

Nº 12
Cuarto 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 12. Diciembre 2017

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

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

Doctor en Derecho y Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.



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 GESTIÓN DE LOS CONTRATOS DE PEQUEÑA CUANTÍA SEGÚN LA NUEVA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. CONTRATOS MENORES, SISTEMAS DINÁMICOS DE ADQUISICIÓN Y PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO DE TRAMITACIÓN SUMARIA.

Dña. María del Rosario Delgado Fernández..... 15

“ÉTICA DE MÍNIMOS” COMO CAUCE DE LA FILOSOFÍA MORAL PARA REFORZAR LA LEGITIMACIÓN DE UNA ÉTICA CÍVICA EN FORMA DE MORAL DEMOCRÁTICA. UNA REFLEXIÓN A PROPÓSITO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LAS ASIGNATURAS DE “EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA

D. Julio Díaz-Maroto Maqueda 51

EL FRAUDE FISCAL COMO DELITO PREVIO AL BLANQUEO DE CAPITALES.

Dña. Mónica de la Cuerda Martín. 93

SECCIÓN INTERNACIONAL

LAS MEDIDAS PREVENTIVAS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL

Dña. Laura Viviana Sagrera..... 179



LOS INSTRUMENTOS PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ESPAÑA Y EN ITALIA. LA PREVISIÓN Y LA AUSENCIA DEL AMPARO CONSTITUCIONAL
Dña. Maria Bazzini 215

COMENTARIOS DE SENTENCIAS

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO, SECCIÓN TERCERA, DE 31 DE OCTUBRE DE 2017 RECAÍDA EN EL RECURSO 1062/2017 SOBRE ENTRADA EN DOMICILIO PARA INSPECCIÓN. GRADO DE CONCRECIÓN DE LA INFORMACIÓN QUE DEBEN CONTENER LAS SOLICITUDES DE AUTORIZACIÓN DE ENTRADA EN DOMICILIO O EN LA SEDE SOCIAL DE UNA EMPRESA FORMULADAS POR LA COMISIÓN NACIONAL DE MERCADOS Y COMPETENCIA
Dña. Belén Lopez Donaire 259

BASES DE PUBLICACIÓN275

EDITORIAL

En la actualidad, nos encontramos ante un panorama legislativo marcado por la denominada “Estrategia Europa 2020”, dentro de la cual, la contratación pública desempeña un papel clave, puesto que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos.

Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la nueva Ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio. La ley es novedosa, novedosa por las nuevas figuras que aporta y por la gran cantidad de cambios que trae consigo en materias ya también conocidas. Nos encontramos con la desaparición de figuras jurídicas como pueden ser el contrato de gestión de servicios públicos o el de colaboración público-privada, con la desaparición de procedimientos como el negociado sin publicidad por razón de la cuantía y la creación de otros como el de asociación para la innovación, el procedimiento simplificado o el denominado ya como supersimplificado; con viejos principios generales sacados de nuevo a flote al incorporarlos al Derecho positivo de la contratación pública, como el principio general de integridad; o con prácticas que ahora se normalizan con la figura de las consultas preliminares. Son simples ejemplos, ya que hay muchos otros como



pueden ser la necesaria programación o la nueva gobernanza, que ya ha tenido en parte su entrada en vigor y sus consecuencias prácticas para los órganos de contratación, aumentando el control sobre los mismos y las obligaciones de información que han de facilitar.

También nos encontramos con cambios que suponen una novación en la regulación ya existente: solvencia, perfil de contratante, ámbito subjetivo, prohibiciones de contratar, uso de cláusulas sociales y medioambientales, innovación, tipos contractuales, concesiones de servicios, riesgo operacional, duración de los contratos, división en lotes, encargos de gestión y convenios, importantes novedades en la figura del contrato menor, del recurso administrativo especial, mesas de contratación, condiciones especiales de ejecución, subrogación, subcontratación, cesión y sucesión, clasificación, tribunales de recursos contractuales, el novedoso Libro III, la contratación pública electrónica obligatoria y un largo etcétera.

En fin... un sinfín de novedades imposibles siquiera de citar en unas breves líneas, contratación pública en estado puro, que supone un reto para el "más pintado", en una materia que constituye el principal canal de actuación administrativa de las Administraciones Públicas y resto del Sector Público, que exige de una vez por todas una imprescindible profesionalización de los empleados y gestores públicos de la contratación pública, que no olvidemos están sometidos a un régimen de responsabilidades mayor que el del resto de servidores públicos, y que requiere por tanto una verdadera profesionalización de éstos, basada en la aplicación rigurosa de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a estos puestos, tal y como viene demandando la Unión Europea para una materia

tan compleja y tan sensible social, medioambiental y económicamente como es la contratación pública.

Hasta el 9 de marzo de 2018 tienen de tiempo los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación para adaptarse a la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Queda un cierre de ejercicio presupuestario por delante, a punto ya, objetivo de la gestión diaria en el Sector Público (y privado) y posteriormente un periodo de inicio del año, corto, hasta el 9 de marzo, quizás insuficiente para muchos, pero bueno desde el punto de vista de la menor actividad del Sector Público en esas fechas como consecuencia de la puesta en marcha todavía del ejercicio económico en curso.

Es un buen momento para hacer todos los deberes que esta nueva e importante norma requiere y apostar definitivamente por la profesionalización que también exige una materia tan compleja como es la contratación pública.

EL CONSEJO DE REDACCIÓN

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

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

**“LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS DE
PEQUEÑA CUANTÍA SEGÚN LA NUEVA
NORMATIVA DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA. CONTRATOS MENORES,
SISTEMAS DINÁMICOS DE
ADQUISICIÓN Y PROCEDIMIENTO
ABIERTO SIMPLIFICADO DE
TRAMITACIÓN SUMARIA”**

Trabajo finalizado en diciembre de 2017

María del Rosario Delgado Fernández

Técnico de Gestión–Servicio de Contratación
Universidad de Alcalá

Resumen:

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, ha establecido una serie de procedimientos con el fin de que la contratación menor se use adecuadamente y esté debidamente controlada. Dado que las situaciones que anteriormente se solucionaban mediante contratos menores van a seguir apareciendo, es necesario buscar



dentro de la propia ley mecanismos que les den solución de la forma adecuada.

Abstract:

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 has established a number of procedures to ensure that the hiring of minors is properly used and is properly controlled. Since the situations that were previously solved through minor contracts will continue to appear, it is necessary to search within the law mechanisms that give them a solution in the right way

INDICE

1.- INTRODUCCIÓN

2.- LOS CONTRATOS MENORES

2.1 Definición

2.2 Expediente de contratación en contratos menores

2.3. Obligaciones de publicación y envío

2.3.1. Publicación en el Perfil de Contratante.

2.3.2 Envío de contratos menores al Tribunal de Cuentas u Órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma

2.3.3. Comunicación al Registro de contratos del Sector Público

3.- SISTEMAS DINÁMICOS DE ADQUISICIÓN

- 3.1. Concepto y utilidad
- 3.2. Ventajas sobre los acuerdos marco
- 3.3. Implementación
 - 3.3.1 Inicio
 - 3.3.2. Admisión de empresas
 - 3.3.3. Contratos específicos
- 3.4. Obligaciones de publicación y envío
 - 3.4.1. Publicación en el perfil de contratante
 - 3.4.2.- Envío de contratos menores al Tribunal de Cuentas u Órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma
 - 3.4.3.- Comunicación al Registro de Contratos del Sector Público.
- 4. PRODEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO DE TRAMITACIÓN SUMARIA
 - 4.1. Concepto y utilidad
 - 4.2. Supuestos de aplicación
 - 4.3. Tramitación
 - 4.4. Adjudicación
 - 4.5. Obligaciones de publicidad y envío
- 5. CONCLUSIONES

1.- INTRODUCCIÓN

Durante todo el periodo de vigencia de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, y del Real Decreto 3/2011 por el que se aprobaba su texto refundido se ha evidenciado que por parte de los poderes adjudicadores se ha estado abusando de la contratación directa, sin el adecuado respeto a los principios rectores de la contratación pública y con mucha menor posibilidad de



control de la misma, tanto desde dentro del propio organismo como por órganos externos.

A pesar de las observaciones hechas por las Instituciones Europeas¹ y de la promulgación de normas de transparencia en la legislación nacional², que han intentado, al menos, una publicación "a posteriori" de los contratos menores, no parece que se haya obtenido, en lo que se refiere a la necesaria transparencia y respeto a los principios rectores, el resultado deseado.

Algunos informes de Juntas Consultivas³, ya establecieron en su día que, si bien los contratos menores son una herramienta útil que permite la

¹ El "*Libro verde. La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el Futuro*", de la Comisión Europea de 27 de Noviembre de 1996, y en 2010 sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE, invitando a aplicar una política más abierta de la contratación pública para que los procedimientos de contratación sean más justos, transparentes y no discriminatorios, buscando reducir el riesgo de fraude y corrupción en las administraciones, además de buscar la eficiencia en el uso más eficaz de los fondos públicos intentando lograr instrumentos flexibles y fáciles de usar que hagan transparentes y competitivas las adjudicaciones de contratos públicos.

² La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno.

³ Por ejemplo el Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 29 de octubre de 2010 o el Informe 4/2010, de 29 de octubre del Govern de les Illes Balears.

simplificación del procedimiento de contratación nada impedía que se debiera recomendar para garantizar los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia en los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa, que se solicitasen tres ofertas, siempre que fuese posible, a lo que hubiera sido aconsejable añadir que la elección de una de las mencionadas ofertas debía justificarse en el expediente motivando en que parámetro se basaba dicha elección, aunque dicho extremo no estaba incluido en el articulado de la Ley 30/2007 ni en el de su texto refundido.

Es también obvio que la justificación de la necesidad e idoneidad del contrato, así como la naturaleza y extensión de las necesidades que pretendían cubrirse mediante el mismo, no eran, en el caso de los contratos menores en la mayoría de los casos, determinadas con precisión, obligación incluida en el artículo 22.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público⁴ y que afectaba a los contratos menores, en tanto que contratos del sector público sujetos, por lo tanto, a la normativa reguladora de los mismos.

Al estar los contratos menores definidos por su importe, las Administraciones han acudido al procedimiento por

⁴ La LCSP, en su artículo 28.1 mantiene la misma obligación, pero añade "cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad". Esto no supone que en los contratos menores no sea necesario justificar la necesidad e idoneidad del gasto, dado que en el artículo 118.2 "in fine" indica que "En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato".



su inmediatez y agilidad procedimental, en muchos casos sin garantizar la eficiencia en el gato público, y se ha convertido en un mecanismo muy habitual en gran número de poderes adjudicadores, llegando se incluso al fraudulento fraccionamiento indebido de su objeto evitando tanto la fiscalización, en los casos preceptivos, como las obligaciones de publicidad que le hubieran correspondido en función del procedimiento de adjudicación⁵ así como una utilización no adecuada a los fines que se persiguen mediante la contratación administrativa⁶.

⁵ El Informe 9/2009, de 15 de junio, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía, refirió que los efectos de la posible fraccionamiento del objeto del contrato se interconexionan con la categoría legal de los contratos menores ya que, en la generalidad de los casos, el uso de la contratación menor y su apariencia de legalidad constituye el cauce habitual que se emplea para incumplir los correspondientes preceptos legales sobre publicidad y sobre procedimiento de adjudicación.

⁶ En este sentido, Julio González, en su artículo "Los contratos menores en la nueva Ley de Contratos del Sector Público",

[https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/11/20/contratos-menores-nueva-ley-contratos-sector-publico/?utm_source=Global+Politics+and+Law&utm_campaign=ad238c1921-](https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/11/20/contratos-menores-nueva-ley-contratos-sector-publico/?utm_source=Global+Politics+and+Law&utm_campaign=ad238c1921-EMAIL_CAMPAIGN_2017_11_20&utm_medium=email&utm_term=0_8b4bb40769-ad238c1921-117625513)

[EMAIL_CAMPAIGN_2017_11_20&utm_medium=email&utm_term=0_8b4bb40769-ad238c1921-117625513](https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/11/20/contratos-menores-nueva-ley-contratos-sector-publico/?utm_source=Global+Politics+and+Law&utm_campaign=ad238c1921-EMAIL_CAMPAIGN_2017_11_20&utm_medium=email&utm_term=0_8b4bb40769-ad238c1921-117625513) indica que "de hecho, durante la crisis económica han podido servir como vía para paliar las tasas de reposición tan estrictas que ha impuesto el Gobierno de Rajoy y que han impedido la llegada de nuevo personal a las Administraciones Públicas. Ha servido, en definitiva, de una vía para externalizaciones de servicios de cuantía no especialmente elevada y que, por tanto, no tenían la misma repercusión pública. Hoy

No obstante, no resulta posible olvidar que las situaciones en que es necesario atender determinadas necesidades de reducido importe económico con agilidad, y en que las características del contrato menor son idóneas, dado que se traducen en una simplificación del procedimiento, van a seguir produciéndose de manera cotidiana en la administración.

El contrato menor debe aplicarse correctamente para resolver alguna de las situaciones mencionadas en el punto anterior, en concreto aquellas que sean puntuales, no repetitivas y poco previsibles⁷.

Para aquellas necesidades no puntuales y/o repetitivas, resultará “necesario anticiparse y buscar procedimientos de contratación adecuados de atender necesidades que se están cubriendo mediante contratos

constituye una práctica formalmente prohibida en el [artículo 308.2 LCSP](#)”

⁷ En el trámite parlamentario de la LCSP se presentaron enmiendas que no fueron admitidas y que reforzaban esta postura, como la enmienda nº 102, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea: «En los contratos menores, cuyo uso tendrá un carácter excepcional y se aplicará solamente para necesidades puntuales y esporádicas (...)». y la enmienda 581, del Grupo parlamentario socialista «En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano encargado competente para la proponer la contratación en el que se recoja la perentoriedad de la contratación y la imposibilidad de acudir al procedimiento simplificado» no obstante parece quedar perfectamente claro en la norma que el uso de los contratos menores debe limitarse a este tipo de necesidades.



menores⁸ y deberán utilizarse los distintos procedimientos que el texto de La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) introduce, en algunos casos de forma novedosa y en otros derivada –aunque con modificaciones– de la normativa anterior, en particular, los sistemas dinámicos de adquisición y el procedimiento abierto simplificado en su tramitación sumaria, que son objeto asimismo del presente trabajo.

En este punto es necesario hacer hincapié en el necesario esfuerzo de planificación que debiera llevar a cabo el Sector Público y que se traduciría en una mejor posibilidad de adaptación a la realidad de las necesidades de los procedimientos de contratación. Este esfuerzo de planificación se vuelve obligatorio en la LCSP en lo que se refiere, al menos, a los contratos sujetos a regulación armonizada,⁹ pero se debiera extender a todos los contratos cuya celebración se pueda prever con una normal diligencia. De otra

⁸ José Manuel Martínez Fernández. La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva ley de contratos del sector público. El Consultor de los Ayuntamientos, Nº 20, Sección Opinión / Actualidad, Quincena del 30 Oct. al 14 Nov. 2017, Ref. 2425/2017, pág. 2425, Editorial Wolters Kluwer.

⁹ Existe una aparente contradicción entre el artículo 28 y el 135 de la LCSP. No obstante el hecho de que la nueva redacción del primero se introdujera en el trámite legislativo en los momentos finales de su tramitación en el Congreso de los Diputados, lleva a concluir que la voluntad del legislador es la obligatoriedad del anuncio de información previa.

manera se ve gravemente imposibilitada la adecuada gestión de la contratación y el uso de los procedimientos más adecuados a cada caso¹⁰.

2.- LOS CONTRATOS MENORES

2.1 Definición

El articulado de la LCSP, mantiene, al igual que en la norma anterior, que los contratos menores no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga¹¹ y que no es necesaria su formalización para que se entiendan perfeccionados¹². Sin embargo, reduce en el artículo 118.1 los umbrales de valor estimado que permiten calificar un contrato como menor. En los contratos de obras el valor estimado deberá ser inferior a 40.000 € y 15.000 € en los contratos de servicios y suministros.

Así pues podemos comenzar por definir el contrato menor como aquel, que teniendo un importe inferior a los umbrales establecidos, tiene además una duración inferior a un año sin posibilidad de prórroga.

A partir de este punto, por parte generalmente de unidades no especializadas en la gestión de la contratación, se suele plantear la pregunta de si

¹⁰ En particular utilizar los sistemas de racionalización de la contratación previstos en la norma se volverá muy difícil y sus resultados no podrán ser adecuados en ningún caso.

¹¹ Artículo 29.8.

¹² Artículos 36.1 y 37.2.



absolutamente todos gastos que cumplen con esta definición son contratos menores.

Para dar respuesta debemos acudir en primer lugar al artículo 2 de la LCSP en el que se establece que "son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3", asimismo aclara que se entenderá que un contrato tiene carácter oneroso "en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta" y para aclarar que es un "contrato" podemos utilizar la definición contenida en el Código Civil¹³: "El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio".

Asimismo, deben tenerse en cuenta los negocios y contratos excluidos que se indican en los artículos 5 a 11 de la LCSP.

Por lo tanto, el contrato menor sería aquel celebrado por alguna de las entidades enumeradas en el artículo 3 de la LCSP, de valor estimado superior a 0 € inferior a los umbrales establecidos en el artículo 118.1 para cada tipo de contrato, con duración inferior a un año sin posibilidad de prórroga y no incluido dentro de los negocios y contratos excluidos expresamente citados en la norma mencionada.

Esta definición no se ve afectada por la forma de pago que se utilice tras la ejecución del contrato menor, la

¹³ Artículo 1254.

forma de pago solo se tendrá en cuenta a efectos de su publicación como se verá más adelante.

2.2 Expediente de contratación en contratos menores

La novedad con más influencia en la gestión de la contratación de todas las incluidas en la LCSP y con la que se pretende - y se conseguirá si se logra una correcta aplicación práctica - un descenso drástico del recurso a la contratación menor, lo constituye el expediente de contratación para los contratos menores y los límites de importe para su suscripción que se incluye en su artículo 118.

El expediente está compuesto de forma general¹⁴ de:

1. Informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato
2. Aprobación del gasto
3. Incorporación de la factura
4. Justificación de que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación.
5. Justificación de que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el

¹⁴ En el contrato de obras, igual que en el Real Decreto 3/2011 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se exige además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran así como solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.



apartado primero del mencionado artículo 118¹⁵. De esta regla se excluyen los casos en que las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, si el contrato tiene por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español o si no existe competencia por razones técnicas, o si procede la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial¹⁶.

El hecho de la existencia de un expediente de contratación para los contratos menores tiene como consecuencia la pérdida de la inmediatez en la ejecución del contrato de que se trate, así como un control "a priori" intentando garantizar que solo se contrata lo necesario para cubrir las necesidades reales existentes.

Por otra parte el expediente en particular que se incluye en la LCSP para los contratos menores, supone la implicación directa y obligatoria del órgano de contratación con el fin de evitar los fraccionamientos, justificando que no se altera el objeto del contrato para

¹⁵ La LCSP indica expresamente que debe ser el órgano de contratación quien compruebe el cumplimiento de esta regla.

¹⁶ Hay que tener en cuenta que la LCSP establece asimismo que la no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios.

evitar las normas generales de contratación y que el contratista no ha superado, mediante la acumulación del contratos menores, los umbrales contenidos en el punto 1 del artículo¹⁷.

No es posible dejar de mencionar aquí la aparente incongruencia del punto 3 del artículo 118 que literalmente indica “más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo”, con la redacción del punto primero “se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios”, indicando dos cifras. Se plantean aquí tres posibles escenarios¹⁸:

- 1) Que se considere “la cifra” como la más alta del punto primero del artículo, es decir, que deba ser inferior a 40.000 € en total.

¹⁷ Esta obligación también contribuirá a reducir los “proveedores de confianza”, aumentando las oportunidades de contratar con la administración en condiciones de igualdad.

¹⁸ No existe, a fecha de hoy, ningún tipo de dictamen o informe que pueda arrojar luz sobre este aspecto, por lo que, en principio, cualquiera de los tres puede considerarse ajustado a lo establecido en la LCSP. No obstante, el segundo y tercer escenarios parecen, a priori, más eficaces para la lucha contra el fraccionamiento y contra la aparición de proveedores “de confianza” que acaparen las pequeñas compras del sector público. Además, al prescindirse tipo del contrato a la hora de determinar el importe acumulado, se impide que se manipule el objeto con el fin de huir de la propia norma.



- 2) Que se considere que "la cifra" debe asociarse al tipo de contrato, es decir, que un mismo contratista pudiera acumular en contratos menores una cantidad inferior a 70.000 € (40.000 € mediante la realización de obras, 15.000 € mediante suministros y 15.000 € mediante servicios).
- 3) Que se considere que "la cifra" debe considerarse entendiéndose que será un importe inferior a 40.000 € para obras y a 15.000 € para el importe acumulado de suministros y servicios, es decir, que un mismo contratista pudiera acumular mediante la realización de contratos menores un importe máximo inferior a 55.000 €¹⁹.

Hay que tener en cuenta que en ningún caso se pretende, ni mucho menos es obligatorio, que se alcancen los umbrales en todos los casos. Es solo un límite que no se puede superar, y lo ideal es que la cifra acumulada en contratos menores sea siempre la mínima posible.

¹⁹ Este es el escenario derivado de la aplicación del artículo 73.6 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, cuya redacción es mucho más clara: "Ninguna empresa o profesional podrán ser adjudicatarios dentro de la misma administración contratante y durante un mismo ejercicio presupuestario de un número de contratos adjudicados mediante factura o factura con reserva de crédito cuya cuantía acumulada sea superior a 80.000 euros, IVA excluido, en obras, y 30.000 euros, IVA excluido, en el resto de contratos."

Por último, se suscita la duda de si para la determinación de la superación de estos umbrales deben tenerse en cuenta los contratos menores cuyo pago se realiza mediante anticipos de caja fija o sistema similar. Son contratos menores y la ley no los exceptúa en el artículo 118 aunque si lo hace para la publicación y la remisión de información, como se verá más adelante, por lo tanto, debe considerarse que sí computan a efectos de volumen de contratación. Dadas las peculiaridades de imputación de los pagos a través de anticipo de caja fija, es obvio que la comprobación exigida en la norma no va a ser fácil, y que puede resultar en muchos casos poco fiable, además de complicar la gestión de la contratación. Por lo tanto, es necesario que el uso de la contratación menor, incluso en el caso de aquellos contratos menores cuyo pago se realice a través de procedimientos no ordinarios, se reduzca al mínimo imprescindible.

Igualmente, el apartado 3 del artículo 118 no ha establecido el ámbito temporal en que deba aplicarse la restricción de acumulación de importes mediante contratos menores. No obstante, en este caso, parece lógico que se utilice el ejercicio presupuestario para el control de los importes.²⁰

²⁰ Como en el caso del cómputo de los umbrales máximos, al no ser la ley lo suficientemente clara en este aspecto, el hecho de computar un año inmediatamente anterior a la adjudicación del contrato menor no puede considerarse erróneo en principio, dado que es la duración máxima posible de un contrato menor, no obstante, será imprescindible que se siga el mismo criterio para todos los contratos menores de un mismo órgano de contratación. El uso del mismo ejercicio presupuestario sí que ha venido teniéndose en cuenta en aplicación de la Ley Foral 6/2006 (ver nota anterior).



El expediente de contratación en los contratos menores no incluye un procedimiento de licitación, dado que el artículo 131.3 establece que los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 118. De hecho, si se utiliza un procedimiento de licitación puede darse el caso de no poder adjudicar el contrato a la oferta que resultara seleccionada al tener que impedir obligatoriamente la acumulación de importes mediante contratos menores aplicando la regla incluida en el apartado 3 del artículo 118.²¹

2.3. Obligaciones de publicación y envío

2.3.1. Publicación en el Perfil de Contratante.

El artículo 63.4, en el que se regula el Perfil de Contratante, establece que la publicación de la información relativa a los contratos menores deberá realizarse *al menos* trimestralmente. Publicando *al menos*, su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario.

Las obligaciones contenidas en el artículo mencionado en el párrafo anterior tienen carácter de mínimos

²¹ Es obvio que el contrato menor no está pensado para ser licitado sino para la adjudicación directa cumpliendo los requisitos establecidos en la LCSP. Si se utiliza en la forma debida no será necesario ningún procedimiento de licitación para garantizar que se respetan los principios de la contratación.

pudiendo publicarse más frecuentemente y con más datos si lo considera conveniente el órgano de contratación.

En el mismo artículo se exceptúa de la publicación a aquellos contratos con valor estimado inferior a cinco mil euros, si el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores²².

