechos Humanos⁸³ y finalmente dotó a dichos instrumentos internacionales de obligatoriedad y ejecutoriedad a nivel nacional⁸⁴. Esto constituye que el marco constitucional de los derechos humanos ambientales se encuentre integrado también por los distintos instrumentos de derecho ambiental internacional.

Partiendo de lo anterior, se concluye que la hermenéutica de los derechos ambientales debe ejercerse en estricta consonancia con los principios establecidos en los distintos instrumentos internacionales suscritos por Costa Rica en materia de los derechos humanos ambientales, entre otros, por la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, Declaración Americana de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y

⁸² Sentencia Nº 1995-2313 de la Sala Constitucional.

⁸³ Sentencia Nº 1994-2485 de la Sala Constitucional.

⁸⁴ Sentencias Nº 1993-6240, Nº 1992-3435 y Nº 1995-2313 de la Sala Constitucional.

Culturales (Pacto de San Salvador), viéndose además reforzado por las declaraciones de principios ambientales de Estocolmo 1972 sobre Medio Ambiente Humano, Río 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Johannesburgo 2002 sobre Desarrollo Sostenible, la Declaración Río+20 del 2012 y el recientemente el Acuerdo de Paris COP21.

De la lógica expuesta, un servicio público que pretende salvaguardar los derechos humanos ambientales, tal como el de saneamiento mediante la recolección de residuos sólidos ordinarios, debería, en primera instancia ser operado bajo los principios rectores del derecho ambiental, de otro modo estaríamos ante un claro incumplimiento constitucional.

En este gran conjunto de normativa internacional suscrito por Costa Rica existen múltiples abordajes a los principios que rigen la materia ambiental, sin embargo para poder realizar un acercamiento sintético a estos principios vale la pena recurrir a un rápido esbozo del planteamiento que hace el profesor ORTEGA ÁLVAREZ para su clasificación y conceptualización⁸⁵.

Para este autor español los principios del derecho del medio ambiente deben de considerarse en dos grupos; los principios estructurales y los principios funcionales. Los primeros son aquellos que ordenan la materia ciñéndola de características propias frente a otras ramas del derecho, mientras que los funcionales desarrollan el instrumental jurídico que orienta el

⁸⁵ Ortega Alvarez, L. (2005). *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*. España: Lex Nova.



camino para alcanzar una adecuada protección del medio ambiente.

Esta óptica considera el medio ambiente como el objeto de tutela de esta rama jurídica, y en esta dirección resulta indispensable entender que el Planeta es uno y que si bien el ser humano en su organización crea naciones y fronteras, una correcta protección del planeta requiere de un esfuerzo transfronterizo, a este primer principio estructural se le determina como *globalidad*.

Por otro lado, para construir el universo normativo que requiere la protección del medio ambiente, es necesario acudir a un segundo principio estructural, el de *horizontalidad*. Dado que el derecho de medio ambiente no es una rama que pueda ser contenida en un conjunto de normas específicas por lo que resulta forzoso una aplicación transversal en el ordenamiento jurídico, compartiendo así espacios con otras ramas del derecho.

Los otros dos principios estructurales son el de *sostenibilidad* y el de *solidaridad*, el primero evoca el equilibrio y proporcionalidad que debe existir entre la protección del ambiente y el desarrollo económico, mientras el segundo es una respuesta a las asimetrías que puedan ser identificadas en los distintos actores o grupos de interés con incidencia en el medio ambiente en procura de equiparar la compensación de los sacrificios que se realicen en el ejercicio normativo.

Luego, para garantizar la protección del medio ambiente resulta necesario equiparar su valor jurídico al de la vida, por ser en esencia el primero indispensable para el segundo, de tal forma su protección se vuelve homológamente importante y

tomar las medidas que resulten necesarias configura el primero de los principios funcionales, el de *prevención*, el cual a su vez contiene el sub principio de *cautela*, el cual dicta que en caso de peligro o daño grave, la falta de certeza científica no configura motivo para posponer las medidas preventivas que sean necesarias.

Después, el principio funcional de *causalidad*, entiende que las actividades humanas se encuentran interrelacionadas y responden a una concatenación de actos que en ocasiones son difíciles de trazar, de tal manera que resulta indispensable una actividad normativa que regule no solamente el tramo final del deterioro ambiental, sino que realice una correcta prevención o corrección desde su fuente. A este principio se suma el sub principio de *no traslación*, entendiendo esto como la responsabilidad que tiene dicha fuente de no trasladar el deterioro ambiental lejos de sí para evitar el nexo de responsabilidad.

Finalmente se tiene el principio que se define como *integración de los costes ambientales*, es el último de los principios funcionales, se explica desde la economía ambiental y persigue una traducción pecuniaria a la responsabilidad ambiental bajo el precepto de "quien contamina paga", de tal manera que exige la compensación (positiva o negativa) de las actividades generadas.

Toda esta explicación es necesaria para para reconocer que el modelo administrativo que actualmente han elegido las Municipalidades para la gestión integral de residuos ordinarios es ineficiente, de tal manera que atenta contra los compromisos jurídicos que Costa Rica ha venido asumiendo por medio de tratados internacionales y constituye en pleno termino a un incumplimiento constitucional.



Conclusivamente, los mismos principios del derecho ambiental, funcionan en la presente exposición como un instrumento orientador, mediante el cual se fundamenta la necesidad de valorar modelos de administración alternativos, de manera que las Municipalidades puedan prestar el servicio de gestión integral de residuos ordinarios con plena atención al marco de derecho internacional y al mandato constitucional.

IV. LA POTESTAD MUNICIPAL PARA ELEGIR EL MODELO DE ADMINISTRACIÓN DEL SERVICIO DE GESTIÓN INTEGRAL DE RESIDUOS ORDINARIOS.

La Ley 8839 encomienda a las Municipalidades la prestación del Servicio Público de Recolección. La mayoría de los cantones se inclinan por un sistema propio o mixto. Propio, cuando las Municipalidades deciden gestionar el servicio utilizando y operando sus propios recursos, por ejemplo; su presupuesto, maquinaria y personal, y mixto cuando delegan algunas etapas del servicio a sub contratos.

Los mixtos normalmente operan mediante esquemas de contratación administrativa, dónde una empresa privada realiza la etapa de *recolección y transporte*, y en otros casos se paga a un relleno sanitario privado la *disposición final* de los residuos.

Pero como ya se indicó también en la primera parte de este documento, estos modelos de gestión, no han sabido garantizar una verdadera recuperación de residuos valorizables, limitándose a dar un servicio de recolección, el cual toma distancia del paradigma de la gestión integral de residuos al cual aspira la Ley.

Cómo se explicará de seguido, los gobiernos locales tienen la capacidad jurídica -y más allá de eso-, la obligación, de valorar y tomar en consideración la distintas opciones de modelos de gestión mediante las cuales se puede brindar el servicio en procura de la satisfacción del interés público y la operación armónica de los principios constitucionales.

Y es que la Ley distribuye responsabilidades en distintos entes de la Administración Pública, mediante las cuales se pretende dar un abordaje integral a los Residuos Sólidos Ordinarios, a continuación se trazan a *grosso modo* las competencias de los dos principales actores; el Ministerio de Salud en su papel de ente rector y las Municipalidades en función ejecutora⁸⁶.

Esta normativa dispone múltiples competencias en la rectoría del Ministerio de Salud, entre las cuales destacan; la emisión de reglamentos⁸⁷, la fiscalización de la correcta ejecución normativa⁸⁸, el desarrollo de

⁸⁶ Aunque la ejecución no recaer de manera exclusiva en las competencias municipales, ya que la Ley 8839 convoca la participación de otros entes públicos como el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, el Ministerio de Agricultura y Ganadería, el Instituto Nacional de Estadística y Censos y el Consejo Superior de Educación.

⁸⁷ Por ejemplo: Reglamento General a la Ley para la Gestión Integral de Residuos, Reglamento para la Gestión Integral de Residuos Electrónicos, Reglamento para la Disposición Final de medicamentos, materia primas y sus residuos, Reglamento Centros de Recuperación de Residuos Valorizables, Reglamento sobre el manejo de residuos sólidos ordinarios, Reglamento General para la Clasificación y Manejo de Residuos Peligrosos y Reglamento para la declaratoria de residuos de manejo especial, entre otros.

⁸⁸ Tanto de la ley como de sus propios reglamentos.



instrumentos técnicos⁸⁹, la coordinación interinstitucional y la definición de indicadores de cumplimiento, entre otras atribuciones.

A nivel de orientación la Ley también establece que será el Ministerio de Salud el encargado de formular y ejecutar la Política y el Plan Nacional para la Gestión Integral de Residuos. La Política actual⁹⁰ incluye la integración de principios ambientales como la responsabilidad compartida, la responsabilidad extendida del productor y la internalización de costos, por lo tanto se encuentra alineada con la Ley y en concordancia con el marco constitucional.

Así, esta Política Nacional establece desde el ámbito económico el desarrollo de estrategias que permitan el financiamiento y la sostenibilidad económica de la gestión integral de residuos a nivel nacional. Entre las estrategias planteadas para esta acometida se encuentra el fomento de inversiones públicas y privadas en la gestión integral de residuos; considerando las economías de escala mediante la promoción, financiamiento e implementación de acciones definidas entre ambos sectores, así como el financiamiento por parte del Sistema de Banca para el Desarrollo de

⁸⁹ Por ejemplo la Metodología para Estudios de Generación y Composición de Residuos Sólidos Ordinarios (Decreto No. 37745-S)

⁹⁰ Para el 2017 se encuentra vigente la Política Nacional para la Gestión Integral de Residuos 2010-2021 disponible en <https://www.ministeriodesalud.go.cr/index.php/biblioteca-de-archivos/sobre-el-ministerio/politcas-y-planos-en-salud/politcas-en-salud/1107-politica-nacional-para-la-gestion-integral-de-residuos-2010-2021/file>

programas y proyectos privados, públicos y comunales en todo el país para la gestión integral de residuos.

De tal manera que el texto reconoce la necesidad de una mayor integración de los sectores, públicos y privados, para alcanzar la inversión necesaria en la GIR, lo cual se traduce lógicamente en el cumplimiento de la misma Ley en el sentido de proveer a la ciudadanía de un servicio eficiente y sostenible.

El *cómo* materializar la Política Nacional, viene definido por el Plan Nacional⁹¹, no obstante este documento omite explicar el camino para alcanzar la necesaria sostenibilidad del servicio público, esta propuesta olvida lo indicado por la Política Nacional en cuanto la necesidad de integrar los sectores públicos y privados y se limita a garantizar la negociación y asignación de presupuestos de la República y a la búsqueda de financiamientos internacionales, siendo que ninguna de estas dos vías dibujan una verdadera ruta de inversión sostenible de un servicio público urgido de un crecimiento robusto para solventar las necesidades sociales.

Pensar que la prestación del servicio público se financie por medio del presupuesto nacional o mediante financiamientos internacionales (rembolsables o no), es un planteamiento que rompe con los principios de responsabilidad compartida, la responsabilidad extendida del productor y la internalización de costos,

⁹¹ Actualmente vigente el Plan Nacional para la Gestión Integral de Residuos Sólidos 2016-2021 disponible en <https://www.ministeriodesalud.go.cr/index.php/biblioteca-de-archivos/sobre-el-ministerio/politcas-y-planes-en-salud/planes-en-salud/3025-plan-nacional-para-la-gestion-integral-de-residuos-2016-2021/file>



ya que asume que otros distintos a los generadores de residuos deben responsabilizarse por sus propios desechos.

Más bien, el Plan Nacional plantea mecanismos de exención tributarias para incentivar la adecuada gestión de residuos por parte de los generadores, lo cual ya es una obligación del productor, siendo esto un camino regresivo en cuanto la sostenibilidad del servicio.

Sin embargo, la escasa dirección política por parte del ente rector para lo referente a la *sostenibilidad del servicio*, resulta de todos modos consecuente con la autonomía municipal, ya que como se explica a más adelante las Municipalidades gozan de autodeterminación para construir soluciones particulares para sus problemas locales.

De previo, se enumeran las competencias otorgadas a los gobiernos locales desde la Ley 8839 como entes ejecutores;

- A) Establecer y aplicar el plan municipal para la gestión integral de residuos en concordancia con la Política y el Plan Nacional.
- B) Dictar los reglamentos en el cantón para la clasificación, recolección selectiva y disposición final de residuos, los cuales deberán responder a los objetivos de esta Ley y su Reglamento.
- C) Promover la creación de una unidad de gestión ambiental, bajo cuya responsabilidad se encuentre el proceso de la gestión integral de residuos, con su respectivo presupuesto y personal.

- D) Garantizar que en su territorio se provea del servicio de recolección de residuos en forma selectiva, accesible, periódica y eficiente para todos los habitantes, así como de centros de recuperación de materiales, con especial énfasis en los de pequeña y mediana escala para la posterior valorización.
- E) Proveer de los servicios de limpieza de caños, acequias, alcantarillas, vías, espacios públicos, ríos y playas cuando corresponda, así como del manejo sanitario de animales muertos en la vía pública.
- F) Prevenir y eliminar los vertederos en el cantón y el acopio no autorizado de residuos.
- G) Impulsar sistemas alternativos para la recolección selectiva de residuos valorizables como contenedores o receptores, entre otros.
- H) Fijar las tasas para los servicios de manejo de residuos que incluyan los costos para realizar una gestión integral de estos, de conformidad con el plan municipal para la gestión integral de residuos, esta Ley y su Reglamento, y en proporción con la cantidad y la calidad de los residuos generados, asegurando el fortalecimiento de la infraestructura necesaria para brindar dichos servicios y garantizando su autofinanciamiento.
- I) Coordinar el cumplimiento de esta Ley y su Reglamento, la política y el Plan Nacional y cualquier otro reglamento técnico sobre gestión integral de residuos dentro del municipio.