2.3.2 Envío de contratos menores al Tribunal de Cuentas u Órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma

El artículo 335.1 "in fine" de la LCSP establece que se remitirá una relación incluyendo los contratos menores, excepto aquellos que siendo su importe inferior a cinco mil euros se satisfagan a través del sistema de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores, donde se consignará la identidad del adjudicatario, el objeto del contrato y su cuantía. Dichas relaciones se ordenarán por adjudicatario.

Se puede observar que este artículo exceptúa los contratos menores con "importe" inferior a cinco mil euros. Los artículos 100 a 102 han unificado las referencias a importes económicos establecidos en la Ley identificando tres²³, que pueden asociarse a distintas fases de la contratación:

²² Se puede observar como se indica "a aquellos contratos", es decir, la propia LCSP reconoce como menores todos los contratos por debajo de los umbrales establecidos independientemente de su forma de pago.

²³ El preámbulo de la Ley se indica que "se han revisado a efectos de su homogeneización las diversas expresiones que



- Presupuesto base de licitación (límite máximo de gasto que en virtud del contrato puede comprometer el órgano de contratación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido). Preparación del contrato y determinación del presupuesto
- Valor estimado (necesariamente IVA excluido)- Determinación del procedimiento adecuado y licitación
- Precio (incluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, que en todo caso se indicará como partida independiente). Adjudicación y ejecución.

Teniendo en cuenta que la relación de contratos se refiere a contratos efectivamente celebrados (se pide la identidad del adjudicatario) debemos entender que se refiere al precio de los contratos, por lo que la excepción debe referirse a contratos de importe IVA incluido inferior a cinco mil euros.

2.3.3. Comunicación al Registro de contratos del Sector Público

se utilizaban en el texto refundido anterior para referirse al valor de los contratos, por ejemplo «cuantía» o «importe del contrato», reconduciéndose en la mayor parte de los casos al concepto de «valor estimado» del contrato, que resulta ser el correcto. Este concepto queda perfectamente delimitado en la nueva Ley, al igual que lo están el de «presupuesto base de licitación» y el de «precio del contrato», evitándose, de esta forma, cualquier posible confusión entre ellos”. No cabe duda que era algo muy necesario y que hubiera sido deseable que se hubiese llevado a efecto con total cuidado.

La LCSP, en su artículo 346.3 establece la obligación para todos los poderes adjudicadores de comunicar al Registro de Contratos del Sector Público, para su inscripción, los datos básicos de los contratos adjudicados: la identidad del adjudicatario y el importe de adjudicación, junto con el desglose correspondiente del Impuesto sobre el Valor Añadido. También las modificaciones, prórrogas, variaciones de plazos o de precio, importe final y extinción de aquellos.

Se exceptuarán de la comunicación aquellos cuyo precio fuera inferior a cinco mil euros, IVA incluido²⁴, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores. En el resto de contratos inferiores a cinco mil euros, deberá comunicarse denominación u objeto del contrato, adjudicatario, número o código identificativo del contrato e importe final.

3.- SISTEMAS DINÁMICOS DE ADQUISICIÓN

3.1. Concepto y utilidad

La LCSP dedica el Capítulo II del Título 1 del Libro Segundo a la racionalización técnica de la contratación. No se trata de procedimientos de contratación, sino de sistemas que permiten la gestión de contratos de

²⁴ Aquí si queda claro a que importe se refiere, se trata un importe de 5000 € IVA INCLUIDO. Teniendo en cuenta lo establecido para la publicación en el Perfil de Contratante, y que se trata siempre de mínimos, va a ser necesario para simplificar la gestión, usar en todos los casos 5000 € IVA INCLUIDO.



determinadas características de forma que dicha gestión se ordene y racionalice.

En el artículo 218 se indica que las Administraciones Públicas²⁵ podrán concluir acuerdos marco, articular sistemas dinámicos, o centralizar la contratación de obras, servicios y suministros en servicios especializados.

Comoquiera que este trabajo se refiere a la gestión de contratos de pequeña cuantía, que, de entre estos, los contratos que responden a necesidades puntuales, no repetitivas y poco previsibles pueden gestionarse adecuadamente mediante la figura del contrato menor, y dejando aparte las centrales de contratación que actúan como organismos especializados contratando para otros organismos, el sistema dinámico de adquisición se configura como un recurso que permitirá gestionar los gastos de pequeña cuantía repetitivos y previsibles organizándolos racionalmente²⁶ con la agilidad necesaria, sin acudir a procedimientos de contratación al uso que, dados los plazos de tramitación, causarían en las administraciones públicas una parálisis en la actividad cotidiana, pero garantizando el respeto a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

²⁵ Las entidades que no tienen la consideración de administraciones públicas no pueden recurrir a los sistemas de racionalización.

²⁶ De hecho, la propia LCSP indica que los sistemas dinámicos de adquisición servirán para la adquisición de obras, servicios y suministros de uso corriente cuyas características, generalmente disponibles en el mercado, satisfagan sus necesidades.

Con carácter previo a la celebración de un sistema dinámico de adquisición no será necesaria la aprobación de un presupuesto base de licitación²⁷. No obstante, sí deberá establecerse el valor estimado mediante el cálculo del valor máximo estimado, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, del conjunto de contratos previstos durante la duración total del sistema dinámico de adquisición.

Asimismo, debe establecerse en los pliegos si la garantía definitiva se fija estimativamente o se fija para cada contrato basado en relación con su importe de adjudicación. Si se optara por la constitución de una garantía definitiva general del sistema dinámico de adquisición fijada estimativamente, cuando la suma de los importes, IVA excluido, de los contratos basados exceda del doble de la cantidad resultante de capitalizar al 5 por 100 el importe de la garantía definitiva, esta deberá ser incrementada en una cuantía equivalente.

La garantía definitiva a que se refieren los párrafos anteriores responderá respecto de los incumplimientos tanto del sistema dinámico de adquisición, como del contrato específico de que se trate.

3.2. Ventajas sobre los acuerdos marco

Frente a la duración de los acuerdos marco, establecida en el artículo 219.2 de la LCSP en un máximo de cuatro años,²⁸ los sistemas dinámicos de adquisición no tienen establecido un plazo máximo, simplemente el artículo

²⁷ Artículo 100.

²⁸ Salvo casos excepcionales debidamente justificados.



223.2 indica "una duración limitada y determinada en los pliegos"²⁹.

La celebración de un acuerdo marco se realizará siguiendo las normas del procedimiento abierto, y se adjudicará a uno o varios empresarios según se indique en los pliegos. Durante la vigencia del acuerdo marco solo se podrán adjudicar contratos basados a las empresas adjudicatarias del propio acuerdo. Sin embargo, durante todo el periodo de vigencia del sistema dinámico de adquisición cualquier empresa interesada podrá solicitar ser admitida al mismo, y será seleccionada según su solvencia de forma equivalente a lo que sucede en un procedimiento restringido, presentar oferta cuando se le solicite y ser adjudicataria de un contrato específico. Este aspecto es particularmente interesante porque tiene como consecuencia el hecho de que los sistemas dinámicos no cierran el mercado, lo que si ocurre con el acuerdo marco durante su plazo de vigencia³⁰.

²⁹ Aunque, al igual que en el caso de los acuerdos marco es necesario justificar el plazo en el expediente.

³⁰ No podemos olvidar que hay administraciones públicas (como las universidades y los ayuntamientos) que tienen un gran impacto económico en la localidad en que están ubicados, teniendo muchas empresas locales una gran parte de su negocio comprometido con ellas. El hecho de no resultar adjudicatario de un acuerdo marco podría hacer que dicha parte desapareciera durante el periodo de vigencia del mismo y causaría un perjuicio que no puede ser ignorado. Los sistemas dinámicos permiten que las empresas mantengan sus oportunidades de negocio independientemente de las incidencias que hubieran podido suceder en un procedimiento de licitación.

El sistema dinámico de adquisición se ha configurado desde el principio y desde la propia LCSP como un procedimiento completamente electrónico y, dada la obligatoriedad de la contratación electrónica este aspecto supone una ventaja más para su implementación.

3.3. Implementación

3.3.1 Inicio

Antes de poder adjudicar ningún contrato específico, el sistema dinámico de adquisición en sí mismo no se adjudica, es preciso:

- a) Publicar un anuncio de licitación en el perfil de contratante indicando que se trata de un sistema dinámico de adquisición y su periodo de vigencia.
- b) Indicar en los pliegos, al menos, la naturaleza y la cantidad estimada de compras previstas, y la información relativa al sistema dinámico de adquisición, el modo de funcionamiento del mismo, el equipo electrónico necesario y las modalidades y especificaciones técnicas de conexión. También toda división en categorías de productos, obras o servicios y las características que definen dichas categorías.

Durante todo el período de vigencia del sistema y desde la fecha de la publicación del anuncio debe ofrecerse un acceso libre, directo y completo, a los pliegos de la contratación.

3.3.2. Admisión de empresas

Durante todo el periodo de vigencia del sistema dinámico de adquisición cualquier empresario interesado podrá solicitar ser admitido al mismo. La aceptación de las solicitudes tiene que realizarse



mediante los criterios de solvencia establecidos en los pliegos³¹. El artículo 225.2 de la LCSP indica que “el plazo mínimo para la presentación de las solicitudes de participación será de treinta días, contados a partir de la fecha del envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea” comoquiera que si se aplica de forma literal no podrá garantizarse que durante todo el periodo de vigencia cualquier empresario interesado pueda solicitar ser admitido al mismo, la única forma posible de interpretar este precepto es que se trate del plazo “inicial” de presentación de proposiciones. Por lo tanto, durante los primeros treinta días de vigencia del sistema dinámico, más los diez días como máximo que se emplearán en evaluar las solicitudes, no será posible solicitar ofertas a los licitadores admitidos³².

³¹ La ley nada dice de la forma en que se debe presentar la documentación en las solicitudes. Pero sí que indica “cuando los candidatos hubieran acreditado el cumplimiento de los criterios de selección mediante la presentación de la declaración responsable a que se refiere el artículo 140 de la presente Ley, los órganos de contratación podrán exigirles en cualquier momento del período de vigencia del sistema dinámico de adquisición que presenten una nueva declaración responsable renovada y actualizada. La misma deberá ser aportada por el candidato dentro del plazo de cinco días hábiles contados a partir de la fecha en que este fue requerido”. Puesto que existe la opción y teniendo en cuenta que siempre es aconsejable tender a simplificar el procedimiento, se utilizará la declaración responsable para evaluar su solvencia.

³² Dicho plazo podrá prorrogarse a quince días hábiles en casos concretos justificados, en particular si es necesario examinar documentación complementaria o verificar de otro modo si se cumplen los criterios de selección.

La evaluación de las solicitudes tiene un plazo máximo de diez días, como se ha mencionado antes, pero la LCSP indica que debe informarse "lo antes posible" al interesado de si su solicitud ha sido admitida o no.

Durante todo el periodo de vigencia el órgano de contratación podrá pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos de los extremos indicados en la declaración responsable con la que acreditaron su solvencia, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato.

No obstante si el empresario está inscrito en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o figura en una base de datos nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, y éstos datos son accesibles de modo gratuito para los órganos de contratación³³, no estará obligado a presentar los documentos justificativos u otra prueba documental de los datos inscritos.

3.3.3. Contratos específicos

Cada contrato específico deberá ser objeto de una licitación. En dicha licitación deberá invitarse simultáneamente³⁴ a todas las empresas admitidas al

³³ Obviamente, la selección de empresas en un sistema dinámico se agilizará mucho cuando la inscripción en el ROLECSP esté generalizada.

³⁴ Según el apartado 4 del artículo 163



sistema dinámico de adquisición a presentar una oferta en cada licitación que se celebre en el marco de dicho sistema, la invitación a los candidatos contendrá las indicaciones para permitir el acceso por medios electrónicos a cualquier documentación pertinente.

Cuando el sistema dinámico de adquisición se hubiera articulado en varias categorías de productos, obras o servicios, los órganos de contratación invitarán a todas las empresas que previamente hubieran sido admitidas en la categoría correspondiente.

Los órganos de contratación adjudicarán el contrato específico al licitador que hubiera presentado la mejor oferta, de acuerdo con los criterios de adjudicación. Cuando proceda, estos criterios podrán formularse con más precisión en la invitación a los candidatos.

Se considerarán irregulares o inaceptables³⁵ las ofertas que no se ajusten a lo previsto en los pliegos; aquellas que se hayan presentado fuera de plazo; las que muestren indicios de colusión o corrupción; las que hayan sido consideradas anormalmente bajas por el órgano de contratación; o aquellas cuyo precio supere el presupuesto base de licitación³⁶.

No resulta necesaria la formalización del contrato, se perfeccionan con su adjudicación³⁷ y la presentación de un recurso especial no tendrá carácter suspensivo³⁸.

³⁵ Según lo dispuesto en el artículo 167 letra e),

³⁶ Aunque el sistema dinámico de adquisición no requiere la aprobación de presupuesto base de licitación, cada contrato basado si tiene que especificar el suyo.

³⁷ Artículos 36.3 y 156

3.4. Obligaciones de publicación y envío

3.4.1. Publicación en el perfil de contratante

Como se ha indicado anteriormente debe publicarse un anuncio en el perfil de contratante para iniciar el periodo de vigencia y recibir las solicitudes de participación.

La adjudicación de los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, ya perfeccionados ³⁹se publicará trimestralmente dentro de los 30 días siguientes al fin de cada trimestre.

Cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada, el anuncio de formalización deberá

³⁸ El recurso tiene efectos suspensivos automáticos siempre que el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el caso de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición. Según indica el preámbulo de la ley "esta última salvedad encuentra su fundamento en que en este tipo de contratos un plazo suspensivo obligatorio podría afectar a los aumentos de eficiencia que se pretende obtener con estos procedimientos de licitación, tal y como establece el considerando 9 de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE en lo que respecta a la mejora de la eficacia en los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos". Es decir, la propia ley entiende que son procedimientos ágiles en los que debería limitarse al máximo el número de trámites y los plazos para resolverlos.

³⁹ Los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, se perfeccionan con su adjudicación.



publicarse, además, en el «Diario Oficial de la Unión Europea», debiéndose ser esta la primera publicación al respecto y debiendo indicarse en los demás la fecha de su envío.

3.4.2.- Envío de contratos menores al Tribunal de Cuentas u Órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma

Los contratos específicos celebrados en el marco de un sistema dinámico de adquisición, deben cumplir con lo establecido en el artículo 335.1 de la LCSP y, si el precio de adjudicación del contrato excede de 600.000 € tratándose de obras, de 450.000 €, tratándose de suministros; y de 150.000 €, tratándose de servicios, dentro de los tres meses siguientes a la formalización del contrato, deberá remitirse al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma una copia certificada del documento en el que se hubiere formalizado aquel, acompañada de un extracto del expediente del que se derive.

Además, deberá enviarse al mismo órgano indicado en el párrafo anterior una relación del resto de contratos celebrados - junto con el resto de la contratación del organismo -, donde se consignará la identidad del adjudicatario, el objeto del contrato y su cuantía. Dichas relaciones se ordenarán por adjudicatario.

3.4.3.- Comunicación al Registro de Contratos del Sector Público.

Deberá comunicarse al Registro de Contratos del Sector Público, para su inscripción, los datos básicos de los contratos basados, al igual que los del resto de los contratos. Entre estos datos figura: la identidad del adjudicatario, el importe de adjudicación, junto con el

desglose correspondiente del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Igualmente comunicarán, en su caso, las modificaciones, prórrogas, variaciones de plazos o de precio, importe final y extinción de aquellos.

4. PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO DE TRAMITACIÓN SUMARIA⁴⁰

4.1. Concepto y utilidad

El preámbulo de la LCSP indica que “en el ámbito del procedimiento abierto, se crea la figura del procedimiento abierto simplificado, que resultará de aplicación hasta unos umbrales determinados, y nace con la vocación de convertirse en un procedimiento muy ágil que por su diseño debería permitir que el contrato estuviera adjudicado en el plazo de un mes desde que se convocó la licitación⁴¹” y que

⁴⁰ Ya ha empezado a llamarse “super-simplificado” nombre bastante más descriptivo.

⁴¹ Es un plazo muy difícil de conseguir en el procedimiento abierto simplificado “normal” de acuerdo con los mismos plazos establecidos en el artículo 159 de la LCSP. En el caso de los contratos de obras es imposible, aunque no existan criterios valorables mediante juicio de valor ni errores en la documentación que deban ser subsanados (el plazo de presentación de ofertas ya es de 20 días a partir del siguiente a la publicación del anuncio, luego ya son 21 días. Aunque la mesa pueda reunirse el día siguiente al del fin de plazo de presentación de ofertas, a partir de ese día la empresa tendría 7 días hábiles para la presentación de la garantía definitiva, así que, sin ningún tipo de incidencia es necesario un plazo de, al menos 34 días. Si existiesen criterios valorables mediante juicio de valor hay que añadir



específicamente se establece para sustituir al eliminado procedimiento negociado por razón de cuantía, con una agilidad en la tramitación igual o superior ⁴²a la de este pero con mayores garantías de transparencia y sin posibilidad de reducción de plazos en procedimientos de urgencia.

Dentro del procedimiento abierto simplificado, el artículo 159.6 establece un procedimiento de trámite más reducido que, dada la bajada de los umbrales de la contratación menor, e incluso, dada extrema simplificación del procedimiento, por debajo de los umbrales del menor, si no se precisa una extrema rapidez, es perfectamente adecuado para dar satisfacción mediante un procedimiento de contratación a necesidades puntuales o repetitiva si cada una de las repeticiones es de importe pequeño⁴³ sean o no previsibles y cubre el hueco existente entre el contrato menor y el procedimiento abierto cuando no es procedente la implementación de un sistema dinámico.

otros 9 días más (enviar la documentación, 7 días para informe y una reunión más de la mesa) 43 días. En todo caso a un ritmo imposible de mantener. No siempre las mesas están disponibles justo para el día siguiente al fin de la licitación, a no ser que consideren reunirse todos los días. Puede haber ofertas anormales etc.

⁴² Realmente superior, puesto que se elimina el trámite de negociación, que, cuando se llevaba a cabo, dilatava los plazos de tramitación apreciablemente.

⁴³ De otro modo se acumularía el valor estimado y posiblemente sería necesario otro procedimiento de adjudicación. Es un buen procedimiento para los contratos de mantenimiento de pequeño importe que se repiten año tras año, por ejemplo.

4.2. Supuestos de aplicación

- Contratos de obras de valor estimado inferior a 80.000 €
- Contratos de suministros y de servicios de valor estimado inferior a 35.000 €
- No podrá aplicarse a contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual,

4.3. Tramitación

a) Plazo para la presentación de proposiciones:

- Como norma general un mínimo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación.
- No obstante, cuando se trate de compras corrientes de bienes disponibles en el mercado el plazo será de 5 días hábiles.

b) No se exigirá a los licitadores la acreditación de ningún tipo de solvencia.

En todo lo no previsto se aplicará la regulación general del procedimiento abierto simplificado⁴⁴, pero según el artículo 326.1 la constitución de Mesa de Contratación es potestativa.

⁴⁴ Aunque la obligatoriedad del ROLECSP para este procedimiento es dudosa, siempre será aconsejable.



4.4. Adjudicación

- Solo se valorará de acuerdo a criterios evaluables mediante fórmulas matemáticas y se podrá valorar automáticamente mediante dispositivos informáticos, o con la colaboración de una unidad técnica que auxilie al órgano de contratación.
- No se celebrará acto público de apertura de las mismas⁴⁵.
- Las ofertas presentadas y la documentación relativa a la valoración de las mismas serán accesibles de forma abierta sin restricción alguna desde el momento en que se notifique la adjudicación.
- No se requerirá la constitución de garantía definitiva.
- La formalización del contrato podrá efectuarse mediante la firma de aceptación por el contratista de la resolución de adjudicación.

4.5. Obligaciones de publicidad y envío

Las obligaciones de publicidad, envío al Tribunal de Cuentas u órgano equivalente autonómico y Registro de Contratos son las generales para el procedimiento abierto.

⁴⁵ Un dispositivo electrónico debe garantizar la integridad de las ofertas hasta el momento oportuno.

5. CONCLUSIONES

El contrato menor debe aplicarse correctamente para resolver situaciones puntuales, no repetitivas y poco previsibles siempre que su importe económico esté por debajo de los umbrales establecidos en el artículo 118.

Se podría definir el contrato menor como aquel celebrado por alguna de las entidades enumeradas en el artículo 3 de la LCSP, de valor estimado superior a 0 € inferior a los umbrales establecidos en el artículo 118.1 para cada tipo de contrato, con duración inferior a un año sin posibilidad de prórroga y no incluido dentro de los negocios y contratos excluidos expresamente citados en la norma mencionada, sin que la definición de contrato menor se vea afectada por la forma de pago que se utilice tras la ejecución del contrato, la forma de pago solo se tendrá en cuenta a efectos de su publicación y envío.

El sistema dinámico de adquisición se configura como un segundo recurso que permitirá gestionar los gastos de pequeña cuantía repetitivos y previsibles organizándolos racionalmente con la agilidad necesaria, sin acudir a procedimientos de contratación al uso que, dados los plazos de tramitación, causarían en las administraciones públicas una parálisis en la actividad cotidiana, pero garantizando el respeto a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

Como tercera opción para gestionar los pagos de pequeña cuantía, y dentro del procedimiento abierto simplificado, el artículo 159.6 establece un procedimiento de trámite más reducido que, dada la bajada de los umbrales de la contratación menor, e



incluso, dada extrema simplificación del procedimiento, por debajo de los umbrales del menor, si no se precisa una extrema rapidez, es perfectamente adecuado para dar satisfacción mediante un procedimiento de contratación a necesidades puntuales o repetitivas si cada una de las repeticiones es de importe pequeño sean o no previsibles y cubre el hueco existente entre el contrato menor y el procedimiento abierto cuando no es procedente la implementación de un sistema dinámico.

Anexo documental:

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Ley Foral 6/2006 de 9 de junio de Contratos Públicos.

Informe 9/2009, de 15 de junio, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía.

Directiva 2007/66/CE, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE en lo que respecta a la mejora de la eficacia en los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

Bibliografía:

"Libro verde. La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el Futuro", de la Comisión Europea de 27 de Noviembre de 1996

Julio González. Los contratos menores en la nueva Ley de Contratos del Sector Público", [https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/11/20/contratos-menores-nueva-ley-contratos-sector-publico/?utm_source=Global+Politics+and+Law&utm_campaign=ad238c1921-EMAIL_CAMPAIGN_2017_11_20&utm_medium=email&utm_term=0_8b4bb40769-ad238c1921-](https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/11/20/contratos-menores-nueva-ley-contratos-sector-publico/?utm_source=Global+Politics+and+Law&utm_campaign=ad238c1921-EMAIL_CAMPAIGN_2017_11_20&utm_medium=email&utm_term=0_8b4bb40769-ad238c1921-117625513)

[117625513](https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/11/20/contratos-menores-nueva-ley-contratos-sector-publico/?utm_source=Global+Politics+and+Law&utm_campaign=ad238c1921-EMAIL_CAMPAIGN_2017_11_20&utm_medium=email&utm_term=0_8b4bb40769-ad238c1921-117625513) José Manuel Martínez Fernández. La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva ley de contratos del sector público. El Consultor de los Ayuntamientos, Nº 20, Sección Opinión / Actualidad, Quincena del 30 Oct. al 14 Nov. 2017, Ref. 2425/2017, pág. 2425, Editorial Wolters Kluwer



Castilla-La Mancha

<http://gabilex.castillalamancha.es>

Gabilex

Nº 12

Diciembre 2017

**“ÉTICA DE MÍNIMOS” COMO CAUCE DE
LA FILOSOFÍA MORAL PARA REFORZAR
LA LEGITIMACIÓN DE UNA ÉTICA
CÍVICA EN FORMA DE MORAL**

DEMOCRÁTICA. UNA REFLEXIÓN A PROPÓSITO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LAS ASIGNATURAS DE "EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA"

Julio Díaz-Maroto Maqueda

Jefe de Servicio de Coordinación, Documentación y Medios, de la Intervención General, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Fecha de finalización del trabajo: octubre de 2017

Resumen:

El objetivo del presente trabajo es explorar las posibilidades que ofrece la ética mínima, desde los postulados de la filosofía moral, en orden a reforzar la legitimidad de una moral democrática susceptible de acogida en el currículo de la enseñanza obligatoria, partiendo para ello del marco establecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a las asignaturas que, bajo el rótulo general de Educación para la Ciudadanía, se incorporaron como materias obligatorias al currículo de la educación primaria, la educación secundaria obligatoria y el bachillerato, a partir de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 mayo, de Educación, y disposiciones reglamentarias de desarrollo.



Palabras clave: ética mínima, educación para la ciudadanía, moral democrática, libertad de conciencia, libertad religiosa, derecho a la educación.