- J) Promover la capacitación y realizar campañas educativas de sensibilización de los habitantes del cantón respectivo para fomentar la cultura de recolección separada, de limpieza de los espacios públicos y de gestión integral de residuos.
- K) Establecer convenios con microempresas, cooperativas, organizaciones de mujeres y otras organizaciones y/o empresas locales, para que participen en el proceso de gestión de los residuos, especialmente en las comunidades que se ubican lejos de la cabecera del cantón.
- L) Se autoriza a las municipalidades para que desarrollen tecnologías alternativas para el tratamiento de residuos, siempre y cuando sean menos contaminantes. Para tal fin, podrán utilizar los instrumentos de planificación y gestión previstos en el Código Municipal, entre ellos los mecanismos de integración asociativa y empresarial. Se autoriza, además, a establecer tasas diferenciadas, según el tipo y la cantidad de residuos a aquellos que separen en la fuente, u otra forma de incentivo fiscal para el generador o el gestor, que contribuya en el cantón a la gestión integral de residuos.

De tal manera, la Ley resulta en una desgranada lisa de obligaciones descritas para la prestación del Servicio Público, como se permite leer de su articulado, reconoce soberanía y autonomía dentro de su ámbito territorial, de tal manera que le corresponde a cada Municipalidad seleccionar el camino a tomar para el cumplimiento de dichas obligaciones, fundamentándose claro está, en su autonomía y operando bajo el principio de discrecionalidad, tal como a continuación se desarrolla.

En cuánto esta autonomía municipal la Sala Constitucional⁹² ha indicado que:

"(...) la Constitución Política (artículo 170) y el Código Municipal (artículo 7 del Código Municipal anterior, y 4 del vigente) no se han limitado a atribuir a las municipalidades de capacidad para gestionar y promover intereses y servicios locales, sino que han dispuesto expresamente que esa gestión municipal es y debe ser autónoma, que se define como libertad frente a los demás entes del Estado para la adopción de sus decisiones fundamentales. Esta autonomía viene dada en directa relación con el carácter electoral y representativo de su Gobierno (Concejo y Alcalde) que se eligen cada cuatro años, y significa la capacidad de la municipalidad de fijarse sus políticas de acción y de inversión en forma independiente, y más específicamente, frente al Poder Ejecutivo y del partido gobernante. Es la capacidad de fijación de planes y programas del gobierno local, por lo que va unida a la potestad de la municipalidad para dictar su propio presupuesto, expresión de las políticas previamente definidas por el Concejo, capacidad, que a su vez, es política. Esta posición coincide con la mayoritaria de la doctrina, en la que se ha dicho que el rango típico de la autonomía local reside en el hecho de que el órgano fundamental del ente territorial es el pueblo como cuerpo electoral y de que, consiguientemente, de aquel deriva su orientación política administrativa, no del Estado, sino de la propia comunidad, o sea, de la mayoría electoral de esa misma comunidad, con la consecuencia de que tal orientación política puede divergir de la del Gobierno de la República y aún contrariarla, ahí donde no haya correspondencia de

⁹² Extracto del Voto 5445-99 de la Sala Constitucional.



mayorías entre la comunidad estatal y la local; o bien, que la autonomía política es una posición jurídica, que se expresa en la potestad de conducir una línea política propia entendida como posibilidad, en orden a una determinada esfera de intereses y competencias, de establecer una línea propia de acción o un programa propio, con poderes propios y propia responsabilidad acerca de la oportunidad y la utilidad de sus actos"

Por otro lado, para el jurista ORTIZ ORTIZ la discrecionalidad se plantea como "la libertad del funcionario otorgada por el ordenamiento de escoger entre varias interpretaciones posibles de la norma y entre varias conductas posibles, dentro de una circunstancia."⁹³

Lo cual resulta concordante con lo explicado por DESDENTADO DAROCA⁹⁴, cuando explica que "la discrecionalidad es un modus operandi de la función formal (esto es, relativa a la adopción de los actos administrativos y disposiciones de carácter general) de la Administración Pública en su conjunto –esto es, de los diversos Poderes del Estado e instituciones públicas, sean Administración Central o Descentralizada–, consistente en la adopción de decisiones dentro de un margen de apreciación dejado por el ordenamiento mediante la realización de una elección entre diferentes alternativas sobre la base de criterios extrajurídicos. Se trata, pues, de la adopción de decisiones de forma desvinculada del ordenamiento jurídico, realizando una

⁹³ Ortiz Ortiz, E. (1998). Tesis de Derecho Administrativo. Costa Rica: Editorial Stradmann.

⁹⁴ DESDENTADO DAROCA, E. (1997). Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Pamplona, España: Editorial Aranzadi.

elección entre diferentes alternativas, utilizando para ello criterios valorativos extrajurídicos.”

Específicamente la Ley General de la Administración Pública⁹⁵ dispone sobre la potestad discrecional lo siguiente:

Artículo 15.-

1. La discrecionalidad podrá darse incluso por ausencia de ley en el caso concreto, pero estará sometida en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable.

2. El Juez ejercerá contralor de legalidad sobre los aspectos reglados del acto discrecional y sobre la observancia de sus límites.

Artículo 16.-

1. En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia.

2. El Juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad.

Artículo 17.-

La discrecionalidad estará limitada por los derechos del particular frente a ella, salvo texto legal en contrario.

⁹⁵ Ley 6227 de la República de Costa Rica (1978).



Artículo 160.-

El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias de cada caso.

Esto también ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia⁹⁶, determinando los parámetros que debe cumplir la facultad discrecional de la Administración Pública para que no sea entendida como una voluntad arbitraria, sino como un acto razonado en procura de la satisfacción del interés público:

“A. La finalidad de la Administración actuante, por cuanto la decisión adoptada debe estar determinada por el deber al que está obligada según el bloque de legalidad; con lo cual, bien se puede afirmar que se trata de una discrecionalidad en el medio, no en el resultado, siendo libre la Administración para ejercer la potestad atribuida en cuanto a la elección del medio idóneo; teniéndose presente que conforme lo prevé el artículo 11.2 de la Ley General de Administración Pública, el fin, como elemento sustancial objetivo de todo acto administrativo, siempre tiene que estar definido previamente en la norma, sea ésta escrita o no escrita; es decir, puede estar definido de manera expresa (explícita)–en el texto normativo– o de manera implícita (o tácita), en aquellos supuestos en que la noción del interés público se encuentra necesariamente incluida en la atribución de facultades a la Administración, sobre la base de premisas

⁹⁶ TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA.- Sentencia número 2248 de las diez horas cinco minutos del ocho de julio de dos mil diez. Expediente: 10-000742-1027-CA.

constitucionales; y conforme al artículo 49 de la Constitución Política y numerales 42 y 122 del Código Procesal Contencioso Administrativo, es controlable en la jurisdicción contencioso administrativa;

B. Los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que obliga a hacer el análisis de la legitimación, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida o disposición adoptada por la Administración, conforme a la amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional (entre otras, se pueden consultar las sentencia número 03933-98, 8858-98, 5236-99, 2000-2858, 2000- 1920, 2000-10826, 2001-0732, 2001-1465-01 y 2001-10153);

C. El respeto de los derechos fundamentales, en virtud del cual, se constituye en un verdadero valladar del ejercicio de las potestades de imperio, precisamente en atención a que una de las características esenciales y propias del Estado Social y Democrático de Derecho (artículos primero, 9, 50 y 74 constitucionales), es precisamente el reconocimiento de los derechos fundamentales;

D. Los principios generales del derecho, como el de equidad, igualdad, justicia, seguridad jurídica, de la buena administración, irretroactividad, buena fe; que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Administración Pública, son fuente de derecho, como normas no escritas, y por ello, condicionantes del ejercicio de la potestad discrecional de la Administración; y

E. Las reglas unívocas de la ciencia y la técnica, que obliga a la Administración a que su actuación esté debidamente motivada en el conocimiento teórico adquirido de las distintas metodologías y disciplinas de



la ciencia y la técnica, cuando ello lo amerite, así como en los casos en que deba utilizar criterios propios de la técnica administrativa.”

El artículo 4 del Código Municipal⁹⁷ establece que cada “municipalidad posee la autonomía política, administrativa y financiera que le confiere la Constitución Política. [y] Dentro de sus atribuciones se incluye (...) administrar y prestar los servicios públicos municipales.”

Entonces, las Municipalidades se ven obligadas a valorar desde los parámetros de la discrecionalidad administrativa, los distintos modelos a los cuales podría recurrir para la prestación de cualquier servicio público.

Ya que la Ley 8839 es clara en la delegación operativa del servicio público a las Municipalidades, cualquier acto administrativo que tenga por fin la prestación eficiente y eficaz del servicio, cumplirá con la dimensión finalista de la Administración actuante.

Pero las Municipalidades no deberían brindar el servicio mediante modelos de gestión propia o mixta obviando la existencia de otras alternativas, o dicho de otra forma; antes de elegir un modelo, cada Municipalidad debe valorar cual estructura de gestión podría ajustarse de una manera más razonable a las exigencias actuales del servicio público.

La evidente necesidad de atender una obligación pública que se traduce en la protección de derechos humanos ambientales, debe ser la medida de rigurosidad para definir la proporcionalidad de la decisión que tome cada Municipalidad.

⁹⁷ Ley 7794 de la República de Costa Rica (1998)

Por todo esto, serán los estudios técnicos y científicos el principal instrumento mediante el cual cada Municipalidad valora entre las distintas opciones que le otorga el ordenamiento jurídico para la prestación del servicio público.

V. LA CONSTITUCIÓN DE UNA EMPRESA PÚBLICA COMO ALTERNATIVA PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE RECOLECCIÓN DE RESIDUOS ORDINARIOS.

Aunque existen múltiples acepciones del concepto⁹⁸, para efectos prácticos se entenderá inicialmente por Empresa Pública lo indicado por el tratadista GARCIA DE ENTERRIA cuando señala que son "empresas organizadas y gestionadas por la Administración con las cuales actúa directamente en el mundo económico de la producción y de los servicios, fenómeno desconocido por el Derecho Administrativo clásico, que más bien sancionaba la incapacidad económica de la Administración y de sus organizaciones por la reserva expresa de dicho mundo a la sociedad"⁹⁹.

En Costa Rica, el profesor ORTÍZ ORTÍZ reconoce que "son entidades legalmente destinadas a autofinanciarse, con prescindencia de subvenciones, dotaciones o tributos especiales, a través de su actividad de competencia en un libre mercado. Esta su

⁹⁸ GORDILLO, A. (2014). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas (Tomo 9, Primeros manuales)*. Buenos Aires: FDA,.(pag. 472), explica que existen múltiples acepciones tanto en sentido amplio como en sentido estricto del mismo.

⁹⁹ GARCÍA DE ENTERRIA, E. (1975). *Curso de Derecho-Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas. (pag. 234)



presunta parificación con el competidor privado dentro del mercado libre obliga a sujetar su organización y/o funcionamiento al derecho mercantil o, excepcionalmente, al civil, en bien de la rapidez, de la competitividad, y, sobre todo, de la libertad de maniobra.”¹⁰⁰

Lo cual concuerda con el tratadista GORDILLO¹⁰¹ cuando indica que son organizaciones híbridas planteadas como una solución que se encuentra entre lo estatal y lo privado, que implica a su vez la presencia de características de *ente estatal* como por ejemplo que no pueden ser declaradas en quiebra, sus directivos superiores son funcionarios públicos o que sus bienes no son embargables cuando están afectados directa o indirectamente al uso público y al mismo tiempo les aplican características de *ente privado*, por ejemplo, tienen un régimen propio de contrataciones (excluido de la contratación administrativa), pueden realizar contratos bajo el derecho privado, son demandadas ante los tribunales ordinarios y en cuanto sus empleados, no se rigen por el régimen de empleo público sino por el derecho laboral común.

Esta serie de rasgos tan convenientes, parecieran ofrecer importantes ventajas operativas para la consecución de los fines públicos, proponiendo lo que en doctrina se conoce como una *huida del derecho administrativo*. Esta corriente reconoce que el marco legal al cual se someten las instituciones públicas produce lo que el autor MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

¹⁰⁰ ORTIZ ORTIZ, E. (1990). Justicia Administrativa Costarricense: cuatro estudios. . San José, Litografía e Imprenta LIL, S.A. (pag.119)

¹⁰¹ GORDILLO, A. (2014). IBIDEM (pag 473-474)

llama una *inservibilidad* en el sentido puro de la palabra, dado que las instituciones llamadas a brindar un servicio público se encuentran finalmente lejos de su cometido jurídico.¹⁰²

Sin embargo, continúa señalando MARTÍN-RETORTILLO BAQUER que las Empresas Públicas terminan por alejarse en la práctica, de lo que en teoría parecía una respuesta a las limitaciones del marco del derecho público, principalmente porque se ven sujetas a rígidos sistemas de fiscalización y control, por lo tanto en la mayoría de las experiencias terminan siendo tan ineficientes y carentes de libertad de maniobra como cualquier otro ente público.

Para evitar lo anterior, resulta en extremo necesario en este planteamiento de Empresa Pública ser aún más específico, y alejar el termino de empresa estatal de aquellas pretensiones propias del estado empresario¹⁰³ que se desarrolló entre finales de los años setentas y ochentas en Costa Rica, sino más bien apostar por verdaderas sociedades anónimas regidas por el derecho privado, dónde el capital se encuentra en posesión de las comunidades.