“Porque aunque lo que es bien para un particular es asimismo bien para una república, mayor, con todo, y más perfecto parece ser, para procurarlo y conservarlo, el bien de una república. Porque bien es de amar el bien de uno, pero más ilustre y más divina cosa es hacer bien a una nación y a muchos pueblos.”

Aristóteles, “Ética a Nicómaco”,
Libro I, Capítulo II (Siglo IV a. C.)

“Debe el pueblo luchar por la Ley, por la que nace, como si fuera su propia muralla.”

Heráclito de Éfeso (Siglo VI a. C)

ÍNDICE

- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.
- II. EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA: ORIGEN, CONTENIDO Y FINES.
- III. CONFLICTO JURÍDICO EN TORNO A LAS NUEVAS ASIGNATURAS. DOCTRINA ESTABLECIDA POR EL TRIBUNAL SUPREMO.



- IV. CONSIDERACIONES SOBRE EL RESULTADO DEL CONFLICTO: LA BÚSQUEDA DE UNA "MORAL DEMOCRÁTICA" A TRAVÉS DE LA ÉTICA DE MÍNIMOS.
- V. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Sabido es que Aristóteles enseñó que los ciudadanos de un Estado deben ser siempre educados en consonancia con las normas fundacionales del mismo. Sin embargo, el ciudadano español que hoy tenga a bien leer el Libro V de su "Política", dedicado a la "Educación en la ciudad perfecta", probablemente esbozará una sonrisa cargada de ironía al leer el siguiente pasaje del primero de sus capítulos:

"En nuestra opinión, es de toda evidencia que la ley debe arreglar la educación y que ésta debe ser pública. Pero es muy esencial saber con precisión lo que debe ser esta educación y el método que conviene seguir. En general, no están hoy todos conformes acerca de los objetos que debe abrazar; antes, por el contrario, están muy lejos de ponerse de acuerdo sobre lo que los jóvenes deben aprender para alcanzar la virtud y la vida más perfecta; ni aún se sabe a qué debe darse preferencia, si a la educación de la inteligencia o a la del corazón. El sistema actual de educación contribuye mucho a hacer difícil la cuestión. No se sabe, ni poco ni mucho, si la educación debe dirigirse exclusivamente a las cosas de utilidad real, o si debe hacerse de ella una escuela de virtud, o si ha de comprender también las cosas de



puro entretenimiento. Estos diferentes sistemas han tenido sus partidarios, y no hay aún nada que sea generalmente aceptado sobre los medios de hacer a la juventud virtuosa⁴⁶.

Al parecer, los vaivenes de las LOECE, LODE, LOGSE, LOPEG, LOCE, LOE y LOMCE, gozan de una antiquísima y muy venerable tradición, de la que ya nos daba cuenta el mismísimo gigante de Estagira.

Y es que, más allá de las constantes apelaciones a la necesidad de contar con un "Pacto de Estado sobre la Educación", capaz de concitar el acuerdo generalizado de las fuerzas políticas con representación parlamentaria sobre los contenidos curriculares propios de la educación pública en España (especialmente, aunque no exclusivamente, sobre su contenido obligatorio), la realidad muestra, con dramática y recurrente notoriedad, el fracaso de tal aspiración a lo largo de los casi cuarenta años transcurridos desde la aprobación de la Constitución de 1978. Tan es así que no sería sino lógico concluir que esta supuesta pretensión no pasa de ser un recurso retórico más dentro de la confrontación política, destinado a responsabilizar a los correspondientes adversarios de tan lamentable carencia.

El penúltimo de los episodios de esta permanente contienda y, probablemente, el más encarnizado de todos ellos, a la vista del nivel alcanzado por el enfrentamiento mediático, social y jurídico desencadenado en torno al mismo, vino motivado por

⁴⁶ ARISTÓTELES, "Política", Libro V "De la educación en la ciudad perfecta" Capítulo I "Condiciones de la educación" (Siglo IV a. C.)

la introducción de varias asignaturas englobadas bajo el rótulo de "Educación para la Ciudadanía" (en adelante, EpC), que la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), vino a establecer como obligatorias y evaluables, para todos los centros educativos, públicos, concertados y privados, a lo largo del último ciclo de la Educación Primaria y durante uno de los tres primeros cursos de Educación Secundaria Obligatoria (ESO), bajo la denominación de "Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos", en cuarto curso de la ESO, con el nombre de "Educación ético-cívica", y durante el Bachillerato, con el título de "Filosofía y ciudadanía".

La declarada pretensión de imponer una formación en los principios y valores expresados en la Constitución de 1978 y en los inducidos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, fue vista por amplios sectores de la sociedad española (mayoritariamente próximos al pensamiento católico tradicional), como una suerte de Caballo de Troya de la ideología propia del partido político entonces en el poder, destinado a moldear a conveniencia las conciencias de los más jóvenes, mediante una suerte de adoctrinamiento estatal, invasivo de ámbitos de la personalidad que debían situarse al margen de la formación impartida obligatoriamente en los centros docentes y quedar esencialmente preservados para su adquisición dentro del ámbito familiar, en uso de la libertad de conciencia y del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos.

A partir de los ilustrativos antecedentes que este particular conflicto social y jurídico nos proporciona, el objetivo de este trabajo es el de desarrollar una reflexión en torno la llamada "ética de mínimos", como posible cauce metodológico para el fortalecimiento de la legitimación de un contenido axiológico básico de



carácter cívico, susceptible de formar parte del currículo de la educación impartida en todos los centros docentes, a partir de la filosofía moral, que se sume, a tales efectos, a la fundamentación estrictamente jurídica de tal pretensión.

Naturalmente, este propósito parte de un presupuesto que, justo es reconocer, no parece sea unánimemente compartido, pero sí, cuando menos, mayoritariamente aceptado: la necesidad de que el Estado, en tanto garante último de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución y en las Declaraciones y Tratados internacionales sobre la materia suscritos por España, no puede ni debe abdicar de su obligación de formar a sus ciudadanos en el conocimiento de tales derechos y libertades fundamentales y de los valores que les son inherentes, así como de promover el respeto a tales derechos, libertades y valores esenciales, so pena de poner en peligro los mismos y su propia supervivencia como Estado social y democrático de Derecho.

Supuesto lo cual, el problema se circunscribiría, pues, a la concreta determinación de los contenidos propios de esa "ética cívica" y, en consecuencia, a la elucidación del procedimiento a seguir en la destilación de los valores y principios que deben lucir en tales contenidos. Y, para ello, la "ética de mínimos" como sistema válido para la elucidación de una determinada "moral democrática", ofrecería una alternativa sugerente al respecto, desde una perspectiva propia de la filosofía moral, eventualmente complementaria de la nuclear perspectiva jurídica, asentada en el contenido mismo de los textos legales en los que se fundamenta nuestro Estado de Derecho.

No obstante, como tendremos oportunidad de observar y la realidad demuestra tozudamente, el camino no está exento de graves y profundas dificultades, sin cuyo previo reconocimiento no es posible avanzar en tan deseable dirección. Así, por ejemplo, cuando desde determinadas cosmovisiones se viene a calificar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos como una "nueva religión", subrepticamente maquinada por el imperialismo occidental o por un eventual laicismo nihilista, encaminada a prevalecer sobre los valores inherentes a determinadas "verdades reveladas" o sobre los mandatos inherentes a la "ley natural", o cuando, paradójicamente, desde entidades consustancialmente orientadas al proselitismo y el adoctrinamiento de las conciencias, se acusa de estos mismos fines a quienes abogan por establecer una formación en valores cívicos esenciales a la convivencia democrática en los centros escolares financiados por el Estado, no nos encontramos sino frente a visiones fuertemente resistentes a un planteamiento como el apuntado, que identifican esa pretendida "ética cívica" con una especie de sucedáneo laico de la moral religiosa, con la que ladinamente se buscaría arrebatar al ser humano su connatural sentido transcendental a través de una perversa operación de ingeniería social.

Se olvida, sin embargo, que esa pretendida ética cívica, destilada a partir del método discursivo habermasiano como una ética mínima y conformada en torno a la idea de Justicia, lejos de enfrentarse por naturaleza a esas otras propuestas de felicidad que identificamos como éticas de máximos, no es sino un producto surgido, justamente, del campo de los valores abonado por estas últimas. En palabras de CORTINA: *"El criterio de lo bueno, en una sociedad plural (...) tiene al menos dos lados. Uno de ellos es el de esos valores éticos que una sociedad pluralista puede exigir en justicia, otro es el*



de las propuestas de felicidad y sentido a las que invitan las diversas éticas de máximos. Los <<mínimos éticos>> (...) no son <<minimalistas>>, no consisten en una especie de moral de rebajas para cuevas de enero. Mas bien nacen de la conciencia de que socialmente solo podemos exigirnos mutuamente esos mínimos de justicia (...) que tienen su fundamento en una razón sentiente. Los máximos no pueden exigirse, pero son el suelo nutricio de los mínimos, a ellos puede invitarse y deben hacer tal invitación quienes realmente crean que son una respuesta al afán de felicidad”⁴⁷.

De otro lado, como tendremos oportunidad de poner de relieve, abogar por la conformación de una ética cívica en forma de “moral democrática”, como parte integrante del currículo propio de la enseñanza escolar obligatoria, no significa dejar de enfatizar las limitaciones propias de la democracia y los riesgos que le son inherentes y casi connaturales (v.gr su degeneración en forma de demagogia), los propios de su eventual deriva fundamentalista (confundiendo la concepción de la democracia como *forma* de gobierno con su posible coronación como único *fundamento* de gobierno), o los vinculados a la sacralización de determinadas Declaraciones o textos legales y, en particular, a los emanados de concretas organizaciones internacionales o multinacionales (con la indeseable neutralización de cualquier juicio crítico en relación con su contenido y efectos). Muy al contrario, cualquier moral democrática inspirada en una ética de mínimos, digna de tal consideración, debe tener como referente irrenunciable el respeto a la naturaleza crítica de la razón y a la libertad del hombre, sin la cual no es dable reconocer su consustancial dignidad, y, por ello, no

⁴⁷ CORTINA, A. “Ética mínima”, 17ª edición, 2015, Edit. Tecnos, “prefacio a la decimoséptima edición”, pp. 26-27.

puede sino comenzar por poner de manifiesto tales constricciones y peligros, evitando caer, por tanto, en el puro dogmatismo o en la simple lectura acrítica de determinadas declaraciones o textos legales, por importante que sea el refrendo formal que los mismos conciten.

Con todo, sea como fuere, conviene no perder de vista que, más allá del pluralismo moral propio de cualquier sociedad libre, como nos advertía Aristóteles, ninguna comunidad política puede renunciar a defender sus valores fundacionales sin arriesgar, al tiempo, su propia supervivencia.

II. EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA: ORIGEN, CONTENIDO Y FINES

II.1. EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA: UN PROYECTO EUROPEO

EpC es, antes que cualquier otra cosa, un proyecto europeo. Los antecedentes de esta iniciativa en el marco europeo se remontan nada menos que al año 1997 con la aprobación de la Declaración y el Plan de Acción de la II Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa celebrada en Estrasburgo el 11 de octubre de ese mismo año. Dicha Declaración incluyó una manifestación expresa sobre la voluntad de los Estados miembros de *“desarrollar la educación para la ciudadanía democrática basada en los derechos y las responsabilidades de los ciudadanos, así como la participación de los jóvenes en la sociedad*



civil", y, con este propósito lanzaron un plan de acción de educación para la ciudadanía democrática⁴⁸.

No obstante, la referencia y el fundamento inmediatos de la introducción de una EpC en nuestro país se encuentra en la Recomendación (2002) 12 del Comité de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa relativa a la educación para la ciudadanía democrática, adoptada el 16 de octubre de 2002.

Esta Recomendación establece que la *"educación para la ciudadanía democrática"* debe ser un objetivo prioritario de la política educativa en todos los niveles de la enseñanza y no oculta su finalidad esencialmente *profiláctica* cuando afirma que esta orientación está inspirada en la *"preocupación por los crecientes niveles de apatía cívica y política y de falta de confianza en las instituciones democráticas y por los cada vez más abundantes casos de corrupción, racismo, xenofobia, nacionalismo agresivo, intolerancia frente a la minorías, discriminación y exclusión social (...)"*. No estamos, pues, ante un posicionamiento moral cándidamente neutral, sino que, como parece exigir la razón más elemental, toma partido por la promoción de los fundamentos democráticos en los que se asientan, de principio, los Estados miembros, abogando explícitamente por la promoción del *"ethos*

⁴⁸ En el ámbito internacional, durante esa misma década, se impulsaron diversas iniciativas encaminadas al desarrollo de políticas educativas en materia de ciudadanía democrática y Derechos Humanos: Plan Mundial de Acción para la Educación en pro de los Derechos Humanos y la Democracia de 1993, Decenio de las Naciones Unidas para la Educación en la Esfera de los Derechos Humanos (1994-2004), Declaración y Plan de Acción integrado sobre la Educación para la Paz, los Derechos Humanos y la Democracia de 1995, entre otras.

democrático” frente a concepciones antropológicas y morales abiertamente opuestas al mismo.

Esta Recomendación fue seguida por otros documentos. Entre ellos, el elaborado por el Comité ad hoc para la Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos, también del Consejo de Europa, el 14 de marzo de 2006, que insistirá en la importancia de los entornos educativos éticos y democráticos, en la escuela y fuera de ella.

El mismo Consejo de Europa declaró el año 2005 como “Año europeo de la Ciudadanía a través de la Educación”, con el fin de poner de relieve el papel crucial de la educación en la calidad de la participación democrática y, por ende, en el fortalecimiento del propio sistema democrático.

La Unión Europea también ha resaltado la importancia que en el sistema educativo tienen las denominadas competencias sociales y cívicas. Así, la Recomendación Conjunta del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente, de 18 de diciembre de 2006, formula directrices enlazan derechamente con las establecidas por el Consejo de Europa.

Estamos, en suma, ante una iniciativa de alcance inequívocamente europeo, enmarcada en la defensa y promoción de los valores democráticos en el marco del Estado de Derecho, que encomienda su desarrollo a los Estados miembros a través de sus propios sistemas educativos.

II.2. LA INTRODUCCIÓN DE LA EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA EN EL SISTEMA EDUCATIVO ESPAÑOL



El efectivo cumplimiento de las recomendaciones europeas en nuestro país tuvo lugar, en un primer estadio, a través de la LOE. Texto legal que, con este propósito, prevé la inclusión del área de "educación para la ciudadanía y los derechos humanos" en uno de los cursos del tercer ciclo de educación primaria (Art. 18.3), la materia de "Educación para la ciudadanía y los derechos humanos" en uno de los tres primeros cursos de educación secundaria obligatoria (Art. 24.3), la materia "Educación ético-cívica" en cuarto curso de la ESO (Art. 25.1), así como la disciplina "Filosofía y ciudadanía" en el bachillerato (Art. 34.6).

El desarrollo de la norma de cabecera de nuestro sistema educativo tuvo lugar, en cuanto aquí importa, a través de tres disposiciones reglamentarias:

- Real Decreto 1513/2006, de 7 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de la educación primaria.
- Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de la educación secundaria obligatoria.
- Real Decreto 1467/2007, de 2 de noviembre, por el que se establece la estructura del bachillerato y se fijan sus enseñanzas mínimas.

Este marco legal y reglamentario se completa, naturalmente, con la legislación aprobada por las Comunidades Autónomas, en uso de sus competencias de desarrollo y ejecución de la legislación básica estatal. Y, dentro de este último ámbito competencial, corresponde a los respectivos centros de enseñanza la aprobación de los correspondientes proyectos educativos, que concretan, en último término, el contenido de las disposiciones de carácter general.

Los contenidos, objetivos y criterios de evaluación de cada una de las citadas asignaturas se detallan a lo largo de los anexos incluidos en los meritados Reales Decretos⁴⁹. No obstante, a efectos meramente ilustrativos, indicaremos que los contenidos y objetivos expresamente previstos en relación con la asignatura “Educación para la ciudadanía y derechos humanos”, incluida en los tres primeros cursos de ESO, son los siguientes:

A. Contenidos.-

Bloque 1. Contenidos comunes.

- Exposición de opiniones y juicios propios con argumentos razonados y capacidad para aceptar las opiniones de los otros.
- Práctica del diálogo como estrategia para abordar los conflictos de forma no violenta.
- Exposición de opiniones y juicios propios con argumentos razonados. Preparación y realización de debates sobre aspectos relevantes de la realidad, con una actitud de compromiso para mejorarla.
- Análisis comparativo y evaluación crítica de informaciones proporcionadas por los medios de comunicación sobre un mismo hecho o cuestión de actualidad.

Bloque 2. Relaciones interpersonales y participación.

- Autonomía personal y relaciones interpersonales.

⁴⁹ Dada las dimensiones y características del presente trabajo, no consideramos procedente su inclusión expresa en el mismo, remitiéndonos a tales Reales Decretos para su consulta.



Afectos y emociones.

- Las relaciones humanas: relaciones entre hombres y mujeres y relaciones intergeneracionales. La familia en el marco de la Constitución española. El desarrollo de actitudes no violentas en la convivencia diaria.
- Cuidado de las personas dependientes. Ayuda a compañeros o personas y colectivos en situación desfavorecida.
- Valoración crítica de la división social y sexual del trabajo y de los prejuicios sociales racistas, xenófobos, anti-semitas, sexistas y homófobos.
- La participación en el centro educativo y en actividades sociales que contribuyan a posibilitar una sociedad justa y solidaria.

Bloque 3. Deberes y derechos ciudadanos.

- Declaración universal de los derechos humanos, pactos y convenios internacionales.
- Condena de las violaciones de los derechos humanos y actuación judicial ordinaria y de los Tribunales Internacionales. Valoración de los derechos y deberes humanos como conquistas históricas inacabadas y de las constituciones como fuente de reconocimiento de derechos.
- Igualdad de derechos y diversidad. Respeto y valoración crítica de las opciones personales de los ciudadanos.
- La conquista de los derechos de las mujeres (participación política, educación, trabajo remunerado, igualdad de trato y oportunidades), y su situación en el mundo actual.

Bloque 4. Las sociedades democráticas del siglo XXI.

- El Estado de Derecho: su funcionamiento. El modelo

político español: la Constitución Española y el Estado de las Autonomías. La política como servicio a la ciudadanía: la responsabilidad pública.

- Diversidad social y cultural. Convivencia de culturas distintas en una sociedad plural.
- Rechazo de las discriminaciones provocadas por las desigualdades personales, económicas o sociales.
- Identificación, aprecio y cuidado de los bienes comunes y servicios públicos. Los impuestos y la contribución de los ciudadanos. Compensación de desigualdades. Distribución de la renta.
- Consumo racional y responsable. Reconocimiento de los derechos y deberes de los consumidores. La influencia del mensaje publicitario en los modelos y hábitos sociales.
- Estructura y funciones de la protección civil. Prevención y gestión de los desastres naturales y provocados.
- La circulación vial y la responsabilidad ciudadana. Accidentes de circulación: causas y consecuencias.

Bloque 5. Ciudadanía en un mundo global.

- Un mundo desigual: riqueza y pobreza. La «feminización de la pobreza». La falta de acceso a la educación como fuente de pobreza. La lucha contra la pobreza y la ayuda al desarrollo.
- Los conflictos en el mundo actual: el papel de los organismos internacionales y de las fuerzas armadas de España en misiones internacionales de paz. Derecho internacional humanitario. Acciones individuales y colectivas en favor de la paz.
- Globalización e interdependencia: nuevas formas de comunicación, información y movilidad. Relaciones entre los ciudadanos, el poder económico y el poder político.



Objetivos.-

- Reconocer la condición humana en su dimensión individual y social, aceptando la propia identidad, las características y experiencias personales respetando las diferencias con los otros y desarrollando la autoestima.
- Desarrollar y expresar los sentimientos y las emociones, así como las habilidades comunicativas y sociales que permiten participar en actividades de grupo con actitud solidaria y tolerante, utilizando el diálogo y la mediación para abordar los conflictos.
- Desarrollar la iniciativa personal asumiendo responsabilidades y practicar formas de convivencia y participación basadas en el respeto, la cooperación y el rechazo a la violencia a los estereotipos y prejuicios.
- Conocer, asumir y valorar positivamente los derechos y obligaciones que se derivan de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Constitución Española, identificando los valores que los fundamentan, aceptándolos como criterios para valorar éticamente las conductas personales y colectivas y las realidades sociales.
- Identificar la pluralidad de las sociedades actuales reconociendo la diversidad como enriquecedora de la convivencia y defender la igualdad de derechos y oportunidades de todas las personas, rechazando las situaciones de injusticia y las discriminaciones existentes por razón de sexo, origen, creencias, diferencias sociales, orientación afectivo-sexual o de cualquier otro tipo, como una vulneración de la dignidad humana y causa perturbadora de la convivencia.
- Reconocer los derechos de las mujeres, valorar la diferencia de sexos y la igualdad de derechos entre

ellos y rechazar los estereotipos y prejuicios que supongan discriminación entre hombres y mujeres.

- Conocer y apreciar los principios que fundamentan los sistemas democráticos y el funcionamiento del Estado español y de la Unión Europea, tomando conciencia del patrimonio común y de la diversidad social y cultural.
- Conocer los fundamentos del modo de vida democrático y aprender a obrar de acuerdo con ellos en los diferentes ámbitos de convivencia. Asumir los deberes ciudadanos en el mantenimiento de los bienes comunes y el papel del Estado como garante de los servicios públicos.
- Valorar la importancia de la participación en la vida política u otras formas de participación ciudadana, como la cooperación, el asociacionismo y el voluntariado.
- Conocer las causas que provocan la violación de los derechos humanos, la pobreza y la desigualdad, así como la relación entre los conflictos armados y el subdesarrollo, valorar las acciones encaminadas a la consecución de la paz y la seguridad y la participación activa como medio para lograr un mundo más justo.
- Reconocerse miembros de una ciudadanía global. Mostrar respeto crítico por las costumbres y modos de vida de poblaciones distintas a la propia y manifestar comportamientos solidarios con las personas y colectivos desfavorecidos.
- Identificar y analizar las principales teorías éticas, reconocer los principales conflictos sociales y morales del mundo actual y desarrollar una actitud crítica ante los modelos que se transmiten a través de los medios de comunicación.
- Adquirir un pensamiento crítico, desarrollar un criterio propio y habilidades para defender sus posiciones en debates, a través de la argumentación



documentada y razonada, así como valorar las razones y argumentos de los otros.

II.3. JUICIO CRÍTICO SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LAS NUEVAS ASIGNATURAS.

Más allá de que los contenidos esenciales de EpC puedan juzgarse acordes con la finalidad que, a tenor de la Recomendación (2002) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, estaban llamados cumplir, es posible subrayar algunas insuficiencias de partida.

De una parte, abundan entre dichos contenidos expresiones carentes de cualquier concreción y el empleo de pretendidos conceptos y categorías que, huérfanos de cualquier parámetro, se mueven en la pura retórica. En palabras de BUENO *"...estas metodologías se resuelven, en realidad, en una misma metodología, a saber, la que inclina a presentar las ideas funcionales utilizadas al margen de cualquier parámetro"*⁵⁰. Este mismo autor, relaciona una significativa cantidad de ejemplos al respecto, tales como que *"la apelación al diálogo, sin parámetros, es una apelación vacía que confunde el diálogo exploratorio o dilatorio con el diálogo científico o filosófico, y con la mera cháchara"*, para llevarle a concluir que *"las valoraciones, y las puestas en valor de algo sin parámetros, son también ideales vacíos, que dejan de lado la estructura interna de los valores (valores que se oponen siempre a otros valores o contravalores), y al propio conflicto de los valores entre*

⁵⁰ BUENO MARTÍNEZ, G. "Sobre la educación para la ciudadanía democrática", Revista El Catoblepas, Núm. 62, 2007.

sí".⁵¹

Por otra lado, se echa en falta un mayor énfasis en un verdadero fomento del juicio crítico por parte de los alumnos, que orille el riesgo de caer en cierto dogmatismo, derivado de la sacralización, como verdades infalibles o axiomas irrefutables, de las normas o declaraciones emanadas de determinados organismos internacionales (como la ONU, la UE el Consejo de Europa, entre otras), cuyos contenidos no pueden quedar al margen del juicio crítico de la razón⁵².

Y, finamente, directamente relacionado con lo anterior, permanece en una cierta indeterminación la metodología a seguir en la impartición de las asignaturas. Lo que ha llevado a algunos autores a subrayar la incompatibilidad de dicha metodología con la propia de la filosofía⁵³.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem, *"El fomento del <<espíritu crítico>> como ideal educativo se propone también sin parámetros, porque se da por supuesto que esta crítica no puede dirigirse contra los principios presupuestos, es decir, por ejemplo, contra la Declaración universal de los derechos humanos..."*.