Este planteamiento, lejos de proponer una regresión al modelo de estado benefactor, se ubica en la consideración de un modelo liberal, tal como explica RALLO JULIÁN, cuando indica que son las mismas

¹⁰² MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (2000). Las Empresas Públicas: Reflexiones Del Momento Presente. Revista de Administración Pública, Número 126, (pag. 64-132)

¹⁰³ BULL, B. (2008). Globalización, Estado y privatización proceso político de las reformas de telecomunicaciones en Centroamérica. San José, Costa Rica. FLACSO. (pag. 123)



comunidades las que deben de organizarse para la administración de sus recursos, para la producción de bienes y servicios comunes pero en un régimen de competencia que promueva la eficiencia, la eficacia y la mejora continua.¹⁰⁴

Este autor critica duramente la intervención del Estado y promueve la reducción del gasto público, sin que lo anterior signifique una desmejora en los servicios públicos. Siendo más bien que su tesis plantea todo lo contrario, indicando que la presencia de empresas que desarrollen servicios públicos promovería un mejoramiento en la calidad del servicio para cada cantón de conformidad a sus capacidades y condiciones particulares. Claramente, siempre y cuando existan las condiciones necesarias de competencia y libre empresa. Si bien lo anterior podría parecer un planteamiento poco probable, en Costa Rica existe evidencia de que lo anterior lejos de una teorización utópica, se trata de una realidad consecuente con el ordenamiento jurídico. Para ello se expondrá brevemente el caso de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia Sociedad Anónima (ESPH S.A).

Esta empresa mercantil dedicada a la producción y distribución de servicios públicos se encuentra constituida como una sociedad anónima de capital municipal desde 1976, fundada por el cantón de Heredia, fue creciendo en servicios y en zonas de distribución.

Los servicios de agua potable y suministro de electricidad fueron los principales componentes de su

¹⁰⁴ RALLO JULIAN, J. (2014). Una revolución liberal para España. Madrid: HOMER.

matriz de productos, sin embargo ha diversificado sus servicios al área de tecnología y telecomunicaciones y hoy cuenta con más de 60,000 clientes distribuidos en los cantones de Heredia, Flores, Brava, San Pablo, San Joaquín, San Rafael y San Isidro entre otros, por lo que ha demostrado que es posible la prestación de servicios más allá de los límites geográficos de la municipalidad que le constituyó inicialmente.

La ESPH, ha definido, implantado y mantiene actualizado un sistema de gestión integrado, obteniendo la certificación de las normas INTE- ISO 9001:2015, INTEOHSAS 18001: 2009, INTE-ISO 14001:2015 e INTE 35-01-01:2012, lo cual es una breve muestra de los alcances y capacidades a los cuales puede acceder una organización estructurada bajo el modelo empresarial para gestión de servicios públicos.

La buena experiencia de la ESPH S.A. sustenta en primera instancia el planteamiento aquí propuesto, pero a la vez deja en evidencia que la idea de que las Municipalidades constituyan empresas privadas para brindar servicios públicos no es una propuesta innovadora, a pesar de eso, las Municipalidades aún no han valorado esta opción como un camino para la prestación eficiente de los servicios de gestión de residuos ordinarios.

Para valorar la viabilidad jurídica de este camino se debe tomar en cuenta que el Artículo 169 de la Constitución Política define la administración de los gobiernos municipales en dos instancias; una, un cuerpo deliberante y otra, un funcionario ejecutivo. Acatando el mandato constitucional citado, se establece en el Código Municipal la figura del Concejo Municipal y



la del Alcalde Municipal, el primero como órgano deliberativo y el segundo en función ejecutiva¹⁰⁵.

Por otra parte el artículo 13 del Código Municipal establece las atribuciones del Consejo y en el inciso *p*, que establece la potestad de "constituir, por iniciativa del alcalde municipal, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades públicas de economía mixta.". Después del concepto de establecimiento público, las otros dos son instituciones completamente vinculantes a esta explicación.

En cuanto las *empresas industriales y comerciales*, la constitución, organización y libre ejercicio de las mismas, se encuentra regido mediante el derecho privado, en Costa Rica específicamente con atención al Código de Comercio dónde se desarrollan los cuatro tipos de sociedades existentes en el derecho costarricense¹⁰⁶.

Por otro lado en abril del año 2010 se promulga la Ley 8828 mediante la cual se regula la actividad de las *sociedades públicas de economía mixta*, que establece los mecanismos de asociación entre capitales

¹⁰⁵ UNIÓN DE GOBIERNOS LOCALES. (2013). CÓDIGO MUNICIPAL COMENTADO. San José. Recuperado el 12 de Junio de 2017, de https://www.msj.go.cr/informacion_ciudadana/SiteAssets/archivos/codigos/CO-1%201_c%C3%B3digo%20municipal.pdf (pág. 19)

¹⁰⁶ Los cuatro tipos de sociedades existentes en Costa Rica son las sociedades anónimas, las sociedades de Responsabilidad Limitada y en desuso la sociedad en nombre colectivo y la sociedad en comandita.

municipales y capitales privados para la constitución de empresas mercantiles que tengan por objeto la prestación de servicios públicos.

Estas sociedades públicas de economía mixta e organizarán y funcionarán conforme a las normas que rigen a las sociedades anónimas, sin perjuicio de su sujeción al derecho público, principalmente para actividades de fiscalización y control.

Queda evidenciado que la legislación costarricense, desde el Código Municipal, establece las condiciones normativas suficientes para que las Municipalidades constituyan con capital propio o en conjunto con el sector privado empresas que operando dentro del ámbito del derecho privado brinden servicios públicos.

Las ventajas que se proponen con respecto a este modelo empresarial, podrían ser ejecutadas desde la directa gestión municipal, pero la acuciosa reflexión realizada en torno a las ventajas de maniobrabilidad y operación que gozan la administración empresarial en contraposición a la aletargada respuesta de la Administración, sugieren que la implementación y cumplimiento de un servicio público de calidad resultaría viable a un menor plazo en manos de una empresa, sociedad anónima o de economía mixta.

No obstante, la reflexión aquí planteada no puede, ni tampoco sugiere limitar la valoración de modelos de gestión del servicio al esquema empresarial, más bien resulta un primer planteamiento del cual debe surgir un análisis riguroso que de manera exhaustiva enliste la totalidad de opciones jurídicas.

Ejemplo de lo anterior sería la constitución de fideicomisos, la sub contratación total y no parcial del



servicio mediante modelos de concesión, o incluso la reestructuración administrativa de las municipalidades para dar el servicio de manera directa pero de forma eficiente. Evidenciando así, que esto se trata apenas de una discusión inicial y no de una recomendación última y definitiva para el dialogo municipal.

VI. COROLARIO.

Finalmente, de manera sintética, se abordan los aspectos más relevantes de la presente investigación.

- La auditoría realizada por la Contraloría General de la República en el año 2014 evidencia el rezago existente en los gobiernos locales para implementar efectivamente el servicio público de residuos ordinarios en los términos propuestos por la Ley 8839 desde el año 2010, con especial preocupación en la tarea de recuperación de residuos valorizables dónde actualmente no se alcanza ni el 1.5 % de los residuos generados. La proyección de crecimiento en la producción de desechos ordinarios requiere valorar opciones jurídicamente viables para la atención sostenible de una problemática creciente y que tiene importantes implicaciones con la salud y el medio ambiente.
- Una vez esquematizados los límites y definiciones de la Gestión Integral de Residuos Sólidos desde la perspectiva técnica que ofrece la Ley, resulta necesario que su implementación se realice a partir de lineamientos constitucionales, una justificante discursiva ubica los principios del derecho ambiental como el instrumental orientador en materia de derechos humanos ambientales y sobre esta tesitura resulta obligatorio fundamentar

robustamente la toma de decisiones por parte de la Administración.

- Como punto medular de esta investigación, el otorgamiento de funciones que hace la Ley a los diferentes actores de la Administración y en especial a las municipalidades, no establecen limitaciones o condicionantes desde la ley o desde el ente rector para seleccionar un modelo de gestión alternativo para la prestación del servicio. Más bien con vista a los principios de autonomía y discrecionalidad administrativa que sustentan su gestión, pueden -y más allá de eso-, deben valorar y analizar los diferentes modelos para la prestación del servicio público y así elegir la alternativa más apropiada con vista a sus capacidades y necesidades.
- Finalmente dentro de las opciones para prestar el servicio público las municipalidades tienen como un camino jurídicamente viable la constitución de empresas privadas de capital público, ya sean sociedades anónimas o empresas de economía mixta, que bajo esquemas de competencia podrían brindar un servicio de mayor calidad y ante todo más eficiente con respecto al cumplimiento de la Ley.

Por todo lo anterior queda de pleno manifiesto la necesidad de aumentar la intensidad de este diálogo, y realizar los esfuerzos sociales desde las diferentes instancias, incluida el sector académico, para ir modelando en conjunto una ruta eficiente para la atención del servicio público de gestión integral de los residuos ordinarios.



VII. ABREVIATURAS.

CGR Contraloría General de la República

GIR Gestión Integral de Residuos

ESPH Empresa de Servicios Públicos de Heredia

Ley Ley para la Gestión Integral de Residuos número 8839.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

BULL, B. (2008). Globalización, Estado y privatización proceso político de las reformas de telecomunicaciones en Centroamérica. San José, Costa Rica. : FLACSO.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. (2016). INFORME N.º DFOE-DL-IF-00001-2016 AUDITORIA OPERATIVA RECOLECCIÓN DE RESIDUOS ORDINARIOS. DIVISIÓN DE FISCALIZACIÓN OPERATIVA Y EVALUATIVA. Recuperado el 1 de Mayo de 2017, de https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docs_cgr/2016/SIGYD_D_2016002526.pdf

DESDENTADO DAROCA, E. (1997). Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Pamplona. España. : Editorial Aranzadi.

ESPH SA. (s.f.). RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL (Reseña 2014).

ESPH SA. (s.f.). RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL (Reseña 2015).

FELIU, J. M. (2016). Remunicipalización de los servicios locales y derecho comunitario. EL CRONISTA DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO, 50-71.

GARCÍA DE ENTERRIA, E. (1975). Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Editorial Civitas.

GORDILLO, A. (2014). Tratado de derecho administrativo y obras selectas (Tomo 9, Primeros manuales). Buenos Aires: FDA.

IZA, A., & AGUILAR ROJAS, G. (2009). Derecho ambiental en Centroamérica Tomo II. Suiza: UICN, Editorial Gland.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (2000). Las Empresas Públicas: Reflexiones Del Momento Presente. Revista de Administración Pública, Número 126, paginas 64-132.

MINISTERIO DE SALUD, REPÚBLICA DE COSTA RICA. (2010). Política Nacional para la Gestión Integral de Residuos 2010-2021. San José, Costa Rica. Recuperado el 1 de Mayo de 2017, de:
<https://www.ministeriodesalud.go.cr/index.php/biblioteca-de-archivos/sobre-el-ministerio/politcas-y-planes-en-salud/politcas-en-salud/1107-politica-nacional-para-la-gestion-integral-de-residuos-2010-2021/file>

MINISTERIO DE SALUD, REPÚBLICA DE COSTA RICA. (2016). Plan Nacional para la Gestión Integral de Residuos Sólidos 2016-. Recuperado el 1 de Mayo de 2017, de:
<https://www.ministeriodesalud.go.cr/index.php/biblioteca-de-archivos/sobre-el-ministerio/politcas-y-planes->



en-salud/planes-en-salud/3025-plan-nacional-para-la-gestion-integral-de-residuos-2016-2021/file

ORTEGA ALVAREZ, L. (2005). Lecciones de Derecho del Medio Ambiente. España: Lex Nova.

ORTIZ ORTIZ, E. (1990). Justicia Administrativa Costarricense: cuatro estudios. . San José, Litografía e Imprenta LIL, S.A.

ORTIZ ORTIZ, E. (1998). Tesis de Derecho Administrativo. Costa Rica: Editorial Stradmann.

PEÑA CHACÓN, M. (2016). Derecho Ambiental Efectivo [recurso electrónico]. San José: PPD Universidad de Costa Rica.

RALLO JULIAN, J. (2014). Una revolución liberal para España. Madrid: HOMER.

ROLLANDI, R. (2014). Problemática de la gestión de residuos sólidos urbanos en las megas ciudades de Latinoamérica.

Obtenido de http://www.ic-latinoamerica.com/descargas/pdf/articulos_interes/2012-04_problematika_de_la_gestion.pdf

UNIÓN DE GOBIERNOS LOCALES. (2013). Código Municipal Comentado. San José. Recuperado el 12 de Junio de 2017, de: https://www.msj.go.cr/informacion_ciudadana/SiteAssets/archivos/codigos/CO-1%201_c%C3%B3digo%20municipal.pdf

**“NECESIDAD Y DIFICULTAD DE LA
RECONCILIACIÓN CUANDO HAY
TRAUMAS POR VIOLENCIA¹⁰⁷”**

***“NEED AND DIFFICULTY OF
RECONCILIATION WHEN THERE IS
TRAUMA FOR VIOLENCE”***

Dr. D. Franco Conforti

Profesor Colaborador Universidad Oberta de
Cataluña (UOC). Abogado. Doctor en Derecho.
España.

RESUMEN

En la presente ponencia propongo una aproximación de tipo fenomenológica a la naturaleza de la Mediación Penal como instrumento de la denominada «Justicia Restaurativa».

La fórmula que ensayo inicialmente ofrece una nueva perspectiva que al desarrollarse re-dimensiona el concepto «reconciliación» en situaciones de conflicto por delito penal y/o traumas por violencia derivados de

¹⁰⁷ Ponencia presentada en el Seminario “*Mediación en Justicia Penal*”, organizado por Alfa Delta Pi en el Centro Social Playa Albir, Alfaz del Pi (España), los días 19 y 20 de mayo de 2017.



la violación de las leyes que nos gobiernan.

Es dable dejar sentado que la contribución, por su escaso tiempo, no pretende agotar el análisis y estudio en profundidad de la «reconciliación» en el ámbito del derecho penal, sino que su objetivo es algo más modesto y sólo pretende sentar las bases o lineamientos de futuros trabajos de investigación sobre el tema.

Sin perjuicio de la advertencia *supra* realizada, no menos cierto es que la fórmula final propone una concepción completamente innovadora respecto a qué se debe entender por «reconciliación» en el ámbito del Derecho Penal.

El objetivo marcado es el de mejorar la Justicia Penal, humanizar aún más su proceso al potenciarla con la mediación de modo tal de transformar no sólo a los conflictos sino también a las personas involucradas en él, para así finalmente alcanzar la transformación social por la que todos bregamos.

Palabras clave: reconciliación, víctima, conflicto, litigio, verdad, Justicia penal, perdón, arrepentimiento, reconocimiento, mediación penal, transformación social.

Abstract:

In this paper I propose a phenomenological approach to the nature of the Criminal Mediation as an instrument of the "Restorative Justice".

The formula that is initially tested offers a new perspective that, when developed, re-dimension the concept of "reconciliation" in situations of conflict for

criminal offence and or traumas due to violence resulting from the violation of the laws that govern us.

To be completely honest I must to said that, this contribution, due to the short time to be presented, does not intend to exhaust the analysis and in-depth study of "reconciliation" in the criminal law field. Rather, its objective is somewhat more modest and seeks only to lay the foundations or guidelines for future research on this matter.

Notwithstanding, the above warning does not detract the value of the paper, because the final formula proposes a completely innovative conception regarding what should be understood by "reconciliation" in the area of Criminal Justice.

The final formula proposes a completely innovative conception regarding what should be understood by reconciliation in the area of Criminal Justice.

The objective is to improve Criminal Justice, humanising its process by empowering it with mediation in that way we looking for to transform not only the conflicts even also the people involved in this particular situation so as to finally achieve the social transformation that we all strive for.

Key words: *reconciliation, victim, conflict, litigation, truth, criminal justice, forgiveness, repentance, recognition, criminal mediation, social transformation.*



Se puede sostener que por *reconciliación* ha de entenderse a la renovación del «pacto social» que opera a nivel interpersonal entre víctima y victimario, pero sin perder de vista a todos los miembros de la sociedad.

Tengo para mí, que un buen punto de partida para hablar de la «*reconciliación*» puede ser la fórmula cuyo *término mayor* es la *verdad* y el *término medio* es la *Justicia* elevada al cuadrado.

El *proceso* sobre el que se basa la mediación penal respondería a la siguiente fórmula:

$$\text{«Verdad} + \text{Justicia}^2 = \text{Reconciliación»}$$

Los dos elementos centrales que se reconocen en la fórmula no son nada sencillos de explicar en una ponencia tan breve, pero les invito a adentrarnos en el análisis de los mismos:

1. La *verdad*. Hay que reconocer que en un conflicto hay distintas «verdades», sabido es que hay que escucharlas a todas porque sólo así se logra una aproximación a «La Verdad», en mayúsculas. En el ámbito penal, el «victimario» cuenta con un ilimitado número de oportunidades para expresar «su verdad» ante la Justicia, sin embargo ello no es así ante la víctima. Claro que ello me lleva a distinguir entre:
(1_a) La *verdad jurídica*, material y objetiva, cuya prueba se halla en la *evidencia de los hechos fácticos*; de
(1_a) La *verdad social*, es decir, aquella más subjetiva que se representa, por un lado, en la expresión de la motivación del victimario, y del otro lado, por la respuesta a la pregunta que se fórmula la víctima:

«¿Por qué a mí?».

La *verdad* a la que aludo con el término mayor de la fórmula, es la *verdad social*, toda vez que la verdad jurídica estaría implícita en término medio Justicia.

Fijando la atención en la víctima¹⁰⁸, se puede afirmar que éste aspecto de la *verdad social*, hoy en día, se encuentra ausente en el proceso penal.

En mi opinión puede ser de trascendental importancia (o no¹⁰⁹) que la víctima pueda oír¹¹⁰ del victimario la respuesta a su pregunta «¿Por qué a mí?» porque sólo así a través de las explicaciones o narrativa del victimario y no (o nunca) mediante un proceso o sentencia penal, podrá superar o empezar a superar el trauma del daño sufrido.

2. La *Justicia*, término medio de la fórmula, esta elevada al cuadrado pero en realidad y en términos matemáticos más precisos, no se trata de un exponencial numérico sino de un conjunto de elementos que potencian al anterior y que consiste en:

(2a) El *conflicto*, que anida de modo latente en la

¹⁰⁸ Fijo mi atención en la víctima, porque el victimario cuenta con todas las oportunidades que constitucionalmente se le reconocen como para que pueda expresar «su verdad», aunque *a priori* no lo haga de forma directa a la víctima.

¹⁰⁹ La víctima responde a perfiles múltiples que difieren entre sí, en «casi» todas sus características, pues cabe recordar que hablamos de «individuos», que en sentido amplio comprende a las personas físicas y a las jurídicas. Puede que para unas personas sea de vital importancia escuchar al victimario y para otras no.

¹¹⁰ En un contexto de mediación u otras metodologías de justicia restaurativa.



sociedad, se manifiesta y transforma en *litigio* con el quebrantamiento del ordenamiento jurídico, es decir, violando la ley (concretamente la penal), seguido del reconocimiento público e institucional por parte del Estado tanto de la calidad de víctima como de la *responsabilidad* del victimario ante un daño determinado.

Al determinar y reconocer el daño, la *Justicia* realiza parcialmente la *reconciliación*; esta reconciliación parcial se verá ampliada en la medida en que la *Justicia* logre las reparaciones (materiales, estéticas, psicológicas, jurídicas, etc.) necesarias para la víctima.

(2_b) La *toma de conciencia* del daño causado (en toda su extensión) por parte del victimario es un elemento que la *Justicia* malamente logra por sí sola.

Es aquí donde la Mediación Penal como herramienta de la Justicia Restaurativa cobra protagonismo.

Ahora bien, la *reconciliación* debe distinguirse del *perdón* y del *reconocimiento* así como de sus fenómenos concomitantes: la *culpa* y el *arrepentimiento*, pues son experiencias estructuralmente distintas.

El *perdón* y el *arrepentimiento* son por excelencia actos personales e individuales esencialmente asimétricos y orientados hacia el pasado, es decir, buscan la «liberación del peso» que conllevan la *culpa*, el *remordimiento* y el *arrepentimiento* (por parte del victimario) y al auto-reconocimiento de la «superioridad moral» (por parte de la víctima) que con dicho acto de perdón se auto-libera del irreversible daño que ha sufrido.

Para que opere la *reconciliación* es menester que haya

reconocimiento. Sin embargo, *reconciliación* y *reconocimiento* son dos cosas distintas.

En el contexto de la vida social donde los sujetos logran desarrollarse y autorrealizarse, aprendiendo a concebirse a partir de la perspectiva normativa de sus destinatarios sociales, es decir, de sus compañeros de interacción y todo ello, agregaría Fabregat¹¹¹, bajo el imperativo del reconocimiento recíproco.

De acuerdo a Fabregat, el paradigma del reconocimiento de Honneth se construye a partir de tres elementos clave:

- Amor
- Derecho
- Solidaridad

Explica Fabregat estos pilares de la siguiente forma:

El amor: se encuentra en la base de la constitución relacional de la identidad humana. Implica que la persona necesita del otro para poder construir su identidad de forma plena y estable. La finalidad de la vida en sí misma consistiría en que la persona lograra establecer un determinado tipo de relación consigo misma que le permitiera la autorrealización, en el sentido de autoconfianza.

El derecho: cuando una persona puede pensarse asimismo como un componente, con sus derechos y obligaciones, de la sociedad que integra. El reconocimiento de derechos de una persona es la

¹¹¹ Véase Conforti, F., *Construcción de Paz. Diseño de intervención en conflictos*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 79-80.



contracara de la capacidad para cumplir con ciertas obligaciones. Cuando a la persona se le niegan sus derechos, se la está privando de su autoimagen, y la persona se percibirá asimismo sin capacidad moral y sin autonomía. El reconocimiento jurídico conlleva el autorespeto.

La solidaridad: entendida como la práctica social orientada a permitirle a la persona detectar y percibir cuales de sus cualidades son valiosas en función del logro de objetivos colectivos considerados por la sociedad como relevantes. El reconocimiento social se traduce así en autoestima.

Queda claro que *culpa*, *remordimiento*, *arrepentimiento*, *reconocimiento* y *perdón* deben, acompañar y enriquecer las dimensiones interpersonales de la *reconciliación*, e incluso, eventualmente estar presentes para consolidarla.

Para que opere la reconciliación, algunos ordenamientos jurídicos, como ser en Argentina¹¹², contemplan además la realización de una *acción social* en beneficio de la comunidad. Y si bien este tipo de medidas humanizan la Justicia, no menos cierto es que aún estamos muy lejos de volver a convertir al *litigio* en *conflicto*.

La mediación penal puede ayudar a reconvertir el *litigio* en *conflicto*.

¹¹² La ley 24. 316, conocida como *Probation* sancionada el 4 de Mayo de 1994 y publicada en el Boletín Oficial el 19 de Mayo del mismo año ha venido a incorporar al Código Penal Argentino el instituto de la suspensión del proceso a prueba en los artículos: 76 bis, 76 ter, 76 quater, y art. 10 de dicha norma.

Podemos coincidir en que, aún y con todo lo visto hasta aquí el conflicto no se ha transformado. Para que la transformación se lleve a cabo es indispensable que la misma se dé tanto en la persona del victimario como de la víctima, y este objetivo se alcanza cuando se trabaja tanto sobre los *actos de comisión* como sobre los *actos de omisión* (que la Justicia no contempla).

A respecto de los *actos de comisión* las cosas no presentan gran dificultad de comprensión, el victimario deberá comprometerse de cara al futuro en cuanto a que convertirá sus actos de comisión en actos de omisión, es decir, no reincidirá en el delito -niveles intra e interpersonal-. El abordaje de los actos de comisión los realizará tanto dentro del proceso penal como fuera de él, es decir, en la mediación penal.

Sin embargo, respecto de los *actos de omisión* la explicación es algo más compleja pues no se trata de lo que la víctima podría haber hecho para evitar el delito, que también, sino que se trata de lo que a nivel social se podría haber hecho y no se hizo -nivel estructural-. Los actos de omisión deben reconvertirse en actos de comisión para que la transformación se realice al completo; pero, ¿Cómo lo hacemos? ¿Es posible incorporar la omisión al ordenamiento jurídico? Al respecto podríamos pensar en la *Omertà*¹¹³ y

¹¹³ *Omertà* es una actitud popular y código de honor, común en las zonas del sur de Italia, como Sicilia, Calabria y Campania, donde las organizaciones criminales como la mafia, 'Ndrangheta y Camorra son fuertes. Una definición común es el «código de silencio». En Italia el término *Omertà* ha experimentado una interesante evolución puesto que también se tacha de complice por *Omertà* a quien, por ejemplo, «mira hacia otro lado» y no denuncia.



equipararla a la «complicidad», es decir, una sociedad que omite, es cómplice por hacer la vista a un lado¹¹⁴. Sin embargo, la reflexión que me parece aún más importante tiene que ver con la siguiente pregunta «¿Por qué es importante incorporar la omisión?» y la respuesta, al menos para mí, es: porque es la única vía para alcanzar la *reconciliación* y consecuentemente la renovación del «pacto social» que ahora sí debe operar tanto a nivel interpersonal -entre victimario y víctima- como a nivel estructural -entre victimario y todos los miembros de la sociedad-.

Todo ello es así, porque lo que queremos lograr es la transformación de los conflictos para luego aspirar a conseguir la *transformación de la sociedad*.

CONCLUSIÓN:

Teniendo por cierto que el Estado ha convertido a ciertos y determinados *conflictos*, llamándolos delitos, en *litigios* en los que se invisibiliza a la víctima; la restitución a la víctima frente al conflicto puede realizarse mediante la mediación penal. Una mediación penal que buscase la transformación social a través de la siguiente fórmula:

Reconciliación = verdad *(asunción de las omisiones)* + **Justicia** **mediación penal** *(culpa, remordimiento, arrepentimiento, reconocimiento, perdón, acción social y compromiso de no comisión)*

¹¹⁴ Evidentemente el tema excede en mucho el marco de trabajo de una ponencia, y además, sería poco responsable pretender abarcarlo es un par de párrafos.

En dónde:

- (a) La *verdad*, no es otra cosa que la respuesta a la pregunta de la víctima «¿Por qué a mí?», potenciado por el deber de asumir las omisiones (si las hubiere); y en la que,
- (b) La *Justicia* se ve potenciada por el conjunto Mediación Penal que necesariamente ha de incluir la culpa, el remordimiento, el arrepentimiento, el reconocimiento, el perdón, la acción social en beneficio de la comunidad y compromiso de no comisión o reincidencia.
- (c) La *reconciliación* es, en definitiva, el vehículo que, a través de la *transformación de los conflictos*, nos ha de conducir a la *transformación de la sociedad*.

BIBLIOGRAFÍA:

Arendt, H., *The Human Condition*, Second Edition, The University of Chicago Press, Chicago, 1998.

Conforti, F., *Construcción de Paz. Diseño de intervención en conflictos*, Dykinson, Madrid, 2017.

Madrid Fernández, S., «Justicia y Perdón Restaurativo», *Revista Documentos (Acuerdo Justo)*, 2016 nº 2 págs. 33-46.

**“LA GARANTÍA DEL DERECHO DE NO
DISCRIMINACIÓN A LA POBLACIÓN
SAHARAUI EN EL ACCESO A LA
NACIONALIDAD ESPAÑOLA”**

***“THE GUARANTEE OF THE RIGHT TO
NON-DISCRIMINATION FOR
SAHRAWI’S POPULATION IN THE
ACCESS TO SPANISH CITIZENSHIP”***

D^a Anthinea Interbartolo

Estudiante de Derecho en la Universidad de Palermo¹¹⁵

RESUMEN

El objeto de este trabajo es avanzar en la homogeneización del trato de los nacionales y de los extranjeros en el acceso a la nacionalidad española por residencia. Se subraya la necesidad de una intervención legislativa, de acuerdo con la contribución doctrinal y jurisprudencial, destinada a extender, por analogía, en nombre de la vinculación histórica a España, la disciplina vigente aplicable a las poblaciones de

¹¹⁵ La elaboración del artículo se debe a una estancia de búsqueda en la Universidad de Burgos, en virtud de la cooperación entre ambas Universidades y a efectos de mi TFG cuyo título es: “l'evoluzione della cittadinanza nell'ordinamento costituzionale. Le possibili trasformazioni della legge sulla cittadinanza negli ordinamenti giuridici italiano e spagnolo: un passo verso il cosmopolitismo”



extranjeros, como la comunidad sefardita o los habitantes de Guinea Ecuatorial, en favor de los saharauis, cuyo trato discriminatorio que reciben no tiene ningún fundamento ni razones sistemáticas y lógicas.