⁵³ Ibidem, *"...tal metodología constituye, a nuestro juicio, la más clara contrafigura de la tradición dialéctica de la filosofía académica (...) por cuanto habría que alinearla, más bien, como ya hemos insinuado antes, con las metodologías propias de las Teologías positivas o dogmáticas, que se apoyan, como si fueran premisas axiomáticas, en unos artículos de fe ofrecidos por una revelación escrita en determinados textos, la Biblia, el Corán, o las resoluciones de organismos internacionales como la ONU o la UE"*.



Todo ello, no pareció sino la consecuencia de una cierta precipitación en el diseño de los contenidos, objetivos y criterios de evaluación de las consabidas asignaturas, que sin duda vino a conceder algunos argumentos de calado a quienes se situaron abiertamente en contra de la introducción de EpC en los centros de enseñanza, ya fuera por razones estrictamente intelectuales o por motivos ideológicos, religiosos o políticos.

III. CONFLICTO JURÍDICO EN TORNO A LAS NUEVAS ASIGNATURAS. DOCTRINA ESTABLECIDA POR EL TRIBUNAL SUPREMO.

EpC fue objeto, desde el principio, de una fuerte contestación social y política, procedente fundamentalmente, aunque no en exclusiva, del tradicionalismo español, liderado, en el primero de dichos ámbitos por la jerarquía de la Iglesia Católica y las asociaciones afines, y por el Partido Popular (entonces en la oposición) en el terreno estrictamente político⁵⁴.

⁵⁴ MUÑOZ RAMÍREZ, A. "¿Qué ha sido de Educación para la Ciudadanía con el Partido Popular?". Foro de Educación, 14 (20), enero-junio 2016, pp. 105-128...*"Estos sectores contrarios a Educación para la Ciudadanía estaban representados por la línea más neo-traditionalista de la jerarquía católica, por algunas organizaciones, instituciones y plataformas católicas, por determinados medios de comunicación y periodistas e intelectuales de ideología afín, y por el Partido Popular (...) Por ello, utilizaron diferentes repertorios de acción que, en la gran mayoría de los casos, llamaban a la desobediencia civil contra esta educación, buscando eliminarla de los planes de estudios o, al menos, aspirando a conseguir se les reconociera el derecho a la objeción de conciencia a ella (Catalá, 2009)".*



Como era inevitable, tan enconado conflicto desembocó en el terreno jurídico. La fórmula elegida para dar el combate legal contra EpC fue, primordialmente, la apelación a un eventual derecho a la objeción de conciencia frente a tales asignaturas, con amparo en los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución (CE). Un argumento legal sistemáticamente reproducido a lo largo de todo el país, en los recursos contencioso-administrativos interpuestos frente a las resoluciones de las Administraciones educativas que denegaron el reconocimiento de tal derecho, y que cosechó desiguales resultados en función del criterio interpretativo seguido por los diferentes juzgados y tribunales, hasta desembocar, como igualmente era previsible, en el Tribunal Supremo (TS).

El pleno de la Sala Tercera del Alto Tribunal abordó la resolución del conflicto legal planteado en torno a EpC en cuatro sentencias de la misma fecha, 11 de febrero de 2009 (rec. 905/2008, rec. 948/2008, rec. 949/2008 y rec. 1013/2008). De la complejidad del debate jurídico suscitado (inequívocamente permeado por las corrientes ideológicas que le sirven de fondo) es buena muestra el hecho de que dichas sentencias incluyen un significativo número de votos particulares, expresivos de la divergente opinión de los Magistrados firmantes de los mismos respecto a la opinión mayoritaria del Tribunal (alguno de los cuales, a nuestro juicio, de singular brillantez y profundo sentido, como el formulado a la STS dictada en el rec. 948/2008, por el Magistrado Peces Morate, al que se adhieren los Magistrados Oro-Pulido y Yagüe Gil). En cualquier caso, las referidas STS vinieron a avalar la regularidad jurídica de la introducción de EpC en el currículo obligatorio de educación primaria, educación secundaria obligatoria y bachillerato, a través de los consabidos Reales Decretos 1513/2006, 1631/2006 y 1467/2007,



respectivamente; negando la virtualidad de un eventual derecho a objetar en conciencia a tales asignaturas por parte de los padres de los alumnos concernidos, con la consiguiente obligación de estos últimos de cursar las mismas en los términos previstos en tales disposiciones.

No obstante, conviene advertir, desde el primer momento, que las STS en cuestión contienen serias cautelas respecto al eventual desarrollo y aplicación práctica de los contenidos establecidos en los repetidos Reales Decretos, a través de los posteriores desarrollos normativos a cargo de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus propias competencias en materia educativa y, muy particularmente, en relación con su concreción a través de los proyectos educativos de los distintos centros de enseñanza y, finalmente, con respecto a su ejecución a través de los textos académicos seleccionados para su ilustración y la actividad docente del profesorado encargado de su impartición⁵⁵. Cautelas que no hacen sino poner de relieve los delicados equilibrios en los que el

⁵⁵ Véase, v. gr. el contenido del FJ15º de la STS de 11-02-2009 (rec. 948/2008), en el que se afirma cuanto sigue: *"Falta por añadir, sin embargo, que los contenidos que asignan esas disposiciones generales [en alusión a los Reales Decretos cuestionados] a la materia Educación para la Ciudadanía han de experimentar ulteriores concreciones a través del proyecto educativo de cada centro y de los textos que se utilicen, así como, obviamente, de la manera en que se expongan (...) Proyectos, textos y explicaciones que deben moverse en el marco trazado de manera que el derecho de los padres a que se mantengan dentro de los límites sentados por el artículo 27.2 de la Constitución y a que, de ningún modo, se deslicen en el adoctrinamiento, por prescindir de la objetividad, exposición crítica y del respeto al pluralismo imprescindibles, cobra aquí también pleno vigor"*.

pronunciamiento judicial se mueve, tal y como pretendemos evidenciar a continuación.

Para empezar, el TS comienza por racionalizar el análisis jurídico de la cuestión planteada, sistematizando dicho análisis mediante una aclaración previa: la idea misma de la objeción de conciencia solo tiene sentido, de principio, cuando se opone a deberes jurídicos válidos, es decir deberes jurídicos que emanan de una norma que no vulnera ninguna otra norma de rango superior. Si la norma que impone el deber jurídico es inconstitucional –o, tratándose de un reglamento, ilegal–, la respuesta no puede ser nunca la objeción de conciencia, sino la activación de los procedimientos previstos en nuestro ordenamiento jurídico para la anulación de tales normas. En palabras del Alto Tribunal *"...en un Estado democrático de derecho, es claro que la reacción frente a la norma inválida no puede consistir en reclamar la dispensa de su observancia, sino en reclamar su anulación"* (FJ4º STS 11-02-2009 –rec. 905/2008–). De suerte que lo primero que debe hacerse es determinar si la materia incluida bajo el rótulo EpC es o no ajustada a Derecho, y solo en el caso de que la respuesta sea afirmativa, tendrá sentido plantearse si existe o no un derecho a la objeción de conciencia frente a ella.

Bajo estas premisas, el TS empieza por abordar la acomodación de las normas cuestionadas a lo dispuesto en los artículos 16.1 y 27.3 de la CE⁵⁶, cuya invocación

⁵⁶ El art. 16.1 CE *"garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitaciones, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley"*. Por su parte, el art. 27.3 determina que *"los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus*



constituye argumento axial de quienes apelan a ese eventual derecho a la objeción de conciencia frente EpC; llegando a la conclusión de que no es dable sostener la vulneración de los referidos preceptos constitucionales por parte de las disposiciones reglamentarias enjuiciadas. Para ello, el Alto Tribunal enfrenta el contenido del invocado apartado 3 del artículo 27 CE con lo establecido en su apartado 2, poniendo de manifiesto la mutua limitación con que ambos apartados interactúan. El nuclear FJ6º de las consabidas STS de 11-02-2009 condensa la argumentación seguida al respecto en los ilustrativos términos que se reproducen a continuación (FJ6º de la STS 11-02-2009, relativa al rec. 948/2009):

“Por lo que se refiere al papel del Estado en esta materia, el referente constitucional en esta materia lo ofrecen estos dos mandatos del artículo 27: el de su apartado 5, que impone a los poderes públicos una obligada intervención en la educación (...) y el que resulta de su apartado 2, que dispone para esa función una necesaria meta constitucionalmente predeterminada, cual es que: <<La educación tendrá por objeto el libre desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales>>.

La necesaria presencia del Estado en esta materia deriva de la clara vinculación existente entre enseñanza y democracia (...), y procede también del hecho de que esa democracia, además de ser un mecanismo formal para la

hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

constitución de los poderes públicos, es también un esquema de principios y valores.

Varias son las consecuencias que derivan de una interpretación combinada de los anteriores preceptos constitucionales.

La primera es que la actividad del Estado en materia de educación es obligada (...).

La segunda es que esa intervención tiene como fin no solo asegurar la transmisión del conocimiento del entramado institucional del Estado, sino también ofrecer una instrucción o información sobre los valores necesarios para el buen funcionamiento del sistema democrático.

(...) En lo que hace a la transmisión y difusión de conocimientos que es posible a través de esa actuación estatal constitucionalmente dispuesta, debe hacerse la siguiente diferenciación:

*Por un lado, **están los valores que constituyen el sustrato moral del sistema constitucional y aparecen recogidos en normas jurídicas vinculantes, representadas principalmente por las que reconocen los derechos fundamentales.***

*Y, por otro, está la explicación del pluralismo de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones, lo que comporta, a su vez, informar, que no adoctrinar, sobre las principales concepciones culturales, morales o ideológicas, que, más allá de ese **espacio ético común**, pueden existir en cada momento histórico dentro de la sociedad y, en aras a la paz social, transmitir a los alumnos*



la necesidad de respetar las concepciones distintas a las suyas pese a no compartirlas.

La diferenciación que acaba de hacerse marca los límites que tiene la actuación del Estado en materia educativa y, sobre todo, acota el terreno propio en que regirá la proscripción de adoctrinamiento que sobre él pesa por la neutralidad ideológica a que viene obligado.

*Dicho de otro modo, **no podrá hablarse de adoctrinamiento cuando la actividad educativa esté referida a esos valores morales subyacentes en las normas antes mencionadas, porque, respecto de ellos, será constitucionalmente lícita su exposición en términos de promover la adhesión a los mismos.***

Por el contrario será exigible una posición de neutralidad por parte del poder público cuando se esté ante valores distintos de los anteriores.

Estos otros valores deberán ser expuestos de manera rigurosamente objetiva, con la exclusiva finalidad de instruir o informar sobre el pluralismo realmente existente en la sociedad acerca de determinadas cuestiones que son objeto de polémica.

*Y una última puntualización es conveniente. **La actividad educativa del Estado, cuando está referida a los valores éticos comunes, no solo comprende su difusión y transmisión, también hace lícito fomentar sentimientos y***



actitudes que favorezcan su vivencia práctica.

(...) aparece en el artículo 27.3 de la Constitución el derecho de los padres a elegir la orientación moral y religiosa que debe estar presente en la formación de sus hijos.

*Está referido al mundo de las creencias y de los modelos de conducta individual que, con independencia del deber de respetar esa **moral común subyacente en los derechos fundamentales**, cada persona es libre de elegir y de transmitir a sus hijos.*

*Estos derechos mencionados en los artículos 16.1 y 27.3 significan, por eso, un límite a la actividad educativa del Estado. En efecto, **el Estado, en el ámbito correspondiente a los principios y la moral común subyacente en los derechos fundamentales, tiene la potestad y el deber de impartirlos, y lo puede hacer, como ya se ha dicho, incluso, en términos de promoción.***

Sin embargo, dentro del espacio propio de lo que sean planteamientos ideológicos, religiosos y morales individuales, en los que existan diferencias y debates sociales, la enseñanza se debe limitar a exponerlos e informar sobre ellos con neutralidad, sin ningún adoctrinamiento, para, de esta forma, respetar el espacio de libertad consustancial a la convivencia constitucional. ”

(el énfasis es nuestro).



La aplicación de esta argumentación al contenido propio de las disposiciones normativas cuestionadas, lleva a la Sala a concluir que el deber jurídico de cursar la materia EpC es un deber jurídico válido. Abriendo la puerta, de esta forma, a la posibilidad de valorar la efectiva concurrencia, o no, de un derecho a la objeción de conciencia frente al referido deber jurídico, susceptible de ejercerse por las padres o tutores legales de los alumnos, en orden a relevar a estos últimos de la obligación legal de recibir la formación prevista sobre esta concreta materia.

La importancia de los razonamientos recién reproducidos, en relación con el objeto del presente trabajo, resulta capital por los siguientes motivos:

- a) Ponen de relieve, desde presupuestos estrictamente jurídicos, la existencia de un núcleo axiológico, subyacente a los derechos y libertades públicas fundamentales (que aquí damos en llamar "moral democrática"), respecto al cual el Estado ni puede ni debe ser neutral. Tales principios y valores, constitutivos de lo que denominamos "moral democrática", no solo han de ser objeto de conocimiento por parte de las alumnos a través de los sistemas de enseñanza reglada, sino que, además, pueden ser impartidos (y es razonable que sean impartidos) en términos que favorezcan su promoción.
- b) Más allá de los principios y valores subyacentes a los derechos y libertades públicas fundamentales reconocidos en la Constitución y en las Declaraciones internacionales sobre la materia suscritas por España, constitutivos de la meritada "moral democrática" (expresiva de una ética de mínimos), cuya promoción a través de los centros

de enseñanza queda constitucionalmente amparada en el artículo 27.2 de la CE, cualquier otra formación en materia ideológica o moral, debe entenderse amparada en el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que éste de acuerdo con sus convicciones (ex artículo 27.3 de la CE). De suerte que, en aquello que -aplicando las categorías propias de la llamada "ética mínima"- denominaríamos "éticas de máximos" (esto es, las diversas corrientes morales destiladas desde las diferentes concepciones ontológicas, antropológicas y religiosas existentes), la intervención del sistema educativo estatal deber ser rigurosamente neutral, limitándose, por ende, en último término, a instruir a los alumnos sobre su existencia y contenido.

En cualquier caso, retomando la argumentación de las consabidas STS de 11 de febrero de 2009, una vez despejadas las dudas planteadas sobre la validez del deber jurídico de recibir la formación reglamentariamente establecida en materia de EpC, el TS entra a analizar la eventual existencia de un derecho a la objeción de conciencia frente a tales materias, susceptible de ser invocado por los padres y tutores legales de los alumnos concernidos, llegando a una respuesta negativa al respecto, tras considerar que nuestra Constitución no ampara la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de carácter general, susceptible de ser invocado a partir del derecho a la libertad de conciencia reconocido en su artículo 16.1, frente a cualesquiera deberes jurídicos válidos. Por el contrario, tal derecho solo se menciona explícitamente en el artículo 30.2 de la CE (en relación con el servicio militar obligatorio), pudiendo entenderse implícito, asimismo, en alguna medida, en la referencia a la "cláusula de conciencia" y el "secreto profesional", que



se cita en el artículo 20.1, d) de la propia CE (en alusión a la actividad de los profesionales de la información); y habiendo sido singularmente reconocido por la doctrina del Tribunal Constitucional en favor del personal sanitario que, por motivos de conciencia, se niegue a intervenir en la práctica del aborto en las modalidades en que se encuentre despenalizado. La ausencia de tal derecho a la objeción de conciencia de carácter general, se une, además, para el TS, a la falta de un derecho a la objeción de conciencia circunscrito al ámbito educativo, que pudiera sostenerse al amparo del artículo 27.3 de la CE.

Vale a este respecto, a modo de síntesis de la doctrina establecida por el Alto Tribunal, el contenido del siguiente pasaje del FJ8º de la STS de 22-02-2009, relativa al rec. 948/2008:

"...hay que recordar que los apartados segundo y tercero del artículo 27 se limitan mutuamente: ciertamente, el Estado no puede llevar sus competencias educativas tan lejos que invada el derecho de los padres a decidir sobre la educación religiosa y moral de los hijos; pero, paralelamente, tampoco los padres pueden llevar este último derecho tan lejos que desvirtúe el deber del Estado de garantizar una educación <<en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales>>".

El punto de equilibrio constitucionalmente adecuado puede ser difícil de encontrar; pero es indiscutible que los padres no tienen, en virtud del artículo 27.3, un derecho ilimitado a oponerse a la programación de la enseñanza del Estado".



Si bien la doctrina establecida en las STS de 11 de febrero de 2009, reiterada por las STS de 14 de enero de 2010 (rec. 4441/2008, 5383/2008 y 6155/2008), parecían haber resuelto definitivamente el conflicto jurídico planteado en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, lo cierto es que algún Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas se resistió a dar por zanjada la cuestión y siguió dictando sentencias acogiendo el derecho de los padres a la objeción de conciencia. Lo que obligó al Alto Tribunal a ratificar esta misma doctrina a medio de las STS de 25 de mayo de 2012 (rec. 3340/2011) o de 12 de noviembre de 2012 (rec. 6856/2010), entre otras.

Agotada la vía de la jurisdicción ordinaria, para reclamar el reconocimiento del consabido derecho a la objeción de conciencia frente a EpC, se plantearon algunos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, que, sin embargo, no se ha pronunciado hasta la fecha sobre el fondo de la cuestión suscitada; toda vez que ninguno de los referidos recursos de amparo han sido, hasta el momento, admitidos a trámite, bajo el cuestionable argumento de que, al tiempo de su interposición, por los padres demandantes de amparo, los hijos no se encontraban cursando las asignaturas cuestionadas⁵⁷. A este respecto, es de notar que siendo cierto que la doctrina en materia de legitimación activa ante el TC es sólida en el sentido de no admitir dicha legitimación ante simples expectativas de lesión de un derecho susceptible de amparo, o de un modo meramente preventivo, no lo es menos que, como afirma RODRÍGUEZ BAJÓN, *“tampoco se comprende muy bien que el fallo penalice la anticipación de los padres ante un hecho programado,*

⁵⁷ Vid. STC 28/2014, de 24 de febrero, STC 41/2014, de 24 de marzo o STC 57/2014, de 5 de mayo.



*con fecha cierta (la asignatura se impartiría el próximo curso) y que, salvo imprevistos extraordinarios, habría de producirse con total seguridad. Es decir, la decisión del Tribunal penaliza la diligencia”.*⁵⁸

Lo cierto es que, si bien la batalla judicial en torno a EpC pareció finalizar con los mencionados pronunciamientos, todo hacía indicar que aquella tenía visos de reproducirse en el terreno, no ya de los reglamentos estatales y autonómicos que la regularon, sino (siguiendo las propias indicaciones de las STS) en el de su ejecución a través de los correspondientes proyectos educativos de los respectivos centros, la selección de los textos académicos y su impartición por el personal docente encargado de la misma.

En tal escenario, el cambio de gobierno derivado de las elecciones generales celebradas en noviembre del año 2011 vino a suponer el fin de EpC. El 31 de enero de 2012, el entonces ministro de Educación, Cultura y Deporte, anunció que modificaría EpC y promovería una nueva Ley educativa. El resultado de este proceso de desarticulación de EpC, tal y como había sido concebida en 2006, fue su sustitución paulatina por una materia de carácter transversal, desarrollada bajo la denominación genérica de “Educación Cívica y Constitucional”. Al mismo tiempo, respondiendo a una de las principales demandas de la jerarquía eclesiástica, la asignatura de religión ha pasado a ser evaluable y a contar con una alternativa llamada “Valores sociales y cívicos” en primaria y “Valores éticos” en secundaria.

⁵⁸ RODRIGUEZ BAJÓN, S., “La respuesta insatisfactoria del Tribunal Constitucional en un caso difícil: la objeción de conciencia ante la asignatura de Educación para la Ciudadanía”, Diario La Ley, 2367/2014, 7 de mayo de 2014.

Ante estos cambios, no han faltado voces críticas que han venido a denunciar el eventual incumplimiento de las obligaciones adquiridas al respecto por España, en virtud de su pertenencia a determinadas organizaciones internacionales y, en particular, de las derivadas de su integración en el Consejo de Europa⁵⁹.

IV. CONSIDERACIONES SOBRE EL RESULTADO DEL CONFLICTO: LA BÚSQUEDA DE UNA "MORAL DEMOCRÁTICA" A PARTIR DE LA ÉTICA DE MÍNIMOS.

IV.1. MORAL DEMOCRÁTICA Y SUS LÍMITES.

La doctrina establecida por el TS, en las sentencias comentadas, avala, desde la perspectiva jurídica, la identificación de un núcleo axiológico, subyacente a los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la CE e interpretados conforme a lo establecido en los Tratados y Convenios internacionales sobre la materia suscritos por España, así como a los principios constitutivos del Estado social y democrático de Derecho consagrado en la Norma Fundamental, susceptible de ser objeto, no solo de conocimiento por

⁵⁹ MUÑOZ RAMÍREZ, A, op cit., p 118, "...el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa elaboró un informe sobre la situación de los Derechos Humanos en España. Este informe, publicado en octubre de 2013, le recordó a las autoridades españolas las obligaciones internacionales que habían contraído en materia educativa y las instó a que, en base a ellas, incluyeran una completa Educación para la Ciudadanía Democrática y una Educación en Derechos Humanos en los programas de educación formal de los niveles Infantil, Primaria y Secundaria, así como en la enseñanza y en la Formación General y Profesional (Commissioner for Human Rights, 9 de octubre de 2013)".



parte de los alumnos de los centros de enseñanza reglada sino, incluso, de promoción por el propio sistema educativo, entendida dicha promoción como equivalente al *fomento de la adhesión* a los mismos. Podemos identificar dicho núcleo axiológico, siguiendo la terminología elegida en este trabajo, como "moral democrática" y su fundamento constitucional más inmediato vendría constituido por lo dispuesto en el artículo 27.2 de la CE.

No obstante, esta suerte de ética mínima debe ser objeto de la necesaria delimitación, en orden a evitar incurrir en un adoctrinamiento ilegítimo, que subvierta los mismos derechos fundamentales y, en particular, los reconocidos en los artículos 16.1 y 27.3 de la propia CE.

Pues bien, a nuestro juicio, entre los límites esenciales que tendrían que ser observados en la delimitación de esa "moral democrática", sería necesario incluir los siguientes:

En primer lugar, como se apuntó, resulta imprescindible abordar tales contenidos desde una perspectiva metodológica propiamente filosófica (y, por lo tanto, no exclusivamente jurídica), si se trata de superar la mera descripción jurídico-positiva de tales materias. Circunstancia que hace imposible el completo abandono del fomento de una perspectiva crítica, operante, incluso, sobre los propios presupuestos de tal "moral democrática"; que sin dejar de ser promovidos, en tanto expresión del marco legal de convivencia que permite el libre ejercicio del conjunto de los derechos y libertades, no pueden ser planteados como si de mandatos divinos o "verdades reveladas" se tratase.

En esta línea, sería muy conveniente llevar a cabo un esfuerzo destinado a someter a parámetros, en cuanto sea posible, los valores éticos implicados, en orden a alejar su exposición de la mera retórica intrascendente y aproximar a los educandos a la operatividad material de los mismos.

Por otra parte, partiendo del imprescindible y delicado equilibrio que ha de ser observado entre la promoción de la referida "moral democrática" y el respeto a las diversas concepciones morales realmente operantes en la sociedad (expresado en las STS como la tensión existente entre el deber impuesto al Estado en el apartados 2 y 5 del artículo 27 de la CE y el derecho fundamental que se reconoce a los padres en el apartado 3 del mismo artículo), sería de utilidad diferenciar, con la suficiente sutileza, entre las diferentes fórmulas de aproximación a los diversos contenidos de una ética cívica (en tanto materia propia de la enseñanza obligatoria), en función de que tales contenidos se muevan en el ámbito de la llamada "moral democrática" o, por el contrario, excediendo del mismo, conlleven abordar la exposición de las diversas concepciones morales "de máximos" operantes en la comunidad, respecto a las que, queda dicho, el sistema de enseñanza pública debe mantener la más rigurosa neutralidad.

En relación con esta última cuestión, se nos antoja necesario diferenciar entre las siguientes perspectivas de aproximación, ordenadas de menor a mayor grado de implicación del sistema educativo en la promoción de los contenidos axiológicos implicados:

- a) Instrucción/conocimiento/promoción de respeto.
- b) Fomento de la adhesión.
- c) Exigencia de adhesión.



La aplicación de las categorías enunciadas a los contenidos propios de una educación para la ciudadanía democrática, permite modular la perspectiva con la que ha de abordarse su impartición en los centros docentes. De suerte que cuando tales contenidos impacten en el ámbito propio de las que damos en llamar éticas de máximos o sobre materias abiertamente sujetas a la diversidad de criterio propia del pluralismo social, el sistema educativo público ha de contraerse a su exposición en el marco de la perspectiva a) (instrucción/conocimiento/respeto). Por el contrario, cuando los contenidos en cuestión versen sobre el núcleo axiológico constitutivo de la "moral democrática", el sistema educativo público estaría legitimado para avanzar desde la perspectiva a) a la perspectiva b) (el fomento explícito de la adhesión de los educandos). Ahora bien, importa tener en cuenta (y este es, a mi juicio, el elemento axial a considerar al respecto) que en ningún caso puede considerarse legítimo, en un Estado social y democrático de Derecho, respetuoso de los derechos fundamentales y en particular, en lo que aquí importa, de la libertad de conciencia (art. 16.1 CE) y del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos (art. 27.3 CE), avanzar hasta el estadio c) (la exigencia de adhesión) cualquiera que fuese el contenido abordado (incluido el propio de la "moral democrática). Dicho en otros términos, nadie puede ser legítimamente obligado a adherirse positivamente a cualesquiera valores o principios morales (por grande que sea el consenso social y hasta jurídico que conciten), siempre que, naturalmente, *respete* (en el sentido de que no contravenga) las normas que regulan la convivencia social.

IV.2. ÉTICA MÍNIMA COMO SISTEMA DE LEGITIMACIÓN DE UNA MORAL DEMOCRÁTICA DESDE LA FILOSOFÍA MORAL.

Empleamos aquí la expresión "ética mínima" para referirnos al sistema de decantación de valores y principios morales desarrollado, con esta misma denominación, desde el ámbito de la filosofía moral, liderado especialmente, desde hace décadas, por la profesora CORTINA, mediante el cual se hace posible la identificación de una ética de mínimos, fundada en el asentimiento racional de quienes se someten a sus determinaciones, a partir de un diálogo en condiciones adecuadas de simetría.

Los antecedentes de esta concepción de la ética, como ética mínima, se remontan a la ética del discurso o ética dialógica, fundada a partir de las obras de HABERMAS, J. y APEL, K.O. (integrantes de lo que se vino a llamar la segunda generación de la Escuela de Frankfurt), y se inscribe dentro de las llamadas éticas kantianas, por su vocación decididamente prescriptiva y universalista.

A través de la ética mínima o ética de mínimos, se trata de dar respuesta a la gran cuestión a la que se enfrenta la filosofía moral desde hace tantos años, en palabras de CORTINA, a la pregunta sobre "*...como conciliar las insobornables exigencias de universalismo ético con la rica pluralidad de las éticas de máximos; cómo es posible pensar y vivir adecuadamente exigencias universales de justicia e invitaciones a la felicidad, proyectos de sentido para la vida y la muerte, enraizados en culturas, tradiciones e historias diversas*".⁶⁰

⁶⁰ CORTINA, A., op. cit., p. 21.



Para ello se trabaja en la elucidación de una ética de mínimos, definida como una *“ética dialógica que se cuida de hacer Justicia al ser dialógico del hombre y exige, por ello, sin remilgos, un mínimo moral: que solo se consideren normas justas las que han sido queridas por los afectados, tras un diálogo celebrados en condiciones de simetría”*⁶¹

Son esas irrenunciables condiciones de simetría, solo a partir de las cuáles es posible un diálogo fecundo, objetivo y, por ende, sometido a la razón de la argumentación, las que sitúan a este sistema de filosofía moral ante la exigencia de promover las condiciones sociales, económicas y legales que las hagan posible, imponiendo el deber de remover los impedimentos que obstan a su materialización.

El diálogo, entendido en términos estrictamente filosóficos, permite a la ética situarse a medio camino entre el absolutismo, que defiende unilateralmente un determinado código moral, y el relativismo, que disuelve toda moralidad.

Pues bien, bajo los presupuestos metodológicos de esta ética mínima, es posible identificar un referente moral común, fruto del diálogo entre los afectados en las condiciones de simetría que garantiza un Estado social y democrático de Derecho, que cristaliza en la Ley fundamental (en términos propios del derecho político moderno, en la Constitución) como expresión de la voluntad popular, haciendo reconocible el fundamento axiológico de una “moral democrática” como ética de mínimos, susceptible de ser exigida al común de los ciudadanos, por estar construida bajo las exigencias del

⁶¹ CORTINA. A. Op. cit., pp 17-18.

principio de Justicia. Está ética de mínimos ni obsta ni puede obstar al libre desarrollo de otras éticas de la felicidad o éticas de máximos, frutos de una vocación de transcendencia o, simplemente, expresión de cualesquiera otros proyectos vitales del hombre; bien al contrario, es justamente el reconocimiento de ese modesto pero irreductible núcleo de valores y principios morales esenciales, cristalizados en las normas fundacionales de la comunidad, los que hacen posible el pluralismo moral.

Como afirma CORTINA, "tiene pleno sentido que una sociedad democrática y pluralista no desee inculcar a sus jóvenes una imagen del hombre admitida como ideal solo por alguno de los grupos que la componen, pero tampoco renuncie a transmitirles actitudes sin las que es imposible la convivencia democrática. Sin embargo, la solución no consiste en cambiar el rótulo de <<moral>> por el de <<ética>> en la asignatura correspondiente, sino en explicitar los mínimos morales que una sociedad democrática debe transmitir, porque hemos aprendido al hilo de la historia que son principios, valores, actitudes y hábitos a los que no podemos renunciar sin renunciar, a la vez, a la propia humanidad. Si una moral semejante no puede responder a todas las aspiraciones que compondrían una <<moral de máximos>>, sino que hay que conformarse con ser una <<moral de mínimos>> compartidos, es en definitiva el precio que ha de pagar por pretender ser transmitida a todos".⁶²

Esta metodología dialógica, propia de la ética mínima, reproducible en cada uno de los estadios de desarrollo de los contenidos propios de una educación para la ciudadanía democrática (reglamentación de contenidos,

⁶² CORTINA. A, op. cit. Pp 38-39



objetivos y criterios de evaluación, proyectos educativos de centro, selección de textos académicos y interacción de padres y profesorado encargado de su impartición) puede ser además, sin duda, una herramienta extremadamente útil para proyectar la legitimación de los contenidos de una tal educación a lo largo de todo el proceso que transcurre desde el diseño de las materias hasta su efectiva impartición en las aulas.

V. CONCLUSIONES.

En síntesis, a modo de conclusión, pueden avanzarse las siguientes consideraciones:

1. La doctrina establecida por el Tribunal Supremo en relación con las asignaturas que, bajo la genérica denominación de Educación para la Ciudadanía, fueron introducidas en el currículo obligatorio de educación primaria, educación secundaria obligatoria y bachillerato, mediante la LOE y los reglamentos de desarrollo aprobados durante el año 2006, avaló la regularidad jurídica de tales contenidos, reconociendo al Estado esta facultad en uso de la habilitación expresamente establecida en el artículo 27.2 de la CE.
2. Esta doctrina jurisprudencial permite fundamentar, desde el ámbito estrictamente jurídico, la existencia de un núcleo axiológico subyacente a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la CE e interpretables conforme a lo establecido en los Tratados y Convenios internacionales sobre la materia suscritos por España, a partir del cual es dable afirmar la existencia de una "moral democrática", cuyos contenidos no solo deben ser

puestos en el conocimiento de los alumnos a través del sistema de enseñanza, sino que, además, pueden y deben ser objeto de promoción por dicho sistema.

3. No obstante lo anterior, el delicado equilibrio que es obligado mantener entre el deber impuesto al Estado en los apartados 2 y 5 del artículo 27 de la CE y el derecho fundamental reconocido a los padres en el apartado 3 del mismo artículo, en orden a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos, hace imprescindible acotar debidamente la perspectiva desde la que debe ser impartida la referida "moral democrática" en los centros de enseñanza, evitando que la indispensable promoción de los valores y principios que la integran derive o implique una exigencia de adhesión (v. gr. vía criterios de evaluación), incompatible con los derechos reconocidos en los artículos 16.1 y 27.3 de la CE.
4. La llamada ética mínima, como sistema de decantación de valores y principios morales comunes, capaces de conformar un núcleo axiológico operante en términos de ética de mínimos, basado en el principio de Justicia y metodológicamente fundado en el diálogo fértil y, consecuentemente, practicado en condiciones de simetría, puede constituir un provechoso cauce de legitimación de una "moral democrática" de imprescindible incorporación al currículo propio de la enseñanza obligatoria.



BIBLIOGRAFÍA

- CORTINA, A. *Ética mínima*. Ed. Tecnos, 17º Edición (2015).
- VELASCO ARROYO, J.C. *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*. Ed. BOE. Madrid (2000).
- GUISÁN, E. *Ética sin religión. Para una educación cívica laica*. Ed. Alianza Editorial (2009).
- LLANO TORRES, A. *Unas reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con "educación para la ciudadanía", en diálogo con Adela Cortina*. Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 11. 2010 (253-292).
- MUÑOZ RAMÍREZ, A. *¿Qué ha sido de Educación para la Ciudadanía con el Partido Popular?* Foro de Educación, 14 (20), 105-128.
- RODRÍGUEZ BAJÓN, S. *La respuesta insatisfactoria del Tribunal Constitucional en un caso difícil: la objeción de conciencia ante la asignatura Educación para la Ciudadanía*. Diario La Ley 2367/2014, de 17 de mayo.
- SANZ MORENO, J.A. *Democracia finalista y defensa de la Constitución Española*. Revista de la UNED, núm. 10, 2012.
- PAUNER CHULVI, C. *La defensa de los valores democráticos como límite a la libertad de expresión. Un análisis comparado de la jurisprudencia del TEDH y del TC*. Revista de Estudios Europeos (2011) núm. 58 (113-132).

“El fraude fiscal como delito previo al blanqueo de capitales.”

D^a. Mónica de la Cuerda Martín.

Trabajo de Fin de Máster de Acceso a la Abogacía
UCLM, Enero de 2017.

Dirigido por el Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo en
calidad de tutor académico, y por D. Miguel Alonso
Mora como tutor profesional.

RESUMEN

En este dictamen jurídico se analiza la posibilidad de que el fraude fiscal (art. 305 CP) en general, y la elusión tributaria en particular, puedan constituir un delito previo a efectos del blanqueo de capitales (art. 301 CP). Para ello, voy a analizar la Sentencia del Tribunal Supremo 974/2012, de 5 de diciembre, (EDJ 2012/298612), también conocida como STS “Ballena Blanca”, ya que esta fue la primera sentencia dictada por el Tribunal Supremo en relación con la cuestión jurídica planteada.

Ésta cuestión jurídica ha requerido analizar la problemática de la actividad delictiva previa al blanqueo de capitales, de la que he podido extraer que, efectivamente no hay ningún impedimento legal para no poder considerar al fraude fiscal como un delito previo a efectos del art. 301 CP. No obstante, existen una serie de argumentos materiales, como a



continuación se podrá comprobar, capaces de rebatir ésta cuestión.

En todo caso, los mayores problemas se plantean cuando se analiza la cuestión del autoblanqueo, tal y como sucede en el caso "Ballena Blanca", dónde la finalidad de ocultación o encubrimiento se alza como un elemento esencial para aceptar su existencia, y por ende, su punibilidad.

Como consecuencia de ello, en estos supuestos de autoblanqueo se hace preciso reformular la cuestión jurídica planteada, ya que en este punto, la cuestión esencial no es si el delito fiscal puede ser un delito previo al blanqueo de capitales, sino que lo determinante es cómo solucionar la concurrencia de ambos ilícitos en un mismo procedimiento penal. Solución que pasará por aceptar la existencia de un concurso de normas o de delitos en función de si existe o no, la mencionada finalidad de ocultación o encubrimiento, quedando descartada la posibilidad de apreciar un delito continuado de blanqueo de capitales.

ABSTRACT

This legal opinion paper examines the possibility that tax fraud (article 305 of the Penal Code, CP) in general, and tax avoidance in particular, may constitute a prior offence for the purpose of money laundering (article 301 of the Penal Code, CP). To this effect, I am going to analyze the Supreme Court Decision 974/2012, of December 5, (EDJ 2012/298612), also known as STS "White Whale", as this was the first sentence issued by the Supreme Court in relation to the legal question raised.

This legal question has required an analysis of the problem of criminal activity prior to money laundering, from which I have been able to deduce that there is effectively no legal impediment to being able to consider tax fraud as a prior offence for the purpose of art.301of the Penal Code, CP.Nevertheless, there are a number of material arguments, as will be shown below, capable of refuting this question.

In any case, the greatest problems arise when analyzing the issue of self-laundering, as in the "White Whale" case, where the purpose of concealment or cover-up is raised as an essential element forthe acceptance of its existence, and therefore, its punishment.

As a consequence of it, in these supposed cases of self-laundering, it becomes necessary to reformulate the legal question raised, since at this point, the essential question is not whether the tax offence can be a prior offence to money laundering, but rather that the determining factor is how to solve the concurrence of both crimes in the same criminal procedure. This is a solution that involves accepting the existence of a contest of crimes or rules, which depends on whether or not the above-mentioned purpose of concealment or cover-up exists, to the exclusion of the possibility of observing a continuing money laundering offence.

PALABRAS CLAVE

"Ballena Blanca", Fraude fiscal, blanqueo de capitales, autoblanqueo, delito previo, concurso de normas, concurso de delitos.



KEY WORDS

"White Whale", Tax fraud, money laundering, self-laundering, prior crime, contest of rules, contest of crimes.

SUMARIO

I-. INTRODUCCIÓN: CUESTIÓN JURÍDICA PLANTEADA.

- 1-. JUSTIFICACIÓN DE LA IMPORTANCIA DEL BLANQUEO DE CAPITALES.
- 2-. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.
- 3-. DETERMINACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO.

II-. LA ACTIVIDAD DELICTIVA PREVIA: ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO DEL ART. 301 CP.

- 1-. CONCEPTO DE ACTIVIDAD DELICTIVA PREVIA.
- 2-. ¿ES NECESARIO QUE EXISTA CONDENA POR EL DELITO PREVIO? O ¿SIMPLEMENTE ES SUFICIENTE CON CONOCER O SOSPECHAR SU PROCEDENCIA ILÍCITA?

A-. No necesidad de condena por el delito previo.

B-. Tipo subjetivo del delito de blanqueo: Interpretación del término sabiendo.

- 3-. LA PRUEBA DEL DELITO ANTECEDENTE AL BLANQUEO DE CAPITALES.

III-. EL DELITO FISCAL COMO ANTECEDENTE AL BLANQUEO DE CAPITALES.

- 1-. ARGUMENTO I: OBJETO MATERIAL DEL BLANQUEO DE CAPITALES.

- A-. Argumentos en contra: La cuota defraudada no puede ser objeto material de blanqueo.**
B-. Argumentos a favor: La cuota defraudada es un bien susceptible de blanqueo.
C-. Posicionamiento personal.
D-. Problema I: ¿Cómo individualizar los bienes objeto de blanqueo dentro del patrimonio del autor?
- 2-. ARGUMENTO II: CONDUCTA TÍPICA Y VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM.
- A-. Conductas típicas.**
a)-. *Adquisición, posesión, utilización, conversión y transmisión como conductas típicas de blanqueo de capitales.*
b)-. *Cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, como conducta típica del blanqueo de capitales.*
- B-. El autoblanqueo.**
C-. Análisis del argumento.
D-. Posicionamiento personal.
- 3-. ARGUMENTO III: LA PRESCRIPCIÓN.
- A-. Opción I: Prescrito el fraude fiscal no es posible la condena por blanqueo.**
B-. Opción II: La prescripción del fraude fiscal no afecta a la posible condena por blanqueo.
C-. Opción III: Prescripción conforme a la regla del art. 131.5 CP.
D-. Posicionamiento personal.
- 4-. ARGUMENTO IV: POLITICA-CRIMINAL.
- A-. Posicionamiento personal.**

IV-. PROBLEMAS CONCURSALES: ¿COMO SOLUCIONAR LA CONCURRENCIA DEL FRAUDE FISCAL Y DEL BLANQUEO DE CAPITALS?.



1-. DELITO CONTINUADO DE BLANQUEO DE CAPITALES.

2-. ¿CONCURSO DE NORMAS O CONCURSO DE DELITOS?

A-. Opción I: Concurso de normas.

B-. Opción II: Concurso de delitos.

V-. BREVE MENCIÓN A LOS ACTOS NEUTRALES: LAS CONDUCTAS DE LOS ABOGADOS.

VI-. CONCLUSIONES A LA CUESTIÓN JURÍDICA PLANTEADA.

VII-. BIBLIOGRAFÍA.

I-. INTRODUCCIÓN: CUESTIÓN JURÍDICA PLANTEADA.

1-. JUSTIFICACIÓN DE LA IMPORTANCIA DEL BLANQUEO DE CAPITALES.

El delito de blanqueo de capitales, se encuentra regulado en el art. 301 CP y es en la actualidad uno de los ilícitos económicos más importantes por cuanto afecta al orden socioeconómico no solo nacional, sino también internacional. Ejemplo de ello es que el volumen de blanqueo de dinero en el año 2012 se situaba entre 1,5 y 3.9 billones de dólares⁶³, y según

⁶³ ABEL SOUTO, M, "Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de dinero, volumen del fenómeno y evolución del delito en España" en ABEL SOUTO, M y SÁNCHEZ STEWART, N (Coords.), *IV Congreso Internacional sobre Prevención y*

una noticia publicada en "*El economista*" en septiembre de 2016, en la última edición del informe elaborado por el Instituto de Basilea, donde se analiza el riesgo de blanqueo de capitales de 149 países, España ocupa el lugar 109, Estados Unidos el 97, Rusia el 58 y Finlandia el 149, destacando que cuanto menor es la posición en el ranking, existe una mayor probabilidad de blanqueo⁶⁴.

El blanqueo consiste básicamente en introducir en el tráfico económico-financiero legal los cuantiosos beneficios obtenidos a partir de la realización de determinadas actividades delictivas especialmente lucrativas, posibilitando así un disfrute de aquéllos jurídicamente incuestionado. Es de destacar que esta operación de incursión en el tráfico económico de bienes delictivos se concibe como un proceso que se compone de varias fases. Así, la primera fase conocida como de inversión o colocación, el dinero en efectivo de procedencia delictiva se introduciría en el ciclo económico. En un segundo momento, encontramos la fase de confusión, donde los bienes "preblanqueados" se dirigen a los paraísos fiscales. Y finalmente, en la fase de integración se da a los fondos la apariencia de legalidad⁶⁵.

Represión del Blanqueo de Capitales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 183.

⁶⁴ Información extraída del siguiente enlace web:
<http://www.eleconomista.es/opinion-blogs/noticias/7828092/09/16/Sobre-el-blanqueo-de-capitales.html>

⁶⁵ ARIAS HOLGUÍN, D P, "Capítulo Primero. El contexto político-criminal del <<blanqueo de capitales>>" en *Aspectos político criminales y dogmáticos del tipo de*



En la sociedad en la que vivimos las tipologías o canales mediante los cuales se pueden blanquear fondos de origen criminal son muy numerosos, así el Servicio Ejecutivo de Comisión de Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC), en un informe elaborado en el año 2008 distinguió entre otros, el sector inmobiliario, los sistemas de compensación, la utilización de dinero en efectivo, los carruseles del IVA o la gestión de transferencias⁶⁶.

Todo ello pone de manifiesto la evidente importancia que a efectos económicos posee el delito de blanqueo de capitales máxime cuando aún podemos decir que seguimos inmersos en una de las peores crisis económicas que ha sufrido España. Es de destacar que la persecución de este delito en nuestro país ha crecido exponencialmente, siendo la capital española considerada el centro nacional del blanqueo de dinero por concentrar más de una quinta parte (un 21%) de las investigaciones llevadas a cabo por el SEPBLAC, que a lo largo de los últimos años ha elevado en un 55% el número de casos abiertos por este delito, tal y como afirma una noticia del periódico "El Mundo" de 18 de abril de este mismo año⁶⁷.

comisión doloso de blanqueo de capitales (Art. 301 CP), Madrid, Iustel, 2011, pp. 34, 35 y 36.

⁶⁶ SEPBLAC, *Informe sobre tipologías del blanqueo de capitales*, Madrid, 2008, pp. 2, 3 y 4. Archivo extraído del siguiente enlace web:

http://www.sepblac.es/espanol/informes_y_publicaciones/informe_sobre_tipologias.pdf

⁶⁷ Información extraída del siguiente enlace web:

2-. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO.

El delito previo por antonomasia del que trae causa el blanqueo de capitales ha sido el tráfico de drogas (art. 368 CP). Se trata de un supuesto claro, los traficantes obtienen grandes cantidades de dinero debido a la venta y distribución de las sustancias estupefacientes, y posteriormente blanquean dichas cantidades de dinero introduciéndolas en el ciclo económico con una apariencia de legalidad, mediante por ejemplo, la adquisición de inmuebles, vehículos, etc.

Sin embargo, cuando se trata de considerar al ilícito fiscal como un delito previo al blanqueo de capitales la cuestión no está tan clara debido a que los límites entre ambos son sumamente difusos. Así, si seguimos el tenor literal del art. 301 CP, la mera posesión o utilización de la cuota defraudada ya constituye un delito de blanqueo, de tal manera que es muy incierto el momento temporal en el que el ilícito fiscal se convierte en blanqueo de capitales.

Destacar que el fraude fiscal, cuya acción típica según la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 120/2005, de 10 de mayo, implica engañar u ocultar⁶⁸,

<http://www.elmundo.es/economia/2016/04/18/5713cedce5fdeadf238b4627.html>

⁶⁸ El engaño se configura como un requisito indispensable para que la conducta sea constitutiva de un delito fiscal, hasta el punto de que, si no media dicho engaño la conducta como máximo podrá ser constitutiva de un ilícito administrativo. *Vid.* DE LA CUERDA MARTÍN, M, "Análisis del art. 305 CP: El delito de fraude fiscal y la cláusula de regularización tributaria", Trabajo de fin de grado dirigido por



presenta dos modalidades de comisión (activa y omisiva) y tres conductas típicas⁶⁹. Siendo así la cuestión principal dilucidar que modalidad de comisión y qué conducta típica es susceptible, si es que alguna lo es, de ser considerada idónea para ser delito previo a efectos del blanqueo de capitales.

No obstante, toda vez que las mayores críticas tanto doctrinales como jurisprudenciales, ya sea favor o en contra, surgen cuando se trata de condenar por blanqueo de capitales la elusión del pago de tributos en una cuantía superior a 120.000 €⁷⁰, yo voy a centrar éste dictamen, en dilucidar si esta modalidad típica de fraude fiscal puede ser considerada objeto de blanqueo a efectos del art. 301 CP, ya que al tratarse de una modalidad omisiva, a juicio de CHOCLAN MONTALVO y

el Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo, Toledo, 2015, pp. 12 y 13. Archivo extraído del siguiente enlace web: <http://www.uclm.es/TO/fcjs/gradoDerecho/pdf/curso1516/tfg/MonicaCuerda.pdf>

⁶⁹ Las conductas típicas constitutivas de fraude fiscal son las siguientes (art. :305.1 CP)

- Elusión del pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta.
- Obtención indebida de devoluciones fiscales.
- Disfrute indebido de beneficios fiscales.

⁷⁰ Destacar que esta cifra, enunciada en el art. 305.1 CP, funciona como límite entre el delito fiscal y la infracción administrativo-tributaria, identificándose así con el resultado típico derivado de la comisión del fraude fiscal, que se manifiesta en el perjuicio patrimonial causado a la Hacienda Pública.

CARMEN ALMAGRO⁷¹, no puede considerarse cómo delito previo al blanqueo de capitales.

En todo caso es de destacar que, la sanción por blanqueo de capitales tiene por finalidad impedir la conversión o transformación de bienes cuya generación se produce extramuros de la legalidad al ser ilícita la actividad que los genera, sin pretender la punición de estas conductas castigar directamente el delito base o delito de origen, que tendrá una respuesta penal autónoma⁷². Ello implica la necesidad de abordar los problemas concursales en los que pueden entrar los arts. 301 y 305 CP, adelantando desde este mismo momento, que si optamos por un concurso de normas estaremos descartando la posibilidad de castigar por blanqueo, ya que la norma más amplia de las dos es el fraude fiscal. Y sin embargo, si optamos por un concurso real de delitos castigaremos al sujeto o sujetos activos por ambos delitos, siendo así la pena

⁷¹ *Vid* en este sentido; BLANCO CORDERO, I, "El delito fiscal como actividad delictiva previa al blanqueo capitales", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, REPC 13-01, año 2011, p. 01:18, y ALMAGRO MARTIN, C, "Capítulo 6. Reflexiones sobre el delito fiscal como antecedente del blanqueo de capitales", en ALMAGRO MARTIN, C (Dir.) *Estudios sobre el control del fraude fiscal y prevención del blanqueo de capitales*, Navarra, Aranzadi, 2016, p. 180.