ABSTRACT

The aim of this study is to reach the homogenization of the treatment of nationals and foreigners in the access to Spanish nationality by residence. It emphasizes the need for a legislative intervention, in accordance with the doctrinal and jurisprudential contribution, in order to extend, by analogy, in the name of the historical link to Spain, the current discipline applicable to the populations of foreigners, such as the Sephardic community or the inhabitants of Equatorial Guinea, in favor of the inhabitants of Western Sahara, whose discriminatory treatment don't have a systematic and logic foundation.

Palabras clave: nacionalidad española, residencia, extranjeros vinculados, población saharauí, asimilación, principio de no discriminación.

Key Words: spanish nationality, residence, foreigners linked, saharawi population, assimilation, principle of non-discrimination.

SUMARIO:

I. Introducción

II. Punto de partida: el régimen de adquisición y pérdida de la nacionalidad española

III. Análisis particularizado de la adquisición de la nacionalidad española por extranjeros procedentes de

países o comunidades con particular vinculación a España

IV. Aproximación a la vinculación de los saharauis con el Estado español

V. Examen de la proposición de modificación del artículo 22.1 del Código Civil y valoración

I. INTRODUCCIÓN

Desde un punto de vista histórico, los flujos migratorios en el siglo XIX se ajustaron al trazado de las políticas imperiales del Norte con respecto al Sur. El Norte a través de una política colonial imperialista se abalanzó sobre el Sur, imponiendo coactivamente un modelo cultural dominante. Hoy en día las migraciones de población se han invertido, dado que son los ciudadanos del Sur quienes emigran hacia el Norte como consecuencia del fenómeno de la globalización cultural que no sólo afecta a la economía sino también se extiende a la cultura, tendiendo a homogeneizarla de varias formas: por ejemplo, desarrollando tradiciones comunes o difundiendo un idioma manejado por la mayoría de los individuos. La globalización de los derechos y de las libertades es sin duda un requisito imprescindible si aspiramos a construir una ciudadanía global, que supone el diálogo y el ejercicio de la democracia a nivel mundial.

El objetivo de este trabajo es avanzar en la homogeneización del trato de los nacionales y de los extranjeros en el acceso a la nacionalidad de un Estado, que esta última tiene que ser entendida como una condición sociológica propia de cada individuo, que le permite identificarse en abstracto con la cultura de una Nación a la que se siente vinculado por varias razones, sean esas históricas, económicas o sean sociales, y una



vez que se define esa identidad a través su integración en el territorio, se justifica la intervención del Estado para concretar el acceso legal a esa determinada Nación. El objeto de estudio del trabajo se ha centrado en la problemática particular de los saharauis.

El régimen jurídico aplicable a la adquisición de la nacionalidad española se regula en el Código Civil (CC en adelante), que tiene que ser integrado, en cuanto a la previsión de los requisitos legalmente exigidos y que tienen que ser cumplidos para obtener la residencia con la disciplina prevista en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Deducimos del análisis del artículo 22 CC un trato discriminatorio en el acceso a la nacionalidad por residencia, que excluye unas categorías sin una lógica sistemática, como ocurre con los saharauis, asimilables a las personas que tienen una vinculación especial con España, como los sefardíes, colectivo a los que con la Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España, se ha facilitado el acceso, o de los guineanos. Definimos, en general, el régimen, de hecho aplicable, a las poblaciones a las que los saharauis pueden ser asimilados, en nombre de la vinculación histórica a España, y posteriormente analizamos, más en detalle, la anómala condición personal de sus habitantes. En ausencia de una disciplina legislativa expresa aplicable a esta población, se subraya la importancia de la contribución doctrinal y jurisprudencial en favor de una extensión analógica de la disciplina vigente a éstos y la importancia de una necesaria intervención legislativa que colme este injustificado vacío normativo.

II. PUNTO DE PARTIDA: EL RÉGIMEN DE ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Los conceptos de nacionalidad y ciudadanía han sido utilizados como sinónimos, aunque sean susceptibles de recibir una definición más exhaustiva. En un sentido metafórico, la nacionalidad se puede comparar con una semilla de la que crece un árbol y el ciudadano representaría el árbol como parte del ecosistema. Ese ecosistema es un complejo de situaciones jurídicas de que cada individuo es titular y en el que estas aumentan o disminuyen por la intervención de un miembro de una estructura organizativa que encarna el Estado.

Se trata de dos conceptos autónomos e interrelacionados. Nos centramos en el concepto de nacionalidad, que puede ser interpretado en un sentido negativo o formal, como vínculo político jurídico que liga a un individuo con un determinado Estado. La pertenencia a una nación determina la condición de ciudadano y, como tal, le corresponde el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes, atribuidos o concedidos discrecionalmente por el Estado. La otra interpretación posible adopta un prisma positivo, como una resultante sociológica condicionada por varios factores como el lugar de nacimiento. Además las varias definiciones acuñadas convergen en reconocer la nacionalidad como un estado civil, que se compone de una connotación personal que incide directamente en la capacidad de obrar de las personas, les acompaña desde su nacimiento y afecta sus leyes más personales, y a la que se une una connotación política por su carácter constitucional (artículo 13 de la Constitución española, CE en adelante), aunque sea el Código Civil el que la regule sustancialmente.



Para determinar la condición de nacional desde la perspectiva constitucional del ordenamiento jurídico es preciso acudir al Capítulo Primero de la CE en la que no se equipara a nacionales y extranjeros como se deduce en el art. 13.1 CE y que ha de ser interpretado junto con los artículos 10 y 53.1 CE¹¹⁶. Para determinar la condición de nacional dentro de la dimensión sociológica del ordenamiento jurídico hay que considerar la forma en la que esa condición es reconocida jurídicamente por cada Estado. Los Estados tienen competencia exclusiva en la regulación de la nacionalidad, pero limitada a la protección de la relación efectiva entre el Estado y sus nacionales y, en caso de que se verifique el fenómeno sucesorio, el Estado que sucede puede aprobar medidas legislativas que reconozcan la continuidad de la vinculación con el Estado sucedido. Eso comporta que el reconocimiento de la condición de nacional sea un supuesto fundamental tanto de la identidad nacional como de la supranacional de un individuo.

Centrados ya en los modos de adquisición de la nacionalidad española, se pueden distinguir dos formas de adquisición: originaria y derivativa. La primera determina la adquisición de la nacionalidad desde el nacimiento y la segunda con posterioridad al mismo¹¹⁷. El primer caso es el resultado del reconocimiento de un

¹¹⁶ De acuerdo con el artículo 13.1 CE: "*Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley*".

¹¹⁷ ESPINAR VICENTE, J.Ma., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Civitas, Madrid 1994, pp.72 y ss.

derecho subjetivo del individuo y el segundo, de una concesión previa solicitud¹¹⁸.

La nacionalidad española de origen se adquiere por la pertenencia del nacido a una determinada línea o estirpe familiar, *ius sanguinis*, o en virtud del lugar de nacimiento, *ius soli*. El *ius sanguinis* es el principal criterio de atribución *ex iure* de la nacionalidad española, que prescinde de la voluntad del individuo al que se le reconoce¹¹⁹. El *ius soli* o nacimiento en España se presenta también como un instrumento de lucha contra la apatridia y de protección de los menores¹²⁰.

¹¹⁸ Así lo manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2003 (RJ/2004/764).

¹¹⁹ El artículo 17.1.a) CC otorga la nacionalidad española "a los nacidos de padre y madre españoles".

Ha de destacarse que el artículo 19.1 CC establece que "*El extranjero menor de dieciocho años adoptado por un español adquiere, desde la adopción, la nacionalidad española de origen*".

¹²⁰ El artículo 17.1.b) CC atribuye la nacionalidad española por el nacimiento en España del hijo de padres extranjeros, si al menos uno de ellos hubiese nacido también en España. El artículo 17.1.c) CC, con la finalidad de evitar ser apátrida, atribuye la nacionalidad española a los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad. El artículo 17.1.d) CC atribuye la nacionalidad española de origen a los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada, por presunción *iuris tantum*. Ese artículo tiene que ser leído conjuntamente con el artículo 9.6 CC, de acuerdo con el cual corresponde a la ley española establecer las medidas de protección respecto de los



La adquisición derivativa permite a personas, que en origen tenían otra nacionalidad o carecían de nacionalidad alguna, ejercer el derecho a adquirir la nacionalidad tras la verificación de unas condiciones excepcionales determinadas legalmente. Se distinguen los siguientes modos: opción (artículo 20.1 CC), carta de naturaleza (artículo 21.1 CC) y residencia (artículos 21.2 y 22 CC), además de preverse la consolidación por posesión de estado en el artículo 18 CC¹²¹.

Los supuestos de adquisición de la nacionalidad española que generan el derecho a la opción son: la filiación o nacimiento en España declarada después de los 18 años de edad (artículo 17.2 CC); la adopción de un mayor de 18 años (artículo 19.2 CC); la sujeción actual o pasada a la patria potestad de un español (artículo 20.1.a CC); y ser hijo de padre o madre que hubiera sido originariamente español y nacido en España (artículo 20.1.b CC). La declaración de opción por la nacionalidad española ha de realizarse en el plazo establecido por ley (salvo en el caso del artículo 20.1.b) CC). Por tanto, una vez transcurrido, el eventual optante pierde todo derecho a utilizar dicha

menores que estén en territorio español. Espinar Vicente, J. M^a, *La nacionalidad...*, cit., pp.72 y ss.

¹²¹ Para la validez de esta adquisición el artículo 23 CC establece unos requisitos comunes: que el mayor de catorce años y capaz de prestar una declaración por sí jure o prometa fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes (art.12 párrafo 1 de la Orden JUS/1625/2016, de 30 de septiembre); declaración de renuncia a su anterior nacionalidad, exceptuados los naturales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal y los sefardíes originarios de España; inscripción en el Registro Civil español de la adquisición.

vía de adquisición derivativa de la nacionalidad española, pero el art. 22.2.b) CC permite la adquisición mediante el plazo de residencia de un año.

El art. 21.1 CC establece que se adquiere la nacionalidad española por carta de naturaleza, otorgada por el poder discrecional del Gobierno mediante Real Decreto, cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales. Así, por ejemplo el Real Decreto 453/2004, de 18 de marzo, concedió la nacionalidad española a las víctimas de los atentados terroristas del 11 de marzo de 2004. Se configura como una vía complementaria, que sirve para aumentar las garantías del sistema aunque su aplicación sea inusual.

En cuanto a la adquisición derivativa por residencia, es el supuesto más difundido. El artículo 22 CC dispone los requisitos que tienen que ser cumplidos. La residencia debe prolongarse durante 10, 5, 2 o 1 años de forma legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición, y el interesado debe acreditar buena conducta cívica y un suficiente grado de integración en la sociedad española¹²². La legalidad de la residencia

¹²² El plazo general de residencia exigido es de 10 años. La residencia quinquenal está prevista para quienes hayan obtenido asilo o refugio; la bienal para quienes pretenden naturalizarse españoles sean nacionales de origen de los países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal o sefardíes; y la anual para los casos de los nacidos en territorio español, los que no hayan ejercitado oportunamente la facultad de optar, los que hayan estado sujetos legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, los que al tiempo de la solicitud llevaran un año casados con español o española y no estuvieren separados legalmente o de hecho, el viudo o viuda de



implica que el solicitante debe haber obtenido la autorización de residencia (artículos 29 a 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social). El procedimiento de adquisición de la nacionalidad por residencia tiene carácter administrativo y se regula en el Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se regula el procedimiento de adquisición de la nacionalidad española por residencia.

Y por lo que respecta a la pérdida y recuperación de la nacionalidad, la pérdida se produce en ejercicio de la voluntad del sujeto que reside habitualmente en el extranjero por la efectiva adquisición de una nacionalidad extranjera o por la utilización exclusiva de la nacionalidad extranjera que tuviera atribuida antes de la emancipación, salvo en el caso de los nacionales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Portugal o Guinea Ecuatorial (artículo 24.1 CC). Asimismo pierden los emancipados que residan habitualmente en el extranjero y tengan otra nacionalidad si renuncian expresamente a la nacionalidad española (artículo 24.2 CC). Finalmente, los que habiendo nacido y residiendo en el extranjero y ostenten la nacionalidad española por *ius sanguinis* si sus padres también hubieran nacido en el extranjero pierden la nacionalidad española, en caso de que las leyes del país donde residan les atribuyan la nacionalidad de este, si no declaran su voluntad de

española o español, si a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho y los nacidos fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela que originariamente hubieran sido españoles.

conservarla en el plazo de tres años desde su mayoría de edad o emancipación (artículo 24.3 CC)¹²³.

El artículo 26 CC regula la recuperación de la nacionalidad española, cuyos requisitos son: ser residente legal en España, declarar ante el encargado del Registro Civil la voluntad de recuperarla e inscribir la recuperación en el Registro Civil¹²⁴.

III. ANÁLISIS PARTICULARIZADO DE LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR EXTRANJEROS PROCEDENTES DE PAÍSES O COMUNIDADES CON PARTICULAR VINCULACIÓN A ESPAÑA

El punto de partida viene dado por el planteamiento de la cuestión de si un tratamiento diferente recibido por los extranjeros según la procedencia es conforme al principio de no discriminación por razón de nacionalidad o al principio de equiparación del extranjero al nacional¹²⁵. Para darle una respuesta es preciso analizar el régimen vigente en esta materia.