⁷² CONDE- PUMPIDO TURÓN, C, "El delito antecedente en el blanqueo de capitales", en *Jornadas de especialistas de delitos económicos*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 2015. Archivo extraído del siguiente enlace web:
https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Sr.%20Conde-Pumpido.pdf?idFile=161e1958-64b8-4d26-95a2-b4bd077a80f1



final impuesta la suma de la que corresponda por cada uno de los ilícitos.

Todo ello pone de manifiesto, como a continuación se podrá comprobar, la interrelación existente entre los argumentos esgrimidos con relación a esta cuestión jurídica planteada y los problemas concursales que se pueden plantear para solucionarla. Hasta el punto, que una más correcta formulación de la cuestión exigiría no preguntarse si el delito fiscal puede ser delito previo al blanqueo de capitales, sino ¿Cómo solucionar la concurrencia de ambas figuras delictivas en un proceso judicial?

Para analizar toda esta problemática voy a partir de la STS “Ballena Blanca”.

3-. DETERMINACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO⁷³.

La importancia del caso “Ballena Blanca” es notoria, puesto que fue y probablemente haya sido hasta el momento, una de las principales operaciones desarrolladas contra el blanqueo de capitales.

La Fiscalía Anticorrupción fue la encargada de destapar en el año 2005 ésta compleja red de blanqueo de capitales a través de un bufete de abogados de Marbella cuyo propietario, que es el principal acusado,

⁷³ Es importante considerar que al haber sido extraída la sentencia objeto de análisis de una base de datos, es posible que determinados elementos de carácter personal, tales como los países donde radicaban las sociedades, no coincidan con la realidad. No obstante, se trata de simples denominaciones que no afectan al contenido real de la sentencia así como tampoco a los argumentos jurídicos.

gestionaba más de 500 sociedades de las casi 1000 que había creado el bufete. Mediante dichas sociedades, según el escrito del fiscal fueron objeto de blanqueo 12 millones de euros. La investigación policial se saldó con más de 50 detenidos, de los cuales, finalmente fueron imputados tan solo 19⁷⁴.

A efectos del dictamen, solo voy a analizar las actividades del abogado imputado y finalmente condenado. Así, de una manera simplificada se puede decir que los hechos que dan lugar a este procedimiento judicial se inician por dicho abogado especializado en inversiones inmobiliarias por parte de personas no españolas.

Uno de los sistemas utilizado por el acusado para facilitar dichas inversiones era el de la creación de sociedades patrimoniales de responsabilidad limitada en España, que estarían participadas por los inversores, bien directamente, bien por medio de otra sociedad extranjera. De ese modo, la transmisión de los bienes se podría realizar con mayor facilidad, al tiempo que, en determinados casos, el cliente podría no aparecer en las escrituras ni registros, lo que podría tener en su caso ventajas fiscales, pudiendo constituir una dificultad para una hipotética inspección de tal carácter. Destacar que por lo general, la persona jurídica extranjera era una sociedad constituida en el estado norteamericano de Delaware, cuya legislación permite que los últimos beneficiarios y dueños de la inversión no aparezcan en la escritura o título constitutivo.

⁷⁴ Información extraída del siguiente enlace web:
http://elpais.com/elpais/2011/03/31/actualidad/1301559423_850215.html



Esta sociedad de Delaware aparecía en todos los casos administrada o representada por el abogado, sería la socia mayoritaria de la española de responsabilidad limitada, ostentando en ocasiones hasta el 99% de las participaciones.

Al otorgamiento de la escritura de constitución concurría una trabajadora del despacho de abogados que suscribía la participación restante, y que además, por lo general era quién administraba la sociedad.

En todo caso, los clientes aceptaban que su inversión en España se efectuase mediante este sistema de sociedades, lo que les aseguraba su anonimato, ya que la inversión formalmente procedía de una sociedad norteamericana, socia constituyente de la entidad española, que era quién invertía los fondos.

Una vez constituida la sociedad española, se abría una cuenta en una entidad bancaria en España al objeto de canalizar los fondos necesarios.

Todo este entramado societario era utilizado por el abogado para eludir a Hacienda el pago de sus obligaciones tributarias, ascendiendo así la cuota defraudada según el auto de aclaración de la STS "Ballena Blanca" a 160.340,25 €. Destacar que se considera probado que dicha cuota defraudada procedía tanto de las rentas del trabajo como de otras inversiones, y que fue desviada, a través de cuatro sociedades de las que el abogado era beneficiario, al estado norteamericano de Delaware.

En definitiva, este caso plantea problemas con respecto no solo a si la cuota defraudada puede ser considerada como un bien susceptible de blanqueo, sino también respecto a la punición del autoblanqueo,

puesto que el abogado en cuestión blanquea sus propios beneficios.

II-. LA ACTIVIDAD DELICTIVA PREVIA: ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO DEL ART. 301 CP.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del CP (LO 5/2010) sustituyó la expresión del art. 301 CP "*sabiendo que éstos tienen su origen en un delito*" por la de "*sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva previa*".

Esta modificación obliga a plantearnos cuestiones como ¿Qué debemos entender por actividad delictiva previa?, ¿Es necesario que exista condena judicial firme por el delito previo? O ¿Cuál es la interpretación que debemos otorgar al término "*sabiendo*"?

Todas estas cuestiones resultan de gran importancia a efectos no solo de averiguar si el fraude fiscal en su modalidad de elusión tributara reúne los requisitos necesarios para ser considerado actividad delictiva previa a efectos del art. 301 CP, sino también para analizar la posible condena por ambos delitos.

1-. CONCEPTO DE ACTIVIDAD DELICTIVA PREVIA.

El art. 301 CP exige que los bienes objeto de blanqueo procedan de una actividad delictiva previa,



constituyendo este origen delictivo un elemento normativo del tipo⁷⁵.

Según el FJ 37º de la STS "Ballena Blanca" se puede afirmar que un bien procede de una actividad delictiva previa cuando, suprimiendo mentalmente tal actividad delictiva previa, el bien desaparecería de su concreta configuración que incluye todo lo relacionado con su existencia, composición material, valor o titularidad económica del bien. En este punto, la STS mencionada recurre a la teoría comúnmente aceptada de la equivalencia de condiciones o *condictio sine qua non*⁷⁶.

En todo caso, debe de existir una relación causal entre el bien y la actividad delictiva previa, y en el momento en el que esto es así, decimos que los bienes están "contaminados".

Legalmente, el art. 1.2 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de Financiación del Terrorismo (Ley 10/2010) entiende por bienes procedentes de una actividad delictiva *"todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales,*

⁷⁵ La configuración del origen delictivo de los bienes objeto de blanqueo como un elemento normativo del tipo es avalada por la jurisprudencia. En concreto, la STS 483/2007 de 4 de junio (EDJ 2007/70160), establece, siguiendo el sentido de la STS 928/2006 de 5 de octubre (EDJ 2006/311730), lo siguiente: *"el origen delictivo de los bienes es evidentemente un elemento del tipo penal objetivo con todas las consecuencias que de ello se derivan.*

⁷⁶ BLANCO CORDERO, I, "El delito fiscal como actividad delictiva previa al blanqueo capitales", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Op. Cit. p. 01:22.

*muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, con **inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública***⁷⁷.

En este sentido hay que añadir que el art. 3.4 f) de la Directiva de la Unión Europea 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo (Directiva UE 2015/849), conocida también como la "cuarta directiva de prevención del blanqueo de capitales", entiende por **actividad delictiva** "*cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de delitos graves, y en concreto, todos los delitos, incluidos los delitos fiscales relacionados con los impuestos directos e indirectos definidos en la legislación nacional de los Estados Miembros, que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad de duración máxima superior a un año o, en los Estados miembros en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad de duración mínima superior a seis meses*".

En base a esta normativa podemos concluir que, legalmente hablando no existe ningún impedimento para no poder considerar al fraude fiscal como delito previo al blanqueo, puesto que este ilícito aparentemente reúne todos los requisitos para gozar de tal consideración. No obstante, más adelante veremos

⁷⁷ El análisis de este artículo lo realizaré en epígrafes posteriores al hilo de los principales argumentos enunciados respecto a la cuestión jurídica planteada.



si los argumentos materiales dados sobre esta cuestión son capaces, o no, de desmontar esta afirmación.

2-. ¿ES NECESARIO QUE EXISTA CONDENA POR EL DELITO PREVIO? O ¿SIMPLEMENTE ES SUFICIENTE CON CONOCER O SOSPECHAR SU PROCEDENCIA ILÍCITA?

A-. No necesidad de condena por el delito previo.

En cuanto a la exigencia o no de una condena judicial por el delito previo, la jurisprudencia, incluso antes de realizar la modificación mencionada, era clara al señalar que aunque pudiera pensarse desde una óptica interpretativa estrictamente formalista que sin condena por delito o en general, sin declaración judicial de existencia del delito, no puede aplicarse el art. 301 CP, sin embargo, la definición del delito de blanqueo **no exige la previa condena** por el delito del que proceden los bienes que se aprovechan u ocultan. En definitiva, en ningún caso la jurisprudencia requiere que hubiera procedido sentencia condenatoria firme, bastando con que el sujeto activo conozca que los bienes tengan como origen un hecho típico y antijurídico⁷⁸.

Por si ello fuera poco, la consideración cuarta de la nota interpretativa de la recomendación 3 del Grupo

⁷⁸ FJ 4º de la STS 483/2007, de 4 de junio (EDJ 2007/70160). En el mismo sentido; STS 1704/2001, de 29 de septiembre (EDJ 2001/31960), STS 1501/2003 de 19 de diciembre (EDJ 2003/209407) y STS 1505/2005, de 23 de diciembre (EDJ 2005/37500).

de Acción Financiera Internacional (GAFI) establece la no necesidad de que una persona sea condenada por el delito determinante, entendiendo como tal el delito previo o delito antecedente⁷⁹.

B-. Tipo subjetivo del delito de blanqueo: Interpretación del término "sabiendo".

El delito de blanqueo de capitales puede ser cometido tanto de manera dolosa como de manera imprudente, estando la primera relacionada con la interpretación que otorguemos al término "sabiendo".

Es de destacar que la expresión "sabiendo", referente legal del delito doloso, en el lenguaje normal equivale a tener conciencia o estar informado. No implica pues, saber como el que podría derivarse de la observación científica de un fenómeno [...] Es decir, **en el plano subjetivo no se exige un conocimiento preciso o exacto del delito previo, sino que basta con la conciencia de la anormalidad** de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito grave. Así, la STS 1637/1999 de 10 de enero del 2000 (EDJ 2000/441) destaca que el único dolo exigible al autor y que debe objetivar la Sala sentenciadora es precisamente la existencia de datos o indicios bastantes para poder afirmar el conocimiento de la procedencia de los bienes de un delito grave,

⁷⁹ Información extraída del siguiente enlace web:
<https://www.cfatf-gafic.org/index.php/es/documentos/gafi40-recomendaciones/409-fatf-recomendacion-3-delito-de-lavado-de-activos>



habiéndose admitido el dolo eventual como forma de culpabilidad⁸⁰.

En cuanto a la **imprudencia grave**, debemos de mencionar que se encuentra enunciada en el art. 301.3 CP, respondiendo su tipificación expresa a la necesidad de hacer frente a los supuestos más groseros de vencibilidad del error de tipo⁸¹.

En este sentido, la STS 412/2014, de 20 de mayo (EDJ 2014/81638) pone de manifiesto las dificultades dogmáticas de la modalidad imprudente del blanqueo de capitales, exigiendo en todo caso que se trate de una imprudencia grave o temeraria, puesto que en el tipo subjetivo de esta modalidad imprudente, se sustituye el elemento intelectual del conocimiento por el subjetivo de la imprudencia grave, imprudencia que por ello recae precisamente sobre aquél elemento intelectual.

Así, en base a esta sentencia, podemos decir que las características principales de la modalidad imprudente son las siguientes:

- El tipo no exige que el sujeto sepa la procedencia de los bienes, sino por las circunstancias del

⁸⁰ FJ 11ª STS 286/2015 de 19 de mayo (EDJ 2015/80745). En el mismo sentido; STS 2410/2001, de 18 de diciembre (EDJ 2001/54742), STS 2545/2001, de 4 de enero del 2002 (EDJ 2002/275) o la STS 1070/2003 de 22 de julio (EDJ2003/80625).

⁸¹ TERRADILLOS BASOCO, J M y RUIZ RODRIGUEZ, L M, "Lección 6. Receptación y blanqueo de capitales", en TERRADILLOS BASOCO, J M (Coord.) *Lecciones y materiales para el estudio penal. Tomo IV. Derecho penal parte especial (Derecho penal económico)*, Madrid, Iustel, 2012. p. 171.

caso, esté en condiciones de conocerlas solo con observar las cautelas propias de su actividad.

- Que su actuación hubiera sido al margen de las cautelas mencionadas o inobservando los deberes de cuidado que le eran exigibles.
- La imprudencia recae tanto sobre la forma de ejecución del hecho como sobre la elusión del deber de conocer la procedencia de los bienes.

3-. LA PRUEBA DEL DELITO ANTECEDENTE AL BLANQUEO DE CAPITALS.

Como ya he mencionado *supra*, el origen delictivo de los bienes objeto de blanqueo constituye un elemento objetivo normativo del tipo penal, y al ser considerado como tal debe de ser objeto de prueba⁸², de ahí que me surja la siguiente cuestión ¿Es necesario que exista una prueba clarividente de la existencia del delito previo? O por el contrario ¿Sería suficiente con la prueba indiciaria?

Pues bien, esta cuestión es resuelta por la ya mencionada STS 483/2007 de 4 de junio de 2007 (EDJ 2007/70160), que refiriéndose a la STS 928/2006 de 5 de octubre (EDJ 2006/311730) establece que "*son aplicables a la prueba del "origen delictivo de los bienes" los principios enunciados en las STC 174/1985, de 17 de diciembre (EDJ 1985/148), STC 175/1985, de 17 de diciembre (EDJ 1985/149) y STC 229/1988, de*

⁸² LOMBARDEO EXPOSITO, L M, "Capítulo 4. La perspectiva penal" en *El nuevo marco regulatorio del blanqueo de capitales*, Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2015, p. 162.



18 de diciembre (EDJ 1988/545), según las cuales el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria". Es decir, el delito de origen de los bienes puede ser probado por indicios y no es necesario, pues el texto del art. 301 CP no lo exige, que exista una sentencia judicial que lo haya constatado en un proceso anterior determinado".

Así, se considera bastante la prueba indiciaria que acredite al menos, los siguientes hechos concluyentes⁸³:

- La cantidad de capital que es lavado o blanqueado.
- Vinculación o conexión con actividades ilícitas.
- Aumento desproporcionado del patrimonio durante el periodo de tiempo al que se refiere dicha vinculación.
- Inexistencia de negocios o actividades ilícitas que justifiquen ese aumento patrimonial.

No obstante, tal y como sostiene BLANCO CORDERO, las particularidades del delito fiscal exigen una actividad probatoria muy intensa para que pueda

⁸³ GARCÍA LÓPEZ, S, "Blanqueo de capitales. Evolución del delito subyacente", en *Cuadernos de formación Agencia Estatal de Administración Tributaria*, Colaboración 5/08, Volumen 5/2008, p. 96. Archivo extraído del siguiente enlace web:

http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formation/05_2008/Colab_05_08.pdf.

afirmarse la existencia de una cuota tributaria no pagada superior a 120.000 €. Siendo así necesario, que en el delito fiscal quede acreditado el acto delictivo concreto que genera los bienes blanqueados. Y es que la comisión de un delito fiscal requiere probar de manera específica varios elementos típicos de carácter temporal y personal, y además hacerlo con claridad, porque deberá determinarse en atención a cada tributo y periodo impositivo, sin que puedan sumarse diferentes cuantías inferiores al mínimo establecido en art. 305.1 CP para convertir en delito un cúmulo de infracciones administrativas⁸⁴.

III-. EL DELITO FISCAL COMO ANTECEDENTE AL BLANQUEO DE CAPITALES.

Como ya mencioné anteriormente, tanto la normativa nacional como la internacional abogan por considerar al fraude fiscal como actividad delictiva previa al blanqueo de capitales, sin embargo, existen argumentos en nuestro ordenamiento jurídico capaces de rebatir esta cuestión. Dichos argumentos están enunciados y debatidos en la STS "Ballena Blanca" objeto de estudio en este dictamen.

Es preciso adelantar que la mencionada STS se posiciona a favor de que el fraude fiscal es su modalidad de elusión tributaria constituya un delito previo al blanqueo de capitales, aunque no sin importantes objeciones, como las formuladas en el interesantísimo voto particular de la STS "Ballena

⁸⁴ BLANCO CORDERO, I, "El delito fiscal como actividad delictiva previa al blanqueo capitales", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Op. Cit. p. 01:33.



Blanca” realizado por el Magistrado D. Antonio del Moral García.

Así las cosas, voy a proceder a analizar dichos argumentos que están relacionados, con el objeto material del delito de blanqueo, con la conducta típica y la posible vulneración del principio *non bis in idem*, la prescripción y la política criminal.

1-. ARGUMENTO I: OBJETO MATERIAL DEL BLANQUEO DE CAPITALES.

Según este argumento, el sector doctrinal que defiende la imposibilidad de que el delito fiscal sea delito previo al blanqueo de capitales aboga por considerar que la cuota defraudada⁸⁵ carece de origen delictivo, y por lo tanto a efectos del art. 301 CP no puede ser objeto de blanqueo. Es decir, el problema que plantea este argumento viene determinado por el hecho de que los bienes o capitales que integran la cuota defraudada ya se encontraban en el patrimonio del defraudador antes de cometer el delito de blanqueo,

⁸⁵ Según MORALES PRATS la cuota defraudada es el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta de las retribuciones, el importe de las devoluciones indebidas o de los beneficios fiscales obtenidos indebidamente, que en todo caso, deberá situarse por encima de los 120.000 €. De tal manera que, por cuota defraudada debemos entender aquella deuda que proviene de los conceptos que integran el tributo, quedando excluidos los intereses de demora, los recargos por aplazamiento, prórroga o apremio, y las sanciones tributarias. MORALES PRATS, F, “Titulo XIV. De los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, en QUINTERO OLIVARES, G (Dir.) y MORALES PRATS, F (Coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2011, p. 1058.

así como también, por el hecho de que dichos bienes o capitales proceden de actividades lícitas, de tal manera que el hecho de defraudar no supone aparentemente un incremento patrimonial no justificado para el autor del delito fiscal⁸⁶.

En consecuencia, debemos de preguntarnos lo siguiente: ¿Puede la cuota defraudada ser objeto material del blanqueo de capitales? Y en función de su respuesta, estaremos en contra o a favor de admitir al fraude fiscal como delito previo al blanqueo de capitales.

El análisis de este argumento implica partir de las consideraciones realizadas acerca de la actividad delictiva previa, y ahondar en el objeto material del blanqueo de capitales.

Con respecto al **objeto material del delito de blanqueo de capitales**, es preciso señalar que éste es diferente del objeto sobre el que recaiga el delito previo, y ello se debe fundamentalmente a los diferentes bienes jurídicos protegidos por ambas figuras delictivas, puesto que mientras que el objeto de protección del blanqueo es el orden socioeconómico⁸⁷,

⁸⁶ ALMAGRO MARTIN, C, "Capítulo 6. Reflexiones sobre el delito fiscal como antecedente del blanqueo de capitales", en *Estudios sobre el control del fraude fiscal y prevención del blanqueo de capitales*, Op. Cit., p. 180.

⁸⁷ Según el FJ 37º STS "Ballena Blanca" el delito de blanqueo afecta al orden económico, esto es "la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes" o bien "la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía". La base de esta concepción económica se encuentra en la libre y real competencia, por lo que el sistema económico se ve afectado por la afluencia de



el bien jurídico protegido en el delito fiscal es la Hacienda Pública⁸⁸.

En principio se podría decir, que todos los capitales, bienes o activos, susceptibles de valoración económica, y por ende incorporables al tráfico jurídico, cumplirían los requisitos necesarios para ser considerados objetos idóneos para constituir el objeto material de este delito⁸⁹.

En este punto se hace preciso recordar el art. 1.2 de la Ley 10/2010, según el cual la cuota defraudada a la Hacienda Pública es un bien susceptible de ser blanqueado. La cuestión está ahora en dilucidar si esta inclusión solo afecta al ámbito administrativo del fraude

recursos económicos que se generan al margen el propio sistema, con efectos sobre la financiación de las empresas, la competencia desleal y la consolidación de organizaciones que contaminan el orden económico y merman la credibilidad del mercado.

⁸⁸ El motivo por el cual se considera que la Hacienda Pública es el bien jurídico protegido por el art. 305 CP es debido a que el fraude fiscal no solo entraña una disminución del valor económico del Erario Público, sino que también afecta a toda la política económica y social que incide sobre el ahorro, la inversión o la distribución de la renta nacional. Son férreos defensores de esta orientación patrimonial del bien jurídico protegido, entre otros, CÓRDOBA, BAJO, MARTINEZ BUJÁN y RODRIGUEZ MOURILLO. *Vid* en BAJO M Y BACIGALUPO, S, "Capítulo octavo. Delitos contra la Hacienda Pública", en *Derecho penal económico*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Arces S.A, 2001, p. 219.

⁸⁹ ARIAS HOLGUÍN, D P, "Capítulo tercero. El tipo de comisión doloso (Art. 301.1 y 2 CP)", en *Aspectos político criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso del blanqueo de capitales (Art. 301CP)*, *Op. Cit.* p. 320.

fiscal, es decir, cuando el perjuicio patrimonial no supera los 120.000 €, o si por el contrario, afecta al ámbito penal, quedando así cerrado el debate doctrinal existente en este ámbito.

Esta alusión en una ley ordinaria a la cuota defraudada como medio para articular el delito de blanqueo de capitales, a juicio de BLANCO CORDERO⁹⁰ tiene dos interpretaciones:

- La alusión a la cuota tributaria por la Ley 10/2010 lo es a efectos puramente administrativos y no penales, es decir a efectos de configurar ilícitos administrativos relacionados con el llamado cumplimiento normativo (*compliance*) a que da lugar la dicha ley.

Es de destacar que el voto particular de la STS "Ballena Blanca" se decanta por esta posición, en base a que una ley ordinaria no puede ampliar lo establecido en una norma penal que no es una ley penal en blanco, puesto que el legislador ordinario carece de potestad para ampliar el ámbito de aplicación de una norma penal autosuficiente (STC 101/2012 de 8 de mayo (EDJ 2012/98375), STS 283/2006, de 9 de octubre (EDJ 2006/281234)).

- La Ley 10/2010 contiene un criterio interpretativo del tipo penal del delito de blanqueo de capitales, lo que equivaldría a dejar

⁹⁰ ALMAGRO MARTIN, C, "Capítulo 6. Reflexiones sobre el delito fiscal como antecedente del blanqueo de capitales", en *Estudios sobre el control del fraude fiscal y prevención del blanqueo de capitales*, Op. Cit. pp. 181 y 182.



que una ley ordinaria de marcado carácter administrativo, configurase la conexión entre los dos delitos realizando una delimitación positiva del delito de blanqueo de capitales sometido al principio de reserva de LO.

Por su parte, el FJ 37º de la STS "Ballena Blanca" establece con respecto a esta cuestión, que **la interpretación más razonable** es entender que la intención del legislador, no manifestada, no es establecer *ex novo* que el fraude fiscal es delito previo al blanqueo de capitales, sino simplemente despejar las posibles dudas que hay en la doctrina a la hora de interpretar la legislación vigente que admite cualquier actividad delictiva como previa al blanqueo de capitales.

Personalmente considero que cuando el art. 1.2 de la Ley 10/2010 dice "*todo tipo*" y "*con inclusión de la cuota defraudada*" no solo pretende afectar al ámbito administrativo, sino que también afecta al ámbito penal, y máxime cuando el límite entre ambos es una simple cifra. No obstante, no deja de ser menos cierto, que al ser ésta la intención del legislador, su actuación no se adecúa a una buena técnica legislativa, puesto que conector de la reserva de LO en materia penal, debió de acudir a ella.

En definitiva, el núcleo de discusión se centra en si la cuota defraudada supone un enriquecimiento patrimonial del sujeto activo y si dicho incremento posee un origen delictivo.

A-. Argumentos en contra: La cuota defraudada no puede ser objeto material de blanqueo.

QUINTERO OLIVARES⁹¹ y CHOCLAN MONTALVO, ambos férreos defensores de la imposibilidad de considerar al delito fiscal como delito previo al blanqueo de capitales, parten de la consideración de que la acción típica de elusión del pago de tributos es una modalidad omisiva, y por lo tanto abogan por considerar que el dinero de quién no pago sus impuestos no es producto del delito fiscal puesto que no hay origen ilícito o delictivo, no existiendo así nexo causal entre el pago de tributos (acción de omisión) y los bienes incorporados al patrimonio del defraudador a causa de un hecho que no es delictivo⁹².

A su vez, este sector doctrinal entiende que solo pueden servir de presupuesto del delito de blanqueo de capitales aquellos delitos idóneos para generar bienes o ganancias en sentido material, por lo que una "no perdida" o ahorro, es diferente a una ganancia, ya que quien ahorra no gana, sino que únicamente evita la salida de un bien de su patrimonio⁹³.

⁹¹ QUINTERO OLIVARES tiene un interesante artículo relativo al blanqueo, comiso y tributación del dinero sucio en DEMETRIO CRESPO, E, (Dir.) y MAROTO CALATAYUD, M (Coord.), *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, Madrid, Edisofer S.L, 2014, pp. 635 a 656.

⁹² ALMAGRO MARTIN, C, "Capítulo 6. Reflexiones sobre el delito fiscal como antecedente del blanqueo de capitales", en *Estudios sobre el control del fraude fiscal y prevención del blanqueo de capitales*, Op. Cit. p.183.

⁹³ MARTINEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DEL PRADO, I, "IV. Relaciones entre el delito fiscal y el blanqueo de capitales",



En este sentido encontramos el voto particular de la STS "Ballena Blanca", dónde se dice que son delitos aptos para servir de base al delito de blanqueo los que clásicamente se bautizaban como delitos de enriquecimiento, y que por el contrario, no gozan de tal aptitud aquellos delitos que suponen un ahorro como es el caso de la elusión del pago de tributos, que no produce ningún bien. En este caso, el patrimonio del deudor no sufre alteración alguna, sino que lo único que sucede es que tras la realización de la conducta castigada en el art. 305 CP oculta esa deuda y pretende hacer creer que no existe o que es inferior, pero no obtiene ningún bien. Así, la cuota que se deja de pagar no constituye un enriquecimiento, sino un indebido "no empobrecimiento". Es decir, la elusión del pago de tributos no genera un incremento patrimonial, sino que permite un ahorro no aportando así nada al patrimonio. Por lo que no pueden blanquearse efectos o bienes procedentes de un delito que no los genera.

B-. Argumentos a favor: La cuota defraudada es un bien susceptible de blanqueo.

Autores como BLANCO CORDERO o MALLADA FERNÁNDEZ entienden que, si bien es cierto que la cuota tributaria es una cantidad de dinero y puede considerarse un bien que no ingresa en el patrimonio del autor del delito fiscal porque ya formaba parte de él, aún sigue siendo posible considerar que la cuota tributaria procede del delito fiscal y por ello puede ser objeto idóneo de blanqueo; se apela a la "evidencia" de

en *El autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente al blanqueo de capitales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 67 y 68.

que, si no se hubiera cometido el delito fiscal el dinero de la cuota tributaria defraudada no seguiría en el patrimonio del evasor, así el ahorro que se produce con la defraudación se traduce en dinero y tiene relevancia penal⁹⁴.

En este sentido, según la **“teoría del patrimonio afecto al fin”** el delito fiscal estaría dando lugar a un enriquecimiento ilícito a través del ahorro fraudulento de impuestos, por lo que el hecho de que la cuota tributaria no ingrese en el patrimonio del autor del delito fiscal por encontrarse en él no impide considerar que la misma procede del delito fiscal⁹⁵.

El FJ 37º de la sentencia “Ballena Blanca” sigue esta misma línea al establecer que la elusión del pago de tributos constituye una conducta típica que genera una obligación tributaria, que a su vez tiene por objeto la cuota tributaria, de donde surge la denominada deuda tributaria. Es decir, el bien que procede del delito fiscal es la cuantía económica correspondiente a la cuota tributaria, que es una cantidad de dinero que constituye normalmente una proporción que se aplica sobre la base imponible. Y el dinero, evidentemente,

⁹⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M, “XVII. ¿Puede el delito de defraudación tributaria constituir actividad delictiva previa a efectos del blanqueo de capitales?”, en *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, Op. Cit. pp. 625 y 626.

⁹⁵ DEMETRIO CRESPO, E, “Sobre el fraude fiscal como actividad delictiva antecedente del blanqueo de capitales”, en CELORIO VELA, J A y CARRASCO PADILLA, P J (Dir.) *Temas actuales sobre el fraude fiscal y cuestiones conexas*, México, Centro Mexicano de Estudios en lo Penal Tributario, A.C, 2016, p. 222.



constituye un bien en el sentido del blanqueo de capitales. Se trata con todo, de una cantidad de dinero que no ingresa en el patrimonio del autor del delito fiscal, sino que ya se encuentra en él porque constituye una parte del mismo, pero ello no impide considerar que la cuota tributaria procede del delito fiscal.

C-.Posicionamiento personal.

En base a todo lo expuesto debo decir, que bajo **mi opinión sí que se puede considerar la cuota defraudada como objeto material del delito de blanqueo de capitales**, en base a los siguientes motivos;

En primer lugar, ambas figuras delictivas protegen bienes jurídicos diferentes, cuestión que al no ser controvertida, no necesita de más explicación.

En segundo lugar, porque aunque como ya he dicho, la técnica legislativa utilizada por el legislador en la Ley 10/2010 no me parezca la más acertada, ello no implica que la mencionada ley, siguiendo el criterio del TS en la sentencia del caso "Ballena Blanca", funcione a modo de criterio interpretativo, en el sentido de que si bien es cierto el art. 301 CP no es una ley penal en blanco que necesite ser completada por el resto del ordenamiento jurídico, ello no resta para que la clara finalidad preventiva que posee la Ley 10/2010 ayude a clarificar que la cuota defraudada constituye un objeto idóneo para ser blanqueado.

Es decir, ya antes de la promulgación de la Ley 10/2010 se podía considerar a la cuota defraudada como objeto material del blanqueo de capitales, puesto

que se trata de un delito grave, y en el sentido inverso de la problemática, el TS ya se había pronunciado, de tal manera que no veo impedimento en que si las ganancias blanqueadas pueden constituir un delito de fraude fiscal, éste no pueda constituir un ilícito previo al de blanqueo. No obstante, y aún en el caso de no aceptar dicha interpretación, seguiría siendo posible considerar a la cuota defraudada como un bien susceptible de blanqueo, puesto que la Directiva UE 2015/849 lo considera como tal.

Por otro lado, el resultado de la comisión de un delito fiscal se manifiesta en la omisión del deber de pago de las obligaciones tributarias, lo que supone un enriquecimiento ilícito del defraudador ya que ese patrimonio no debería estar en su poder, sino que debería de pasar a engrosar las cuentas de las arcas públicas. Así, toda vez que el defraudador de manera voluntaria y en una cuantía superior a 120.000 € decide eludir, con conocimiento de ello, sus obligaciones tributarias, la cuantía de la cuota defraudada pasa a tener un origen delictivo aunque provenga de cualquier actividad lícita, y por ende, puede ser considerada objeto material del art. 301 CP.

En mi opinión, la principal problemática acerca de la consideración o no del delito fiscal como delito previo, es que se pretende equiparar o mejor, comparar, las ganancias obtenidas con el tráfico de drogas a la cuota defraudada. En la primera es claro su origen ilícito, puesto que proviene de una actividad prohibida, sin embargo, en el caso del delito fiscal, esa actividad prohibida previa no existe, sino que la cuota defraudada proviene de negocios jurídicos lícitos en el tráfico económico, como por ejemplo pueden ser las ganancias derivadas del trabajo. No obstante, ello no impide que no podamos considerar a la cuota



defraudada objeto material, puesto que aunque su origen es lícito, deviene en ilícito desde el mismo momento en el que se eluden las obligaciones tributarias.

Si trasladamos todo ello al caso "Ballena Blanca" donde se defraudó a la Hacienda Pública una cuota cifrada en 160.340,25 € a través de complejos entramados societarios, podemos concluir de una forma clara y evidente que se ha sobrepasado la cuantía fijada en el art. 305.1 CP, y que por lo tanto, se ha cometido un delito de fraude fiscal. De tal manera que ahora se hace preciso averiguar si el traslado de dicha cuota a sociedades extranjeras constituye o no, un acto de autoblanqueo.

D-. Problema I: ¿Cómo individualizar los bienes objeto de blanqueo dentro del patrimonio del autor?

Una vez que hemos aceptado que la cuota defraudada puede constituir objeto material a efectos del art. 301 CP, nos tenemos que enfrentar a la cuestión de cómo individualizar los bienes que han sido objeto de blanqueo dentro de patrimonio del sujeto activo del delito, por cuanto según la STS "Ballena Blanca" no es admisible la teoría de que todo el patrimonio del contribuyente quede contaminado⁹⁶.

⁹⁶ Según el FJ 37 de la mencionada sentencia, el momento de contaminación de los bienes integrantes de la cuota tributaria defraudada se produce cuando vencen los plazos administrativos establecidos para declararlos a la Administración Tributaria. Hasta ese momento, existe un periodo temporal durante el que no es posible determinar si

Es decir, una vez concretada la cuota tributaria que cuantifica la obligación tributaria económicamente valorable de la que responde el defraudador, habrá que individualizar dicha cuota tributaria en su patrimonio. Dicha individualización requiere que durante la investigación se pueda identificar razonablemente la parte de los bienes del patrimonio del defraudador que constituyen la cuota tributaria⁹⁷.

En derecho penal, a diferencia de lo que sucede en el derecho tributario-sancionador, la individualización debe de ser concreta y precisa. Es decir, se hace totalmente necesario, por un lado que la cuota defraudada esté perfectamente cuantificada, y por otro lado, que además puedan identificarse los

existe o no delito fiscal, y por ello, todo acto realizado sobre tal dinero no puede ser considerado blanqueo de capitales, porque los bienes no tienen todavía carácter delictivo.

Es de destacar, que ello se encuentra en relación con el momento de consumación del delito fiscal, que en el caso de la elusión de tributos dependerá de si estamos en presencia de un tributo que requiera autoliquidación o de tributos que precisen liquidación. En el primero de los casos, el delito fiscal se consumará cuando llegado el momento de pago, el obligado tributario, no lo realice. Y en cambio, en los tributos que deben de ser liquidados por la Administración tributaria, el delito se consumará cuando finalice el plazo de presentación y ésta no se hubiera presentado. *Vid* en DE LA CUERDA MARTÍN, M, "Análisis del art. 305 CP: El delito de fraude fiscal y la cláusula de regularización tributaria", *Op. Cit.* pp. 37 y 38.

⁹⁷ FJ 37 STS Ballena Blanca.



bienes del patrimonio del contribuyente que la integran⁹⁸.

En cuanto a esta individualización, la STS "Ballena Blanca" distingue en su FJ 37º dos posibilidades:

- **Que la acción típica del delito de blanqueo recaiga sobre una parte del patrimonio del defraudador que obligatoriamente incluya todo o parte de la cuota tributaria.** Ello sucederá cuando la acción de blanqueo se realice sobre la totalidad del patrimonio del autor del delito previo, o al menos sobre una proporción tan elevada de su patrimonio que supere la parte lícita y comprenda una parte del valor de la cuota defraudada impagada. En estos casos, puede establecerse con certeza que los bienes obtenidos en el delito fiscal se encuentran total o parcialmente en el objeto sobre el que recae la acción típica del delito de blanqueo.
- **Que se consiga identificar la cuota de la base liquidable sobre la cual no se han pagado impuestos,** y dado que la cuota tributaria es un porcentaje de la base liquidable, es razonable entender que la masa patrimonial integrada por la base liquidable contiene una parte contaminada. Por lo tanto, habrá blanqueo

⁹⁸ ALMAGRO MARTIN, C, "Capítulo 6. Reflexiones sobre el delito fiscal como antecedente del blanqueo de capitales", en *Estudios sobre el control del fraude fiscal y prevención del blanqueo de capitales*, Op. Cit. p. 186.

si se transfiere la totalidad de la base imponible porque una parte está contaminada, o una cuantía de dinero que obligatoriamente incluya una parte de la cuota tributaria.

En este punto, pueden surgir problemáticas tales cómo; ¿Pueden tener esta consideración bienes que se encuentran demasiado alejados de la conducta delictiva inicial ejecutada? O ¿Qué sucede en los casos en los que se mezclen bienes de procedencia lícita e ilícita sobre los que se realizan posteriores comportamientos de blanqueo?⁹⁹.

En cuanto a la primera cuestión, BLANCO CORDERO propone que la solución pasa por establecer nexos causales entre los bienes y la conducta delictiva previa, acudiendo así a teorías de la causalidad, de la adecuación y de la imputación objetiva.

Y en lo relativo a la segunda cuestión debemos de destacar, que a diferencia de lo que sucede en el tráfico de drogas, en los casos de delito fiscal es extremadamente raro que podamos hablar de contagio del dinero legal a causa del dinero delictivo. Sino que más bien se trata identificar dentro de una masa de dinero lícito la parte que se va a considerar contaminada como consecuencia del delito fiscal,

⁹⁹ ARIAS HOLGUÍN, D P, "Capítulo tercero. El tipo de comisión doloso (Art. 301.1 y 2 CP)", en *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso del blanqueo de capitales (Art. 301 CP)*, Op. Cit. pp. 315 a 317.



siendo muy difícil probar con exactitud los bienes contaminados¹⁰⁰.

En estos casos, y para superar las dificultades probatorias, nuevamente BLANCO CORDERO propone acudir al criterio de proporcionalidad y al análisis del caso concreto en relación con el grado de correlación entre la parte legítima y la delictiva, es decir, en este caso se aplicará un criterio basado en la relevancia porcentual de los bienes ilícitos respecto de los lícitos¹⁰¹.

2-. ARGUMENTO II: CONDUCTA TÍPICA Y VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*.

En primer lugar, es de destacar que el principal problema que plantea éste argumento tiene lugar cuando estamos en presencia de algún supuesto de autoblanqueo, tal y como sucede en el caso objeto de análisis en este dictamen. Por ello, se hace preciso hacer una breve mención tanto a las conductas típicas del art. 301.1 CP como al autoblanqueo en sí.

A-. Conductas típicas constitutivas de blanqueo.

¹⁰⁰ ALMAGRO MARTIN, C, "Capítulo 6. Reflexiones sobre el delito fiscal como antecedente del blanqueo de capitales", en *Estudios sobre el control del fraude fiscal y prevención del blanqueo de capitales*, Op. Cit., p. 188

¹⁰¹ ARIAS HOLGUÍN, D P "Capítulo tercero. El tipo de comisión doloso (Art. 301.1 y 2 CP)", en *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso del blanqueo de capitales (Art. 301 CP)*, Op. Cit. pp. 316 a 318.

Las conductas típicas recogidas en el art. 301.1 CP son dos:

- El que adquiera, posea, utilice, convierta o transmita bienes sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva.
- O realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

En todo caso, ambas conductas típicas deben de perseguir la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito, o que el partícipe eluda las consecuencias legales de sus actos. Alzándose así esta **finalidad de ocultar o encubrir como un elemento esencial integrante de todas las conductas típicas previstas en este art. 301.1 CP**¹⁰².

a) Adquisición, posesión, utilización, conversión y transmisión como conductas típicas de blanqueo de capitales.

El análisis de esta conducta típica lo voy a realizar en dos partes, por un lado la adquisición, conversión y transmisión, y por otro lado, la posesión y la utilización.

¹⁰² En este sentido, entre otras, STS 1080/2010, de 20 de octubre (EDJ 2010/264941) y STS 690/2015, de 27 de octubre (EDJ 2015/216244).



Se **consideran modalidades típicas de acción la adquisición, la conversión y la transmisión**¹⁰³, y así son calificadas por el Informe del Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre elaborado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), pues según éste informe, todas ellas tienden a disimular el origen ilícito de los bienes, o si se prefiere, a dar apariencia de licitud al producto o beneficio del delito, ya que se trata de conductas que suponen un aparente cambio de titularidad que sitúa a los bienes en el patrimonio de otra persona ajena a la comisión del delito con el fin de incorporarlo al tráfico jurídico¹⁰⁴.

Sin embargo, especial mención requieren las conductas típicas de "posesión" y "utilización" ambas introducidas tras la reforma del CP operada en el año 2010, y sobre las que versa un importante debate

¹⁰³ Según el FJ 14º de la STS 182/2014, de 11 de marzo (EDJ 2014/28793), *"la adquisición hace referencia al aumento del propio patrimonio, tanto a título oneroso como a título gratuito. La conversión se refiere a la transformación de unos bienes en otros, y la transmisión implica la salida de los bienes del propio patrimonio para incrementar el de otra persona"*.

¹⁰⁴ CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, de 18 de febrero del 2010, p. 120. Archivo extraído del siguiente enlace web: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-por-la-que-se-modifica-la-Ley-Organica-10-1995--de-23-de-noviembre--del-Codigo-Penal>

doctrinal¹⁰⁵. Con respecto a la **posesión**, tan solo destacar que hasta ahora el mero ingreso de bienes en la esfera jurídica del blanqueador no se castigaba, puesto que quedaba excluido en virtud de una interpretación restrictiva del término “adquiera”, y con ésta acción típica se está castigando la mera posesión de bienes delictivos carentes de finalidad¹⁰⁶.

En lo relativo a la **utilización**, según la Real Academia Española (RAE) la podemos definir como “aprovecharse de algo”. Con esta tipificación se pretende abarcar sobre todo a los grandes movimientos de capitales, de tal manera que habría que entender por utilización todo uso o empleo de bienes delictivos que no implique un cambio de titularidad en el sentido que exigen la adquisición y la transmisión, una mutación de naturaleza, como requiere la conversión, una posesión sancionable, una ocultación o encubrimiento efectivo y que no se incluya en la

¹⁰⁵ Dicho debate consiste, en que mientras que un sector de la doctrina considera que se trata de una modificación real y no nominal, al entender que ya estaban incluidas dentro de la cláusula “y cualquier otro acto para ocultar o encubrir”. Otro sector entiende que se ha producido una verdadera expansión del tipo penal, puesto que en caso de entenderlas incluidas en la mencionada cláusula, solo serían punibles cuando mediara una finalidad de ocultación, encubrimiento o auxilio, y con esta reforma, las conductas de posesión y utilización han ganado un carácter objetivo del que hasta el momento carecían. *Vid* en ABEL SOUTO, M, “El blanqueo de dinero: Problemática actual española, con anotaciones de derecho comparado estadounidense”, en DEMETRIO CRESPO, E y GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N (Dir.), *Halcones y Palomas: Corrupción y delincuencia económica*, Madrid, Castillo de Luna. Ediciones Jurídicas, 2015, p. 127

¹⁰⁶ *Ibidem*. pp. 130 y 131.



realización de indeterminados actos para ocultar, encubrir o auxiliar. Ello implica que la utilización posea un restringido, por no decir nulo, ámbito propio de aplicación¹⁰⁷.

Por último destacar con respecto a estas dos conductas típicas que, por un lado que los mayores problemas los plantean en los supuestos de autoblanqueo ya que se podría producir una vulneración del principio *non bis in idem*. Y por otro lado, que el mencionado informe del CGPJ viene a decir que cuando se pretende sancionar la posesión o la utilización, no se están tipificando comportamientos que resulten propiamente del blanqueo, ya que estas conductas no suponen necesariamente actos de disimulo del origen de los bienes, porque no comportan, si quiera, un cambio de titularidad real o aparente. Y en todo caso, si se considera que la posesión o utilización de los bienes por terceras personas ajenas al delito que provienen son conductas que contribuyen a ocultar o a encubrir el origen ilícito de aquellos, es obvia la inutilidad de las nuevas modalidades de acción típica¹⁰⁸.

b) Cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, como conducta típica del blanqueo de capitales.

Con respecto a esta conducta típica se hace preciso destacar que la misma funciona a modo de

¹⁰⁷ Ibídem. pp. 134 y 135.

¹⁰⁸CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Op. Cit. p. 120.

“cláusula abierta” dónde pueden incluirse cualesquiera otras conductas, distintas de las enuncias en la primera conducta típica, que persiga la finalidad de incorporar al tráfico jurídico bienes con apariencia de legalidad.

No obstante dicha cláusula abierta, según la STS 182/2014, de 11 de marzo (EDJ 2014/28793) *“se compadece del mal con el principio de legalidad en su versión de tipicidad, provocando una merma en la seguridad jurídica [...] Puesto que, la mención “cualquier otro acto” es poco respetuosa con la certidumbre y taxatividad que demanda la legalidad penal”*.

B-. El autoblanqueo.

La consideración sexta de la nota interpretativa de la recomendación 3ª del GAFI viene a decir que los países pueden decidir si regulan o no el autoblanqueo¹⁰⁹. En este sentido, el legislador español optó por su punición en el año 2010, alzándose así como una de las principales reformas introducidas en dicho año.

El autoblanqueo consiste básicamente en la posibilidad de castigar por blanqueo de capitales a quién ha cometido el delito antecedente del que éste (el blanqueo) trae causa.

¹⁰⁹ Información extraída del siguiente enlace web:
<https://www.cfatf-gafic.org/index.php/es/documentos/gafi40-recomendaciones/409-fatf-recomendacion-3-delito-de-lavado-de-activos>



Es de destacar que debemos distinguir dos etapas; una primera que llegaría hasta el año 2006, en la que primaba la idea de que el autoblanqueo no debía castigarse al considerarse los actos correspondientes copenados¹¹⁰, y por tanto absorbidos por el delito previo, y una segunda, favorable a la tipicidad y punición de esta figura¹¹¹, que se inicia simbólicamente con el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 18 de julio de 2006 (EDJ 2006/418188) según el cual: "*El art. 301 CP no excluye el concurso real con el delito antecedente*"¹¹².

C-. Análisis del argumento.

Éste argumento parte de la consideración de que el defraudador fiscal, salvo que regularice su situación tributaria¹¹³, tiene que realizar alguna conducta con el

¹¹⁰ En este sentido STS 806/2014 de 26 de noviembre (EDJ 2014/216384).

¹¹¹ En este sentido, entre otras; STS 796/2010, de 17 de diciembre (EDJ 2010/196208), STS 884/2012, de 8 de noviembre (EDJ 2012/282429), STS 974/2012, de 5 de diciembre (EDJ 2012/298612), STS 809/2014, de 26 de noviembre (EDJ 2014/38793) y la STS 265/2015, de 29 de abril (EDJ 2015/73564).

¹¹² DEMETRIO CRESPO, E, "Sobre el fraude fiscal como actividad delictiva antecedente del blanqueo de capitales", en *Temas actuales sobre el fraude fiscal y cuestiones conexas*, Op. Cit. p. 212.

¹¹³ La regularización fiscal se encuentra contenida en el art. 305.4 CP, y en virtud de ella el defraudador que declara a la Hacienda Pública la cuota defraudada y posteriormente abona el importe de la misma, antes de que concurran

dinero no declarado, así puede transmitirlo, convertirlo u ocultar su ubicación, todas ellas conductas típicas del art. 301 CP. Por lo que parece obvio que el tipo de defraudación fiscal ya contempla, abarca y castiga el desvalor que supone el hecho de que el sujeto activo en vez de declarar e ingresar a las arcas del Estado el dinero que le corresponda pagar conforme a la normativa tributaria, se lo gasta en otros menesteres. En definitiva, no parecen existir lagunas punitivas en estos casos que justifiquen la necesidad de recurrir al delito de blanqueo para castigar acciones que ya encajan en el tipo del art. 305 CP¹¹⁴, de tal manera que si en estos supuestos, se castiga al sujeto activo tanto por un delito de fraude fiscal como por un delito de blanqueo de capitales, se estaría vulnerando el principio *non bis in idem*.

En este punto destacar que solo interesa analizar este argumento a la luz de los problemas que puede plantear en los supuestos de autoblanqueo, puesto que en la STS “Ballena Blanca” como ya mencioné, se considera probado que el abogado como consecuencia de su actividad profesional o de otras inversiones obtiene unas ganancias que decide no declarar a la Hacienda Pública, y que ocultó a través de diversas sociedades. En concreto, se trata de cuatro sociedades de las que era beneficiario, todas ellas radicadas en el

alguna de las causas de bloqueo mencionadas en dicho artículo, convierte su conducta típica, antijurídica y culpable en no punible. Es decir, la regularización fiscal, al poseer la naturaleza de excusa absoluta de levantamiento de la pena, conlleva la desaparición de la cuota defraudada y por ende, la desaparición del delito fiscal, que podría dar lugar al blanqueo de capitales.

¹¹⁴ FJ 37ª STS caso “Ballena Blanca”.



estado norteamericano de Delaware, y que utilizó para canalizar dichos fondos propios¹¹⁵.

Así las cosas la problemática del autoblanqueo se plantea en el sentido de si podemos considerar que existe una sola conducta típica o si por el contrario existen, al menos, dos conductas típicas.

En el primer caso, en virtud de la doctrina de los actos copenados, si se condena por el fraude fiscal y por blanqueo de capitales se estaría produciendo una vulneración del principio *non bis in idem*, ya que la conducta de blanqueo es considerada como el agotamiento del delito fiscal previo.