¹²³ El artículo 25 CC establece supuestos de pérdida de nacionalidad, limitadas a los españoles que no lo sean de origen, a modo de penalización.

¹²⁴ No podrán recuperar la nacionalidad española sin previa habilitación concedida discrecionalmente por el Gobierno a los incursos en los supuestos del artículo 25 CC.

¹²⁵ El artículo 5.2 del Convenio Europeo sobre la Nacionalidad, de 6 de noviembre de 1997, dispone que "*Cada Estado Parte se guiará por el principio de no discriminación*



Para concretar la condición de extranjero acudimos al artículo 1.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de acuerdo con el cual *"Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española"*. Dicha Ley Orgánica responde al propósito de concretar el alcance de la asimilación de los extranjeros a los nacionales enunciado en el artículo 13.1 CE y en el 27 CC¹²⁶.

Ha de tenerse presente, en todo caso, que los nacionales de un país miembro de la Unión Europea gozan de un *status* especial que les otorga un tratamiento legal privilegiado fundado en el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad, resultado de la automática atribución de doble nacionalidad (la nacional de cada Estado de pertenencia y la comunitaria de la Unión Europea, cumulativa respecto a la primera). Respecto de ellos la garantía de la igualdad de trato es efectiva en cuanto se les equiparan a los nacionales, ante la existencia de una identidad europea definida.

La Ley Orgánica 4/2000 establece los requisitos a los que se subordina la concesión del permiso de entrada, permanencia y salida en España, diferenciando dos situaciones jurídicas como son la de estancia y la de residencia; esta última puede ser, a su vez, temporal o de larga duración (ex artículo 30.bis.2). Nos centramos en los necesarios para obtener el permiso de residencia en territorio español.

entre sus nacionales, ya sean nacionales por nacimiento o hayan adquirido su nacionalidad posteriormente".

¹²⁶ De acuerdo con este último, *"los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en leyes especiales y en los tratados"*.

En cuanto a los que justifican el otorgamiento del permiso de residencia temporal, es preciso acreditar que el solicitante dispone de los medios de vida suficientes para atender sus gastos y de sus familiares, como prevé el artículo.31.2 o *“por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente”* (artículo 31.3). Por lo que respecta al otorgamiento de la residencia permanente, antes de todo se subordina a la acreditación de la previa residencia temporal, por una temporada continuada de por lo menos cinco años (artículo 32.2). Este tipo de residencia se presenta como presupuesto para solicitar la nacionalidad española, ex artículo 22 CC.

Este último precepto refleja un régimen especial aplicable a quienes proceden de países o comunidades con una particular vinculación con España. Existe un triple criterio para establecer esa relación especial: los Estados que nunca han sido colonias españolas pero han estado unidas en el pasado a España, como Portugal y Andorra; los países que fueron incorporados al imperio español o fueron colonias españolas, entre los que se distinguen los que se incorporaron en tiempos más remotos, como los países iberoamericanos y Filipinas, y las que lo fueron en tiempo más reciente, como Guinea Ecuatorial; y aquellas comunidades que no forman un Estado, caso de los sefardíes. Se aprecia, sin embargo, una falta de sistematicidad y lógica en la aplicación de este trato especial.

El primer criterio se refiere a los Estados como Portugal y Andorra que nunca fueron colonias españolas, aunque estuvieron unidos a España en determinados periodos históricos. Parece responder a la vecindad geográfica que la aplicación del plazo más breve del artículo 22 CC



se limite a estos Estados y no se extienda a otros países, como Bélgica o Italia (por la vinculación con el Reino de las Dos Sicilias), cuya unión a España fue incluso más prolongada cronológicamente que la de esos Estados. De este modo, en tanto a un ciudadano portugués se le aplica el plazo reducido de dos años, en el caso de un italiano que quiera acceder por la misma vía (residencia) a la nacionalidad española deberá esperar 10 años de residencia legal en España.

El segundo criterio también extiende el plazo de dos años a los Estados que fueron incorporados al imperio español o, más próximamente en el tiempo, que fueron colonias españolas. En este caso se echa en falta la aplicación a Marruecos, que estuvo sujeto parcialmente al Protectorado del España.

Finalmente, en cuanto a la comunidad sefardí, se fortalece el vínculo histórico que los une a España. Los descendientes de quienes emigraron voluntariamente o fueron expulsados tienen derecho a conservar el vínculo que les une a España alimentando el conjunto de valores y tradiciones que han heredado de sus parientes.

Por su interés para el análisis de la problemática saharauí nos centramos en el régimen jurídico aplicable a los guineanos y a los sefardíes que aspiran adquirir la nacionalidad española. En relación con Guinea Ecuatorial el motivo es su proximidad territorial y temporal con Sahara Occidental, en cuanto ambos territorios tenían la condición de colonia africana, no obstante lo cual no el tratamiento en el artículo 22 CC es distinto. La razón de esta diferencia de trato puede encontrarse en que Guinea Ecuatorial proclamó su independencia. Y respecto de la comunidad sefardí, la conexión con los saharauíes radica en su identificación

como un conjunto de personas no asociada a la idea de nación, sino a la confesión religiosa.

En el caso de los guineanos, para entender las razones que justifican la particular posición jurídica de estos sujetos es preciso hacer referencia a los acontecimientos históricos que supusieron la apertura del Gobierno español a los nacionales de ese Estado. En Guinea Ecuatorial se inició el proceso de provincialización por Ley 4/1959, de 30 de julio desarrollada por Decretos de 31 de marzo y 7 de abril de 1960, que transformó la colonia en dos territorios: Río Muni y Fernando Poo. Por Ley 191/1963, de 20 de diciembre, de Bases sobre el régimen autónomo de la Guinea Ecuatorial, se reconoció a esos territorios un régimen autónomo, desarrollando gradualmente estructuras político-administrativas municipales. Los dos territorios tuvieron una representación paritaria dentro de la Asamblea General, a la que se añadieron un Consejo de Gobierno y un Comisario general. Se reconoció a los naturales de esos territorios derechos y deberes de los que gozaban los demás españoles por las leyes fundamentales franquistas.

A partir de la independencia, se produjo una discriminación de trato en el acceso a la nacionalidad en función de la posesión de un pasaporte español conseguido anteriormente a la proclamación de la independencia, pues a quienes carecían del pasaporte o a los que se les caducaba se les proveía de la cédula de inscripción de apátrida. Las autoridades españolas siguieron dando su apoyo sistemático al Gobierno guineano, contribuyendo así al mantenimiento de un régimen empobrecedor, a través de la Ley 49/1968, de 27 de julio. En virtud del Real Decreto 1987/1977, de 28 de octubre, sobre concesión de la nacionalidad española a determinados guineanos, se posibilitó la



concesión de la nacionalidad por carta de naturaleza en atención a las circunstancias excepcionales detalladas en el artículo primero¹²⁷. En el artículo segundo del Real Decreto se estableció el plazo de un año a partir de su entrada en vigor para poder ejercer esa opción ante el encargado del Registro, a partir de la publicación de la norma o de la mayoría de edad o emancipación del interesado. Una vez calificado ese derecho por la Dirección General de Registros y del Notariado, esta ha de disponer lo preciso para la adquisición de la nacionalidad (principalmente la inscripción en el Registro Civil). Y a ello se une la legitimación de cualquier ecuatoguineano para solicitar la nacionalidad española trascurridos dos años de residencia ex artículo 22.1 CC si demuestran que cumple los requisitos exigidos por ley, es decir si ha conseguido una autorización para residir en España legalmente y de forma continuada.

Respecto de los sefardíes, también en este caso para entender, en pleno, las razones que justifican la particular posición jurídica de ese colectivo es preciso hacer una referencia a los acontecimientos históricos que han determinado la extensión de un régimen preferencial para quienes acreditan pertenecer a esta categoría. En primer lugar ha de acudirse a la expulsión del territorio actualmente español que sufrieron los judíos que permanecieron en la Península Ibérica hasta la Edad Media, bajo del reinado de Isabel y Fernando,

¹²⁷ Las circunstancias excepcionales eran ser residentes en España al tiempo de publicarse el Real Decreto 1987/1977 y que antes del 12 de octubre 1968 hubiesen prestado servicio militar o ejercido cargo o empleo público como súbditos españoles. Al respecto, ARGUDO PÉRIZ, J.L. Y PÉREZ MILLA, J.J., *“Vinculación nacional y nacionalidad de los habitantes de los territorios descolonizados del África española”*, en Acciones e investigaciones sociales, nº 1, 1991, p.180.

el 31 de Marzo del 1492, con la firma del Edicto de Expulsión, que tuvo como consecuencia la generación de una comunidad de exiliados: los judíos expulsados y sus descendientes. El fundamento de ese Edicto fue el rechazo de los que vivían en territorio de las Coronas de Castilla y Aragón de convertirse al catolicismo y la oposición de esa postura al intento de crear una unidad religiosa cristiano-católica. Empezó así la diáspora forzosa de esa comunidad hacia destinos diversos. No obstante la dispersión, conservaron sus propias culturas de origen, en particular el conocimiento del latín.

En el siglo XIX se verificaron unos acontecimientos en derogación del Edicto que marcaron el comienzo de un campana filo-sefardí que tenía como objetivo la reintegración en España de aquellos "españoles sin patria", superando así aquellas orientaciones que calificaban estos súbditos como españoles solo aparentes.

En la actualidad existen dos medios para que los sefardíes puedan obtener la nacionalidad española. Primero, acreditando ser sefardí y probando su residencia legal en España durante al menos dos años, de acuerdo con el artículo 22 CC, asimilándose ya en estos casos su situación a los nacionales de otros Estados y naciones, como las iberoamericanas, con especial vinculación con España. Y en segundo lugar, por carta de naturaleza, otorgada discrecionalmente cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales, en virtud del artículo 21 CC.

La aplicación del plazo de dos años para adquirir la nacionalidad por residencia se produjo por Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código



Civil en materia de nacionalidad¹²⁸. Esa modificación obedeció a dos motivos: por un lado, en virtud del artículo 56.1 CE se resalta la importancia del vínculo histórico que liga a España con determinadas comunidades, y así se identifica al Rey como la *“más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica”*, y, por otro, España se siente responsable ante de la comunidad sefardí e intenta reparar de esta manera las consecuencias de la expulsión de 1492.

Respecto del segundo medio, el régimen jurídico actualmente aplicable al colectivo sefardí incluye la Ley 12/2015, de 24 de Junio, que garantiza a los sefardíes originarios de España, descendientes de los expulsados, el acceso a la nacionalidad española, facilitándolo a través de un procedimiento de concesión de la nacionalidad por carta de naturaleza ex artículo 21.1 CC, sin necesidad de probar la residencia en España ni de renunciar a su anterior nacionalidad. La circunstancia excepcional que hace surgir ese derecho es la condición misma de pertenencia al colectivo del sujeto interesado y su especial vinculación con España, acreditadas en la forma prevista en el artículo 1 de la Ley¹²⁹. Los interesados disponen de un plazo de tres años, prorrogable por un año más, desde la entrada en vigor de la Ley para manifestar sus deseos de adquirir

¹²⁸ La denominación de la comunidad que profesaba la religión hebrea como sefardí alude a su etimología, *“Sefarad”*, que en lengua hebrea significa Patria.

¹²⁹ Al respecto, GARCÍA GÓMEZ, R., *“Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España”*, en *Ars Iuris Salmanticensis*, nº 2, 2015, pp.203-205.

la nacionalidad española (Disposición Adicional Primera).

A partir de lo expuesto, pasamos a analizar la situación de los saharauis y las propuestas en relación con esta.

IV: 4. APROXIMACIÓN A LA VINCULACIÓN DE LOS SAHARAUIS CON EL ESTADO ESPAÑOL

Es preciso analizar brevemente los hechos históricos que han conducido a la actual situación de inestabilidad de Sahara Occidental.

La presencia española en los territorios del África Occidental, datada desde el siglo XV, con carácter político-administrativo y dentro de un proceso que se funda en razones militares y geoestratégicas, ha sido dividida en tres etapas¹³⁰: la etapa de asimilación a colonia española, con interés en la explotación mercantil; la de provincialización, que reconoce una relación de sumisión de las provincias al Estado bajo su imperio político y se contemplan formulas heterogéneas de organización provincial; y la de descolonización.

Por lo que respecta a la segunda, durante ella el Estado español, como potencia administradora, ejerció un fuerte control sobre estos territorios no autónomos a través del Ministerio de Presidencia y de los Gobernadores Generales, conservando una presencia saharauí en las Cortes y el Consejo nacional, que participaba en la determinación de los intereses de la

¹³⁰ ARGUDO PÉREZ, J.L. Y PÉREZ MILLA, J.J., "*Vinculación nacional...*", cit., pp.160 y ss.



provincia. Asimismo, en el ámbito de la Administración local se inició un proceso de transformación de la estructura organizativa del territorio¹³¹. Sin embargo, en Sahara Occidental resultó difícil, por su carácter desértico y por la media de edad de sus habitantes¹³².

Ha de destacarse que la equiparación de los provinciales a los nacionales, por ejemplo en el sector administrativo, generó solo en abstracto la asimilación de los habitantes de ambos territorios en el goce de derechos y deberes, pues nunca fueron reconocidos como españoles ni por *ius sanguinis* ni por *ius soli*, con

¹³¹ Se habla de "*materialización de la organización provincial*".

¹³² Estos caracteres del territorio nos llevan a considerar el Sahara como una extensión del territorio metropolitano español, con consiguiente reconocimiento la condición de nacionales españoles al pueblo saharauí; equiparación de status entre españoles peninsulares y nativos, se consagró en la Orden de 29 de noviembre de 1966, ambos llamados a ejercer el derecho de voto en el referéndum convocado por el Decreto 2930/1966 para elegir entre la integración o independencia de Marruecos; tienen que cumplir los objetivos de la MINURSO Misión des Nations Unies pour l'Organisation d'un Referendum au Sahara Occidental, una misión pacífica de la ONU, establecida en 1991, para definir el estado jurídico de ese territorio. En relación con ello, ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., "*La Ley española de extranjería: problemas que plantea en materia de discriminación por razón de nacionalidad*", en Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián, Vol. 1, 1999, p.293.

la excepción de los descendientes de españoles. En concreto esa asimilación nunca se verificó¹³³.

La descolonización se produjo en el marco de la "Carta Magna de la descolonización", adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1960. Tuvo lugar en respuesta a dos situaciones: las presiones políticas y militares externas de Marruecos y Mauritania y la debilidad política interna de España. En este contexto aconteció la "Marcha Verde", determinante del proceso posterior¹³⁴. Todo ello condujo a que España, Marruecos y Mauritania firmaran la "Declaración de principios entre España, Marruecos y Mauritania sobre el Sahara Occidental" o Acuerdo de Madrid el 14 de noviembre de 1975 y en que España manifestó su propósito de proceder a instituir una Administración temporal en el territorio en que participarían Marruecos y Mauritania.

La vigencia del Acuerdo se condicionó a la publicación de la Ley 40/1975, de 19 de noviembre, sobre descolonización del Sahara. Finalmente Mauritania

¹³³ GUZMÁN ZAPATER, M., *"Descolonización y nacionalidad. el caso saharauí. Consolidación de nacionalidad"*, en Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, nº 52, 2000, p.19.

¹³⁴ Con esa expresión se hace referencia a la marcha en la que, auspiciados por el Gobierno marroquí, participaron civiles marroquíes y los soldados de las Fuerzas Armadas Reales y que tenía como objetivo la ocupación marroquí del territorio del Sahara Occidental, al momento de la descolonización por parte de España, que estaba sufriendo una crisis política. Se denomina verde porque en las costumbres islámicas el color verde simboliza la paz y la buena voluntad. Empezó el 6 de Noviembre de 1975 por voluntad del rey Hasan II de Marruecos y concluyó con la firma del Acuerdo de Madrid.



abandonó Sahara Occidental dos años después, en tanto Marruecos se mantiene en la zona con la oposición del Frente Polisario, que demanda la celebración del referéndum avalado por la Organización de Naciones Unidas.

La descolonización puede llevarse a cabo de dos maneras: a través de la transformación *ex novo* de la ex colonia en Estado independiente, como se verificó, por ejemplo, en Guinea Ecuatorial con la Ley 49/1968, de 27 de julio, o mediante la sucesión de Estados en el territorio descolonizado, como sucedió en Ifni, cedido el 30 junio del 1969 a Marruecos, que sucedió a España. En cambio, en el territorio del Sahara Occidental se produjo una situación anómala.

La Ley 40/1975, de 19 de noviembre, facultó al Gobierno Español, *“para que realice los actos y adopte las medidas que sean precisas para llevar a cabo la descolonización”*. La presencia española en el territorio se justificó en nombre de la misión tutelar que se asignaba el Estado español ante la población saharauí con la finalidad de restaurar la integración territorial mutilada por la colonización¹³⁵. Pero pese a las Resoluciones de la Organización de Naciones Unidas, que reconoció a los habitantes del Sahara Occidental el derecho a la autodeterminación, remitiendo a la libre voluntad de ese pueblo la decisión de su vinculación a uno u otro Estado, el referéndum se sigue postergando cada año y a día de hoy continúa sin celebrarse.

¹³⁵ El Preámbulo de la Ley establece que: *“El Estado español ha venido ejerciendo, como potencia administradora, plenitud de competencias y facultades sobre el territorio no autónomo del Sahara, que durante algunos años ha estado sometido a un régimen particular como el provincial y que nunca ha formado parte del territorio nacional”*.

La presencia de España fue permanente hasta el 26 de febrero de 1976, fecha en la que esa se rompió por efecto del abandono del territorio.

Los saharauis, por el mero hecho de nacer en territorio español, no adquirirían la nacionalidad española, salvo el ejercicio del derecho de opción, al que nos referimos seguidamente. En la esfera política, fueron considerados súbditos españoles, que se beneficiaban tras de la colonización de la nacionalidad, aunque no eran nacionales ciudadanos¹³⁶. Tras la descolonización se les privó de este beneficio y se les concedió un acceso privilegiado mediante el ejercicio del derecho de opción. Así, por el Real Decreto 2258/1976 de 10 de agosto, sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sahara, se reconoció el derecho de opción a los habitantes de la provincia de Sahara en sus artículos 1 y 2, generando un vacío normativo en cuanto a la regulación de la conservación de la nacionalidad española a los naturales del territorio. La calificación jurídica de esa concesión de nacionalidad hecha a la población natural de Sahara genera problemas interpretativos. Ese derecho viene calificado como una falsa opción asimilable a la carta de naturaleza con carácter colectivo, a los efectos del artículo 19 CC, y condiciona la individualización de esa concesión al requisito de hallarse *“residiendo en territorio nacional estén provistos de documentación general española, o que encontrándose fuera de él se hallen en posesión del documento nacional de identidad bilingüe expedido por las autoridades españolas, sean titulares del pasaporte español o estén incluidos en los*

¹³⁶ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho español de la nacionalidad: estudio práctico*, Comares, Granada 2011, p.69.



*Registros de las representaciones españolas en el extranjero*¹³⁷. La opción se efectúa por declaración o manifestación de los interesados que deseen adquirir la nacionalidad en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor del Real Decreto. El derecho ha de ser ejercitado por el individuo y tiene carácter personalísimo, siendo intrasmisible. No se exige el requisito establecido en el CC de la renuncia previa a otra nacionalidad, en cuanto no se trataba de la adquisición de nacionalidad *ex novo*, sino de optar por la nacionalidad anterior.

Se planteó así el problema de cómo acreditar esa condición por quienes carecieran de los antiguos documentos de identidad españoles. Se produjo además la anulación automática de la documentación española para los que no ejercitaran la opción o los que, aunque la ejercitaran, les fuera denegada la nacionalidad por informe negativo de los Ministerios implicados (artículo tercero).

Existe en doctrina, como en jurisprudencia, una dualidad entre asimilación o no de los saharauis a los españoles, en materia de nacionalidad. Según parte de la doctrina jurisprudencial ese régimen es muestra de un privilegio concedido a los naturales del Sahara en virtud del elevado grado de vinculación de estos con la comunidad nacional. El único requisito requerido sería

137 Parte de la doctrina niega la legitimidad de esta manera de acceso a la nacionalidad por la carencia de otra nacionalidad sustitutoria de la que les correspondía y reconoce el derecho de adquirir la nacionalidad por carta de naturaleza colectiva, ÁLVAREZ RODRIGUEZ, A., "La Ley española...", cit., p.297.

la acreditación de una documentación administrativa¹³⁸. De acuerdo con otro sector de la jurisprudencia, los saharauis no eran nacionales españoles en virtud de la desvinculación, se encontraban en una situación anómala, no perteneciendo ni a un Estado predecesor ni sucesor, en que se halla en conflicto el ejercicio del derecho a la autodeterminación y el intento de soberanía de Marruecos¹³⁹.

Se puede deducir, a la luz de estas consideraciones, que la posición anómala de Sahara encuentra su fundamento en la naturaleza excepcional y privilegiada de las medidas legislativas que fueron adoptadas después del Acuerdo de Madrid. La insuficiencia de la disciplina legislativa ha otorgado especial importancia a las decisiones judiciales, por obra de los Tribunales de los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo, que desarrollaron dos orientaciones

¹³⁸ La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Octubre de 1998 inaugura esta doctrina, así como analizada por parte de JUAN SOROETA LICERAS, en *"la problemática de la nacionalidad los habitantes de los territorios dependientes y el caso del Sahara Occidental"*, pag.664. En ese caso objeto de juicio había sido la reclamación de indemnización efectuada por parte de un originario del territorio, residente en el Aiuan en el momento en el que se produjo la retirada de España. El resultado del juicio ha sido la denegación al reclamante de la posesión de los requisitos exigidos para poder conseguir la nacionalidad española.

¹³⁹ Así, Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2009 y 9 de marzo de 2010, en las que se niega la aplicación del régimen de CC en cuanto no vienen asimilados a los españoles.



judiciales opuestas¹⁴⁰. Por un lado se aplica la desvinculación personal, absoluta o relativa, defendida por los Tribunales de lo contencioso-administrativo, como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, nº 1227 de 7 de junio de 2010, que niega que los saharauis fueron españoles; por otro, la vinculación personal, defendida por el orden jurisdiccional civil, que reconoce que fueron españoles. Así, en la disyuntiva de identificar el territorio español con el de la nación española, a la luz de una interpretación restringida, o con el espacio físico en el que España ejerce su propia autoridad y sometido a sus Leyes, según una interpretación extensa, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 de noviembre de 1999, sostiene la naturaleza de territorio español, sometido a la autoridad del Estado español, pese a su denominación provincial¹⁴¹. Sigue el camino trazado por

¹⁴⁰ PÉREZ MILLA, J.J., "Travesía hacia la nacionalidad española: oasis y desiertos en el Sahara", Revista general de legislación y jurisprudencia, nº 3, 2011, p.422.

¹⁴¹ Afirma el Tribunal: "*Pues bien, Guinea, Ifni, y Sahara eran territorio españoles que no formaban parte del territorio nacional. Y porque esto era así es por lo que no se quebrantaba la integridad del territorio nacional por la realización de aquellos actos jurídicos y políticos que determinaron la independencia de Guinea (que hasta ese momento fue una dependencia de España), la cesión o, si se quiere, la «retrocesión» de Ifni a Marruecos, y la iniciación del proceso de autodeterminación del Sahara. y es que solamente puede considerarse «territorio nacional» aquel que, poblado de una colectividad de ciudadanos españoles en la plenitud de sus derechos, constituye una unidad administrativa de la Administración local española -en su caso, de parte de una de ellas- y que, cualquiera que sea su organización, no goce de otra personalidad internacional ni de otro derecho de autodeterminación que el que a la nación corresponda como un todo.*

la precedente jurisprudencia en favor de la aplicación general del régimen del CC, confirmando la vinculación personal de los saharauis a España y desarrollando la doctrina de la asimilación territorial. Los que nacieron en el Sahara cuando estaba sometida a la autoridad española se equiparan a los que nacieron en España y, en cuanto tales, se les puede reconocer la condición jurídica de españoles, sin perjuicio de las consecuencias de la descolonización para la nacionalidad previa.

El régimen jurídico aplicable cambia en función de la intensidad de la vinculación personal de los habitantes del territorio colonial respecto del metropolitano. De hecho, la orientación mayoritaria es la de la vinculación personal de esa población apátrida, dentro un proceso de asimilación territorial, como se irá exponiendo. El Estado debe hacer una evaluación global para otorgar una suficiente vinculación a una nación a efectos de la adquisición de la nacionalidad de esta, en atención a una pluralidad de parámetros que forman el estado de una persona. El proceso de asimilación de un territorio colonial al metropolitano o la independencia puede ser

Repetimos: el Sahara español -y otro tanto ocurría con Ifni y Guinea ecuatorial- era, pese a su denominación provincial, un territorio español -es decir: un territorio sometido a la autoridad del Estado español- pero no era territorio nacional".

Esta doctrina ha sido acogida por la jurisprudencia posterior, como se aprecia en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2009: *"la distinción entre territorio nacional y español tiene validez general y opera independientemente de que se ejerciese o no dicha opción".*



gradual o progresivo¹⁴². En relación con Sahara se ha seguido un *iter* progresivo que nunca ha llegado a equiparar los naturales de estos territorios a los nacionales metropolitanos.

La primera orientación es la de la doctrina de la desvinculación, que se proyecta tanto sobre el territorio como sobre los habitantes del Sahara, que tienen el *status* de súbditos que se beneficiaron de la nacionalidad española al momento de la concesión del derecho de opción y que perdieron automáticamente ese beneficio trascurrido un año, quedando desvinculados de España. Eso provoca que los saharauis (al menos los refugiados que viven en Argelia) sean apátridas e indocumentados. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2007, que reconoce la condición de apátridas de los saharauis, parece abrir, sin embargo, una vía a la adquisición de la nacionalidad ex artículo 17.1.b) CC para los descendientes de nacidos en Sahara antes del 26 de febrero de 1976 o ex artículo 17.1.c) CC para los descendientes de los nacidos después¹⁴³. Al respecto, el artículo 17.1.b) CC parece permitir adquirir la nacionalidad española de origen al hijo nacido en España de padre saharai que naciera en Sahara antes del 26 de febrero de 1976. Sin embargo, si se entiende el término "*España*" del artículo 17 CC como referido al territorio nacional *stricto sensu*, no incorpora los antiguos territorios de soberanía española, por lo que, según esta interpretación del sentido del artículo 17 CC

¹⁴² Véase la distinción entre la emancipación plena y limitada, ARGUDO PÉRIZ, J.L. Y PÉREZ MILLA, J.J., "*Vinculación nacional...*", cit., p.176.

¹⁴³ GÓMEZ RECIO, F., "*Sobre la nacionalidad española de los naturales del Sahara*", Diario La Ley, nº 7333, 2010, pp.3-4.

no se refiere a quienes nacieron en Sahara. En cuanto al artículo 17.1.c) CC, los saharauis carecen de nacionalidad, en cuanto ningún Estado surgió en Sahara Occidental. No son españoles actualmente, ni marroquíes, pues lo rechazan, ni nacionales de Argelia, que les ha concedido el pasaporte exclusivamente por razones humanitarias.

La segunda orientación es la de la doctrina de la desvinculación relativa, en que se les reconoce el *status* de nacionales en atención a la concesión hecha por el RD 2258/1976, de modo que a partir de la caducidad del plazo, el 11 de agosto del 1977, se desvinculan de España, pero quedan exceptuados los que no pudieron ejercer el derecho de opción por imposibilidad de hecho y los que ejercieron regularmente, pero fueron rechazados arbitrariamente e injustificadamente por la Administración.

La tercera orientación, que es por la que nos inclinamos, es la doctrina de la vinculación personal, reflejada en jurisprudencia con la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998, seguida por la antes mencionada de 7 de noviembre de 1999. Se considera el Sahara territorio español. El Tribunal Supremo resquebraja la doctrina de la desvinculación. Establece que el territorio saharauí era español y permite que se produzcan los efectos de consolidación de la nacionalidad por la vía estrictamente supletoria, ex artículo 18 CC, que condiciona la nacionalidad española a la posesión y utilización de un título inscrito en el Registro Civil. Esa concesión se aplica estrictamente solo en el caso mencionado. Como se establece en la Instrucción de 28 de marzo de 2007 fuera de ese caso se excluye que se concurren las mismas condiciones el sujeto interesado pueda ejercer el derecho de opción, de hecho, fuera del plazo.



Es preciso examinar qué títulos se consideran idóneos para extender esta previsión a otros casos futuros. Se admite, según una interpretación extensiva, un grado de prueba más flexible: posesión de pasaporte y DNI bilingüe del interesado o el certificado registral del padre que disponía de ese DNI¹⁴⁴. Esta cuestión de los medios de prueba exigidos también se relaciona con la atribución por *ius sanguinis*, que demanda al progenitor la facultad de probar su españolidad, para que sea transmitida a sus hijos. Para probar la generación física por progenitor español se acude a los medios previstos en el artículo 85 del Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil, reconociéndose eficacia probatoria a otros documentos¹⁴⁵. Así sucede con el documento de reconocimiento de la filiación, sentencia judicial, presunción de paternidad matrimonial o certificados de censo elaborados para el Referéndum del Sahara Occidental.

Pero esa doctrina tiene escasa eficacia en la práctica judicial y administrativa en cuanto las inscripciones en el Registro no hacen plena prueba de la nacionalidad española de un saharauí, otorgada por concesión administrativa o judicial¹⁴⁶. Lo que solía ocurrir es que los Tribunales rechazaban las pretensiones por razón de insuficiencia de las pruebas para probar la condición personal de español del hijo o del progenitor, el lugar de nacimiento y la relación de filiación. No obstante en

¹⁴⁴ Así establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Octubre de 1998.

¹⁴⁵ PÉREZ MILLA, J.J., "*Travesía...*", cit., p.423.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p.444.

la Sentencia antes mencionada del 1998 se obliga el Tribunal a reconocer la nacionalidad del solicitante, admitiendo medios de pruebas diversas del título de inscripción del nacimiento.

El artículo 20.1.b) CC, en su redacción dada por Ley 36/2002, de 8 de octubre, abrió otra vía de acceso a la nacionalidad, a condición que concurrieran dos requisitos: el nacimiento en el Sahara bajo del protectorado español, equiparable al nacimiento en España, y la acreditación de la condición de español de origen del padre del interesado, a través de la aportación al expediente de la inscripción en el Registro Civil español¹⁴⁷.

Además otra vía de acceso a la nacionalidad era a través de la adquisición por residencia legal de un año, ex artículo 22.2.a) o f)CC, que condiciona la nacionalidad a la residencia de un año para el que haya nacido en territorio español y los nacidos fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela que originariamente hubieran sido españoles, respectivamente. La expresión "*España*" o "*territorio español*" puede ser interpretada en un sentido más o menos amplio en función de si quedan incluidos o excluidos las posesiones, las colonias y los Protectorado, como afirma la Sentencia ya citada. En este caso concreto es interpretada en un sentido amplio, considerando así el Sahara territorio español, sometido a la autoridad del Estado español. Se les aplica a los que hayan nacidos antes del 26 de febrero de 1976 el régimen de adquisición privilegiada por residencia ex artículo 22.2.a) CC, y ex artículo 22.2.f) CC a los que hayan nacido, después de esa fecha, en el

¹⁴⁷ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., "*La Ley española...*", cit., p.290.



Sahara o en otro territorio extranjero de padre o madre, abuelo o abuela originariamente español.

V. EXAMEN DE LA PROPOSICIÓN DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 22.1 DEL CÓDIGO CIVIL Y VALORACIÓN

La Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados en su sesión del día 4 de octubre de 2016, aprobó con modificaciones la Proposición no de Ley relativa a la concesión de la nacionalidad a los saharauis, presentada por el Grupo Parlamentario Esquerra Republicana, en los siguientes términos:

"El Congreso de los Diputados insta al Gobierno español a:

1. Modificar el artículo 22 del Código Civil para incluir a los saharauis entre los que pueden adquirir la nacionalidad española mediante un plazo privilegiado de dos años de residencia.

2. Modificar el artículo 221 del Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil, para reconocer de forma expresa la validez de los certificados expedidos por los Registros de la República Árabe Saharaui Democrática para probar los hechos a los que hace referencia el artículo 220 del mencionado Decreto.

3. Modificar el apartado h) del artículo 23 del Código Civil como sigue: "Que la misma persona declare que renuncia a su anterior nacionalidad. Quedan a salvo de este requisito los naturales de países mencionados en

*el apartado 1 del artículo 24, los sefardíes originarios de España y los saharauis*¹⁴⁸.

Los numerosos requisitos que tiene que ser cumplidos para acceder a la nacionalidad española dificultan el acceso a esta nacionalidad española y tienen como consecuencia en la mayoría de los casos la denegación de nacionalidad a los solicitantes, generando así un trato discriminatorio para los que fueron españoles. Las razones que justifican la propuesta serían la deuda moral y la responsabilidad histórica. Se ha excluido que exista un interés económico en la relación entre Sahara Occidental y España y afirmado que el interés perseguido en esa relación es el de la libre autodeterminación de esa población. Pero ese interés choca con el interés económico presente en la relación entre España y Marruecos.

El territorio saharauí fue la 53ª provincia española hasta el año 1975 y parece "lógico" que se aplique la misma normativa a los naturales de Sahara Occidental que a los originarios de países iberoamericanos o a los sefardíes. La extensión del régimen privilegiado para estos sujetos encuentra su justificación en el hecho que los saharauíes hablan español, poseían documento de identidad española, tenían representantes en las Cortes y formaban parte del ejército español. La Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, facilita el acceso a la nacionalidad para unas categorías cerradas de sujetos y se excluye su aplicación por analogía a los saharauíes. El CC, en el

¹⁴⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados de 14 de octubre de 2016.



apartado primero del artículo 22 excluye sin razón a los saharauis. Las discriminaciones que han sufrido los saharauis se deben a las diferentes consecuencias del proceso de descolonización, en cada una de las ex provincias. En el Sahara, como hemos ya examinado, no ha sido definida su posición jurídico-política, por lo que la procedencia de un país no reconocido dificulta la aplicación del régimen aplicable a los habitantes de un Estado como España.

Frente a la situación de los sefardíes, respecto de quienes la nacionalidad española se añade a la del país donde nacieron o viven y sirve para reforzar su vinculación a España, el colectivo saharauí no goza de una nacionalidad inicial que les garantice un grado de protección jurídica mínima, por lo que extender este régimen privilegiado de acceso marcaría el comienzo de un proyecto de integración de la población saharauí dentro del Estado español, empezando a colmar el vacío normativo en relación con dicha comunidad.

De llevarse a efecto la reforma del CC en los términos expuestos, se precisarían otras intervenciones normativas complementarias, como sucedió con los sefardíes. A día de hoy hace falta avanzar propuestas de ley para adecuar la disciplina vigente en un contexto de homogeneización del trato jurídico reservado a unas categorías de sujetos que tienen una particular vinculación con España. El objetivo de esas propuestas tiene que ser el de *“corregir los problemas que se están dando en el acceso a la nacionalidad española por una parte importante de los descendientes de ciudadanos españoles residentes en otros países, al tiempo que unificase y facilitase las condiciones para ese acceso y, en general, las normas existentes, en ocasiones muy dispersas y difíciles de conocer e interpretar”*, como afirmado en el último Pleno del Consejo General de la

Ciudadanía Española en el Exterior (CGCEE), como se establece en el texto de la reforma de 19 de febrero de 2015.

A la luz del estudio efectuado del contexto histórico, cabe señalar que la cuestión de la inmigración transnacional empieza a ser regulada desde una perspectiva humanitaria y democrática, que aspira a la tutela de la justicia global. Según Van Hoogstraten *“la vida de una persona, al igual que una eclipse, puede tener más que un centro”*. La creciente internacionalización de las relaciones humanas genera la necesaria creación de un régimen internacional de extranjería que establezca un tratamiento homogéneo, equiparando los derechos y deberes que corresponden a los individuos de una comunidad social que intentan entrar en otra con interés por permanecer por una breve temporada o con los que aspiran a convertirse en miembros de ella. En nombre de uno de los principios fundamentales de los ordenamientos democráticos, el principio de igualdad, no se admite un trato discriminatorio de situaciones formalmente iguales, si ese no se funda en una justificación razonable y lógica. A este respecto, se estima privado de lógica el trato diferente reservado a la población saharauí en el acceso a la nacionalidad. La dimensión individual de la situación jurídica de una persona cede frente a la dimensión global de la comunidad social de la que él forma parte.

Pero seguimos identificándonos más a un nivel nacional que transnacional, pese a que vivimos en comunidades continuamente interrelacionadas en las que la identidad transnacional prevalece sobre la nacional. En este contexto, cada Estado debe adecuar su legislación nacional que regula el acceso a la nacionalidad, a través de la adopción de actos legislativos internos, en



aplicación de las directrices fijadas en un régimen internacional de extranjería. Tiene que superarse el criterio selectivo y discriminatorio en el acceso a la nacionalidad en favor de un criterio antidiscriminatorio, por lo menos sin justa causa. Los principios fijados en abstracto han de ser adecuados a las situaciones concretas, ponderando el interés en la integración del individuo con el interés del Estado en el enriquecimiento cultural que la integración genera y con el mantenimiento de un equilibrio interno, desde el punto de vista social, político y económico. Junto a la proclamación en abstracto del objetivo de la integración del extranjero en la sociedad en la que aspira a ser acogido, el Estado acogedor en concreto debe ser capaz de ofrecer un nivel mínimo de protección. Ese nivel tiene que ser establecido en un ámbito internacional con intervención a nivel nacional de cada Estado para regular, en concreto, la adopción de medidas necesarias en nombre del principio de la tutela de la justicia social.

Estos principios han de ser aplicados en relación con el Sahara Occidental, cuya situación actual puede ser resumida como sigue: se considera, para el Derecho internacional, sujeto a la potencia administradora española, si bien, como señala la ONU, *“no transfirió la soberanía sobre el Territorio ni confirió a ninguno de los signatarios la condición de Potencia administradora, condición que España, por sí sola, no podía haber transferido unilateralmente”*. En la realidad práctica se halla ocupado por Marruecos, que lo consideraba territorio expoliado. Con vista al objetivo de facilitar el acceso de los saharauis a la nacionalidad española, por su vinculación de carácter personal a España, es preciso inspirarse en los principios internacionales que gobiernan el régimen de extranjería. El vacío normativo en la legislación española en cuanto a la

disciplina aplicable a la población saharauí puede ser colmado en abstracto según una interpretación extensiva de la normativa existente, que es la que viene privilegiada en nuestro análisis, por analogía con otras categorías, sean Estados o comunidades nacionales. No se admiten discriminaciones que excluyan esta categoría si no se justifican según una razón lógica. Esa interpretación en abstracto tiene que ser concretada por la redacción en concreto de una Ley a nivel nacional, fuente primaria que establezca el alcance y los supuestos de acceso a la nacionalidad, aliviando la carga de la prueba y extendiendo las medidas probatorias admitidas. La aprobación de una nueva Ley en esta línea marcaría de manera influyente este camino.

BASES PARA LA PUBLICACIÓN

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 Verdana¹⁴⁹. 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

¹⁴⁹ 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.



comunes a las que se adaptan las publicaciones jurídicas, y en este sentido son orientativas en dicho campo temático. Si el trabajo presentado respeta las pautas formato expuestas en el epígrafe anterior pero su sistema de citas se adecua a otros usos académicos propios del ámbito científico en el que se inscriben, no tendrán que adecuarse al que a continuación se explica.

Si se trata de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

La primera vez que una obra sea citada se hará una cita completa en nota a pie, con arreglo a los siguientes formatos:

Identificación del autor o autores: apellido (en su caso, apellidos) e inicial del nombre del autor, en mayúsculas o versalitas, separados por coma y terminando con un punto.

A continuación habrá de diferenciarse según el tipo de trabajo citado:

- **Libro:** título del libro en cursiva, seguido del número de edición (si hay más de una), la editorial, la localidad de edición y el año de la misma.

La separación entre el nombre del autor y el título del libro se hará a través de coma, y la separación del resto de indicaciones referidas a través de comas.

- **Artículo en publicación periódica (revista):** título del artículo entre comillas, título de la revista –si la revista se conoce comúnmente con algún acrónimo se pondrá éste pero se hará constar también el título completo de la revista

entre paréntesis-, año de edición, página inicial y final del artículo.

- **Capítulo en colección de escritos de varios autores:** título del capítulo o aportación escrita entre comillas, título de la obra de conjunto en cursiva, mención –en su caso- del nombre del coordinador, director o editor de la obra conjunta, y, a continuación, mención de la localidad y del año de edición.
- **Obra en co-autoría:** los autores serán mencionados por el orden en el que figuren en el libro o artículo u otro tipo de escrito. La separación entre nombres de autores se hará a través de punto y coma.

Las posteriores citas de la misma obra serán abreviadas, mencionándose, únicamente, el apellido (los apellidos, en su caso), del autor o de los autores, y 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