En cambio, en caso de entender que son dos las conductas típicas existentes, el autoblanqueo se estaría equiparando al supuesto de blanqueo tradicional¹¹⁶, con la salvedad de que solo existe un autor que deberá ser condenado por la comisión de ambos ilícitos, no produciéndose en este supuesto una quiebra del principio *non bis in idem*.

Esta última posición enunciada es la seguida por la STS "Ballena Blanca" por lo que se hace preciso explicar porque siguió este criterio y no el establecido por la doctrina de los actos copenados.

En cuanto a éstos (los actos copenados), destacar que el FJ 1º de la STS 809/2014, de 26 de

¹¹⁵ Antecedente de Hecho (AH) 17º de la STS "Ballena Blanca".

¹¹⁶ Con la expresión blanqueo tradicional me refiero a aquellos supuestos en los cuales el delito previo, en este caso el fraude fiscal, y el blanqueo de capitales son cometidos por dos sujetos activos diferentes.

noviembre (EDJ 2014/216384) establece como **requisitos** de los mismos, los siguientes:

- Que entre el hecho previo o posterior, y el principal, exista una relación de tal índole que permita afirmar que el legislador a la hora de prever la pena para el tipo de delito en el que encaja el principal, haya tenido ya en cuenta la previa o subsiguiente realización de ese otro hecho.
- Que el legislador no haya decidido que el aprovechamiento, aseguramiento o autoprotección, deba sancionarse autónomamente, entre otras razones, en atención a la especial protección del bien jurídico que conculcan, diverso del delito que subsiguen, por entender, que precisamente ese bien jurídico no ponderado en el delito inicial, justifica que deba ser objeto de sanción independizada por razones de política criminal.

La dogmática penal en base a esta teoría de los actos copenados, ha sostenido la imposibilidad de considerar al fraude fiscal como delito previo al blanqueo de capitales por vulneración del *non bis in idem* e inexistencia de blanqueo de capitales por agotamiento del delito previo, considerando que la única finalidad de los actos posteriores al delito fiscal es asegurar o realizar el beneficio obtenido, y por lo tanto son actos posteriores copenados e impunes cuyo desvalor queda consumido en el desvalor del acto anterior, siendo por tanto aplicable la regla del art. 8.3



CP, ya que en caso contrario se estaría vulnerando el mencionado principio *non bis in idem*.¹¹⁷.

En este sentido, BACIGALUPO es claro y rotundo al decir: *"Aunque se considera que los hechos imputados a un mismo autor pueden ser formalmente subsumidos bajo los tipos de delito fiscal y blanqueo de dinero, ambos tipos concurren en la forma de un concurso (aparente) de normas que excluye el delito de blanqueo por ser un hecho posterior copenado, de acuerdo con el art. 8.3 CP, ya que se trata de actos posteriores copenados que no generan una responsabilidad penal adicional. En base a ello, no es posible condenar a una persona por ambos delitos cuando es ella quien, a la vez, realiza alguna de las acciones del art. 301 CP sobre el dinero correspondiente a la cuota de un impuesto que omitió declarar a la Hacienda Pública"*¹¹⁸.

En la misma línea MARTINEZ ARRIETA-MARQUEZ DE PRADO viene a decir, que al ser el delito fiscal un delito de resultado, los cuáles comportan con carácter general una fase posterior de aprovechamiento o agotamiento del delito, podemos decir que el defraudador fiscal busca, más que el perjuicio a la Hacienda Pública, beneficiarse de los tributos indebidamente retenidos, por lo que en consecuencia,

¹¹⁷ MARTINEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DEL PRADO, I, "IV. Relaciones entre el delito fiscal y el blanqueo de capitales", en *El autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente al blanqueo de capitales*, Op. Cit. p. 77.

¹¹⁸ MARTIN QUERALT, J, "Delito fiscal y delito de blanqueo de capitales", en GARCÍA PRATS, F A (Dir.), *Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2014, p. 36.

el disfrute posterior de los bienes delictivos, esto es, la cuota defraudada, será un acto copenado impune¹¹⁹.

Sin embargo, la jurisprudencia, entre la que se encuentra la STS "Ballena Blanca", se ha posicionado en sentido contrario, es decir, a favor de la tesis en función de la cuál existirían dos conductas típicas, y por lo tanto los actos de blanqueo no supondrían el agotamiento del delito previo. En base a ello, la condena por ambos ilícitos sería compatible y no vulneraría el principio *non bis in idem*. Las principales justificaciones¹²⁰ esgrimidas en este sentido son las siguientes:

- Diversidad de bienes jurídicos protegidos, así la STS de "Ballena Blanca" viene a decir que al estar afectados bienes jurídicos de distinta naturaleza, el delito fiscal no abarca la total antijuridicidad del hecho.
- La principal característica del blanqueo no reside en el mero disfrute o aprovechamiento de las ganancias ilícitas, ni siquiera en darles "salida" para posibilitar de modo indirecto ese disfrute, sino que se sanciona en consideración al "retorno" en cuanto eslabón necesario para que

¹¹⁹ MARTINEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DEL PRADO, I, "IV. Relaciones entre el delito fiscal y el blanqueo de capitales", en *El autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente al blanqueo de capitales*, Op. Cit. p.89.

¹²⁰ Estas justificaciones, las podemos encontrar, entre otras, en la STS 408/2015, de 8 de julio (EDJ 2015/136434).



la riqueza así generada pueda ser introducida en el ciclo económico.

- El legislador ha decidido que el blanqueo de las ganancias procedentes de una actividad delictiva por su propio autor, aún cuando puede también considerarse un acto de aprovechamiento o aseguramiento de las ganancias derivadas del delito antecedente, debe sin embargo sancionarse autónomamente en atención a la especial protección que requiere el bien jurídico que conculca, que tutela el orden socioeconómico, y dado su carácter pluriofensivo también protege intereses de la Administración de Justicia, siendo distinto del que tutela el delito al que subsigue.

En cuanto a la no vulneración del principio *non bis in idem*, destaca la STS 796/2010, de 17 de septiembre (EDJ 2010/196208), que con apoyo en el mencionado Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del año 2006, establece que "*La argumentación de la recurrida se opone a la doctrina sentada por este Tribunal Supremo, que estima que, incluso coincidiendo autores y procediendo el dinero objeto del blanqueo del mismo acto de tráfico objeto de sanción, en tales hipótesis se debe estimar ocurrido un concurso real de delitos, sin vulneración del principio ne bis in idem*"

D-. Posicionamiento personal.

Como ya he dicho *supra*, el problema de aceptar que en los casos de autoblanqueo el delito fiscal sea considerado delito previo a éste, consiste en determinar

si estamos en presencia de un solo hecho típico, antijurídico y culpable, o si por el contrario, estamos en presencia de dos hechos delictivos diferentes, ya que en el primero de los casos se produciría una quiebra del principio *non bis in idem*, y en el segundo no.

Para fundamentar mi posición voy a partir de las siguientes premisas:

- Todo aquel que decide defraudar a la Hacienda Pública se queda con el dinero defraudado y lo "utiliza" para cualquier fin.
- La simple posesión del dinero defraudado es punible conforme al art. 301.1 CP.
- El blanqueo persigue la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes. Siendo esta finalidad un elemento esencial integrante de todas las conductas previstas en el art. 301.1 CP.

En base a ello, considero que podemos diferenciar dos supuestos, siempre hablando del autoblanqueo, ya que mi posicionamiento personal a este respecto dependerá de ante qué supuesto nos encontremos:

1. Sujeto activo que elude el pago de tributos y se queda con la cuantía defraudada para destinarla al pago de sus gastos, es decir, posee la cuota defraudada en su patrimonio, pero en su conducta no está presente la finalidad de ocultar o encubrir la misma.



2. Sujeto activo que igualmente elude el pago de tributos quedando la cuota defraudada en su patrimonio, pero que con una clara finalidad de ocultación, traslada el capital equivalente a mencionada cuota a paraísos fiscales intentando dar así una apariencia de legalidad. En el caso "Ballena Blanca" dichos traslados se efectúan mediante sociedades interpuestas radicadas en Delaware.

Pues bien, en el primero de los casos considero que existe una unidad de acto, por lo que solo se estaría cometiendo un ilícito fiscal, puesto que al no existir una finalidad de ocultación o encubrimiento de la cuota defraudada el blanqueo de capitales no se habría cometido. En este sentido encontramos la STS 265/2015, de 29 de abril (EDJ 2015/73564) que aboga por una interpretación restrictiva en virtud de la cual la mera tenencia o utilización de fondos ilícitos (como la cuota defraudada) en gastos ordinarios de consumo (por ejemplo, el pago del alquiler de la vivienda) no constituye autoblanqueo, pues no se trata de actos realizados con la finalidad de ocultar o encubrir bienes para integrarlos en el sistema económico legal con apariencia de haber sido adquiridos de forma lícita.

Así, el hecho de castigar penalmente por dos ilícitos que se cometen de manera simultánea con una sola acción típica (elusión tributaria y posesión de la cuota defraudada) vulnera el principio *non bis in idem*, ya que se estaría castigando dos veces a una misma persona por un mismo hecho. Ello tiene amparo en la mencionada doctrina de los actos copenados, de tal manera que, en este concreto supuesto, el delito de blanqueo de capitales debe quedar subsumido dentro del desvalor que supone la defraudación fiscal, y

mediante la aplicación del art. 8.3 CP, que recoge el principio de consunción, solo puede ser objeto de castigo el fraude fiscal quedando impune el autoblanqueo.

Sin embargo, en la segunda de las situaciones mencionadas considero que tal unidad de acto no existe, sino que en realidad existen dos conductas típicas, puesto que aunque el autor del fraude fiscal sigue poseyendo los bienes defraudados, realiza una serie de actuaciones que se pueden considerar idóneas para ocultar el origen ilícito de los mismos. Dichas finalidades de ocultación o encubrimiento, según la mencionada STS 265/2015 pueden consistir en la compra de vehículos puestos a nombre de terceros, en la utilización de testaferros, o como sucede en la STS "Ballena Blanca" en el desvío de la cuota defraudada mediante sociedades interpuestas al estado de Delaware.

Es decir, en el caso de la STS "Ballena Blanca" a mi juicio queda totalmente claro la existencia de dos conductas, una de fraude fiscal y otra de blanqueo de capitales con causa en el primero, merecedoras de reproche penal, por lo que en este punto, estoy de acuerdo con la línea seguida por el TS para la resolución de este caso.

En conclusión, las actuaciones de ocultación o encubrimiento se pueden considerar determinantes a la hora de apreciar la existencia de una o de dos conductas típicas.

3-. ARGUMENTO III: LA PRESCRIPCIÓN.



Es de destacar que éste argumento prescriptivo pone de manifiesto una cuestión de suma importancia, y es la relativa a cuándo se produce la descontaminación de la cuota defraudada, por lo que está más relacionado con el momento temporal que marca la imposibilidad de blanquear la mencionada cuota, que con el hecho en sí, de si la cuota defraudada puede ser objeto de blanqueo.

Con otras palabras, la cuestión reside en si a efectos de prescripción debemos considerar a estos dos ilícitos de forma individual, en cuyo caso, según el art. 131 CP el fraude fiscal prescribirá a los 5 años y el blanqueo a los 10 años. O si por el contrario podemos apreciar que ambos ilícitos entran en concurso de infracciones, y conforme a la regla del art. 131.4 CP su plazo de prescripción será el establecido para el mayor de ambos ilícitos, es decir, el concurso de delitos entre los art. 301 y 305 CP prescribirá a los 10 años, doblándose así el plazo de prescripción del fraude fiscal.

A-. Opción I: Prescrito el fraude fiscal no es posible la condena por blanqueo.

Según los defensores de esta tesis, llegado el plazo de prescripción del fraude fiscal, la cuota defraudada deja de poder ser considerada objeto material idóneo del blanqueo de capitales puesto que resulta del todo ilógico que una vez que ha prescrito el fraude fiscal se pueda sancionar a su autor por el posible blanqueo derivado de aquel, ya que de lo contrario supondría prolongar en exceso y sin un plazo temporal cierto las consecuencias penales del delito

prescrito¹²¹. En este sentido DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO afirma que esta ampliación *de facto* del plazo de prescripción del fraude fiscal vulnera el art. 131 CP¹²².

Si seguimos esta tesis podemos afirmar que, aunque conforme al art. 131 CP el delito de blanqueo prescriba a los 10 años, a efectos prácticos en los supuestos de que el delito previo sea el fraude fiscal en realidad prescribiría a los 5 años, momento en el cual se produce la descontaminación de la cuota defraudada.

B-. Opción II: La prescripción del fraude fiscal no afecta a la posible condena por blanqueo.

Este sector considera que aún superado el plazo de prescripción del fraude fiscal la cuota defraudada puede seguir siendo objeto material del blanqueo, ya que entienden que aunque el delito fiscal haya prescrito, es posible perseguir al presunto defraudador por blanqueo de capitales en base a qué; Por un lado, la mera ocultación del dinero ya implica de por sí que el delito de blanqueo se está cometiendo de una manera permanente. Y por otro lado, porque la prescripción del delito previo no descontamina los bienes, pudiendo así

¹²¹ ALMAGRO MARTIN, C, "Capítulo 6. Reflexiones sobre el delito fiscal como antecedente del blanqueo de capitales", en *Estudios sobre el control del fraude fiscal y prevención del blanqueo de capitales*, Op. Cit. p. 206.

¹²² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M, "XVII. ¿Puede el delito de defraudación tributaria constituir actividad delictiva previa a efectos del blanqueo de capitales?", en *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, Op. Cit. p. 627.



seguir siendo la cuota defraudada objeto material del blanqueo de capitales¹²³.

C-. Opción III: Prescripción conforme a la regla del art. 131.4 CP.

Como ya he mencionado, esta opción solo sería posible en caso de aceptar la posible concurrencia de un concurso de delitos entre el fraude fiscal y el blanqueo de capitales, de tal manera que en este caso, el plazo de prescripción sería de 10 años por ser éste el del delito más grave. Destacar que en éste sentido también se decanta el TS y así lo declaro en su Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 26 de octubre del 2010 (EDJ 2010/269495) cuando dijo que *"se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal Sentenciador para fijar el conjunto punitivo enjuiciado"*.

En este punto he de adelantar , como ya argumentaré en un momento posterior, que en aquellos casos de autoblanqueo donde exista una clara finalidad de ocultación o encubrimiento de los fondos ilícitos abogaré, tal y como hace la STS "Ballena Blanca", por considerar que la concurrencia del fraude fiscal y del blanqueo de capitales sea solucionada a través del concurso real de delitos (art. 73 CP)

Como ya he mencionado, algunos autores entienden que la ampliación del plazo de prescripción del fraude fiscal vulnera el art. 131 CP por cuanto conforme a la pena que conlleva debería de ser de 5

¹²³ BLANCO CORDERO, I, "El delito fiscal como actividad delictiva previa al blanqueo capitales", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Op. Cit. pp. 01:18 y 01:19.

años. No obstante, considero que el art. 131.4 CP pretende salvar esta argumentación al realizar la ampliación del plazo de prescripción cuando concurra con un delito de mayor gravedad como es el caso que nos ocupa, de tal manera que en base al mismo, la cuota defraudada no se descontamina aún superado el plazo de 5 años, siendo así perseguible este ilícito hasta 10 años después de su comisión.

D-. Posicionamiento personal.

Básicamente el hecho de aceptar cualquiera de las posturas mencionadas, conlleva en definitiva, o a una reducción del plazo de prescripción del blanqueo de capitales, o a una ampliación del plazo de prescripción de fraude fiscal. El legislador ha optado por esta última opción siempre y cuando entren ambas figuras en concurso de delitos.

Así las cosas, la cuestión reside en si ambos delitos se deben de considerar a efectos prescriptivos de manera individual, o de manera conjunta.

En este sentido debo de decir, que debido a la innegable gravedad que ambos ilícitos entrañan, aún superior cuando concurren de manera simultánea pues pueden acarrear consecuencias económicas que afecten al conjunto de la sociedad, en el sentido de que en definitiva, la elusión del pago de impuestos y el intento de dar a la cuota defraudada apariencia de legalidad mediante el blanqueo afectan a toda la política económica nacional por ser ingentes cantidades de dinero que se escapan de la fiscalización de la Hacienda Pública, considero que la opción más correcta, en casos



como el de "Ballena Blanca", pasa por la aplicación de la regla contenida en el art. 131.4 CP.

4-. ARGUMENTO IV: POLÍTICA-CRIMINAL.

Según este argumento el delito de blanqueo de capitales habría perdido su sentido original, puesto que inicialmente estaba destinado a perseguir penalmente la legitimación de los bienes procedentes de actividades delictivas previas (tráfico de drogas, corrupción, crimen organizado etc.) y ahora se ha convertido en un instrumento de control y recaudación fiscal, produciéndose así un entendimiento político criminal "incoherente y técnicamente inconsistente" que lleva a una pérdida de su orientación político-criminal originaria, trivializando y paralizando su eficacia frente a las conductas que realmente justifican su aplicación¹²⁴.

Debe entenderse que el significado político-criminal primario del blanqueo es el de ayuda que se proporciona a alguien para que pueda colocar en el mercado limpio el dinero que procede del crimen¹²⁵.

No obstante, este significado político-criminal primario puede entenderse desnaturalizado con las reformas introducidas mediante la LO 5/2010 en el tipo penal del art. 301 CP, que conllevan la punición del autoblanqueo y el castigo de las conductas de mera posesión y utilización cuando no concurre una finalidad

¹²⁴ FJ 37 STS "Ballena Blanca".

¹²⁵ QUINTERO OLIVARES, G "XVIII. Blanqueo, comiso y tributación del dinero sucio", en *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, Op. Cit. p. 637.

de ocultación o encubrimiento. En estos casos, a mi entender, no se puede considerar que el sujeto activo intente colocar en el tráfico lícito los bienes procedentes de un ilícito penal, sino que se trataría de conductas que agotarían la conducta previa precedente y que por ende, son subsumibles en ella.

Es más, éstas reformas han sido calificadas por importantes penalistas, entre los que se encuentra ABEL SOUTO, como una evidente manifestación expansiva del Derecho Penal, que ha convertido a éste (al Derecho Penal) en un instrumento político, que con quiebra de los valores y principios constitucionales, es una herramienta destinada a investigar y perseguir situaciones patrimoniales anómalas¹²⁶.

Es de destacar que las mencionadas reformas responden en gran medida a las presiones de la comunidad internacional, dónde organismos como el GAFI, la Organización de Cooperación y Desarrollo (OCDE) e incluso la Unión Europea (UE), y en definitiva la comunidad jurídica global, han incrementado a lo largo de los últimos años sus esfuerzos en la lucha contra el blanqueo, debido a los estrechos vínculos de ésta conducta con la criminalidad organizada y su potencial capacidad para operar a nivel internacional aprovechando las oportunidades de los mercados

¹²⁶ ABEL SOUTO, M, "Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de dinero, volumen del fenómeno y evolución del delito en España", en *IV Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de capitales*, Op.Cit. pp. 138 y 139.



transnacionales, que hacían necesario una respuesta global¹²⁷.

Así las cosas, el blanqueo de capitales se alza como un claro ejemplo de internacionalización del Derecho Penal, lo cual puede llevar aparejado importantes consecuencias negativas, como por ejemplo¹²⁸:

- Que la inclusión de determinadas conductas como protegibles se vea condicionada por las decisiones intergubernamentales.
- La configuración supranacional del tipo puede producir colisiones con los límites y derechos de los ordenamientos jurídicos internos, pudiendo provocar la disminución de las garantías penales.

A-. Posicionamiento personal.

El delito de blanqueo de capitales ha sufrido en lo que a términos de política criminal se refiere una enorme ampliación, pues ha pasado a estar destinado a prevenir conductas típicas que en un principio se encontraban muy alejadas de su campo de actuación, como es el caso del delito fiscal.

¹²⁷ MARTINEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DEL PRADO, I, "I. Introducción", en *El autoblanqueo. El delito fiscal como antecedente al blanqueo de capitales*, Op. Cit. p. 11.

¹²⁸ ARIAS HOLGUIN, D P, "II. El <<blanqueo de capitales>> como un ejemplo de la internacionalización del derecho penal", en *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso del blanqueo de capitales (Art. 301 CP)*, Op. Cit. pp. 44, 54 y 56.

Si bien es cierto que este argumento no es esencial para poder considerar al fraude fiscal en su modalidad de elusión tributaria como un delito previo al blanqueo de capitales, si que considero que goza de una relativa importancia, por cuanto tal ampliación se realiza a partir de los requerimientos realizados por instancias internacionales y que conllevan una expansión importantísima del Derecho Penal, y por ende, de la figura del blanqueo de capitales.

Es decir, lo importante aquí es si desde un punto de vista político-criminal la expansión del blanqueo de capitales hacia otros tipos penales es acertada o no. Como ya dije en la delimitación del problema jurídico planteado, el delito previo por antonomasia al blanqueo ha sido siempre el tráfico de drogas (art. 368 CP), y con la introducción del ilícito fiscal, el blanqueo se ha expandido hacia el sector de lo que podríamos denominar política-recaudatoria.

En todo caso, considero que esta expansión es oportuna y necesaria ya que, por un lado, se trata de un ilícito de vital importancia, y cuya comisión está al orden del día, aunque si bien es cierto que afecta a los altos estratos de la sociedad, ya que no toda persona, física o jurídica, está en situación de manejar tal cantidad de dinero que le permita cometer el fraude fiscal y posteriormente blanquear la cuota defraudada. Y por otro lado, su comisión puede provocar, y de hecho provoca, graves consecuencias a las arcas públicas, por cuanto se escapan de la fiscalización estatal grandes sumas de dinero destinadas, entre otras finalidades, a garantizar el estado del bienestar y los servicios públicos.



IV-. PROBLEMAS CONCURSALES: ¿CÓMO SOLUCIONAR LA CONCURRENCIA DEL FRAUDE FISCAL Y DEL BLANQUEO DE CAPITALS?

La problemática de la consideración o no del delito fiscal como delito previo o antecedente al blanqueo de capitales se puede ver reconducida, en base a los argumentos mencionados y analizados, a la cuestión concursal y a la posibilidad de aceptar la existencia de un delito continuado de blanqueo de capitales.

En todo caso, la opción de cualquiera de estas tres soluciones, a mi juicio, no impide que el delito fiscal pueda ser considerado delito previo al blanqueo de capitales, sino que las mismas se circunscriben al marco de la punibilidad, ya que en función de que opción se escoja como más acertada, serán punibles ambos ilícitos o solamente uno.

Es de destacar, que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 31 de marzo del 2011 (EDJ 2011/75509) (SAP de Málaga) que es objeto de casación mediante la STS "Ballena Blanca", condena al acusado por un delito continuado de blanqueo de capitales, y sin embargo, la STS rectifica esta pena y aboga por la consideración de un concurso real de delitos de los arts. 301 y 305 CP, quedando descartado en todo momento la posibilidad de apreciar un concurso de normas debido a la finalidad de ocultación y encubrimiento existente.

1-. DELITO CONTINUADO DE BLANQUEO DE CAPITALS.

La problemática del delito continuado de blanqueo de capitales¹²⁹ se plantea debido a la formulación en plural del término "bienes" en el tipo del art. 301 CP. En este sentido, el FJ 32º de la SAP de Málaga sostiene que *"al encontrarse ante diferentes actos de blanqueo o "lavado" del producto del mismo delito, no pasa desapercibida la posibilidad de que esos diferentes actos puedan considerarse, incluso desde un punto de vista neutral, como una sola acción habida cuenta de que se producen "una serie de acontecimientos de significado unitario [...] siendo trascendente a estos efectos que están engarzados por un único propósito y presentan una conexión espacio temporal". Jurídicamente podría llegarse a la misma conclusión en tanto que la referencia a "bienes o propiedad de los mismos que se emplean en los apartados 1 y 2 del art. 301 CP abre la posibilidad de que el delito pueda referirse al conjunto de los que proceden de un determinado hecho delictivo, con la consiguiente probabilidad de que fueran necesarios varios actos para integrar el tipo"*.

Esta SAP rechaza la teoría de los conceptos globales, y establece que *"la mera posibilidad de que los bienes por su cuantía o número puedan ser fraccionados a los efectos de ser objeto del delito de blanqueo no es equiparable a la inclusión en el tipo de*

¹²⁹ Existe delito continuado cuando una pluralidad de acciones que en sí mismas ya tienen un sentido típico son aunadas bajo una sola denominación dotada de sentido típico propio. Cada una de las acciones que lo constituyen representan de por sí un delito consumado o intentado, pero todas ellas se valoran conjuntamente como un solo delito. VICENTE MARTINEZ, R, "Lección 18. Unidad y pluralidad de delitos", en DEMETRIO CRESPO, E (Coord.) *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo II. Teoría del Delito*, Madrid, Iustel, 2015, p. 442.



la expresa referencia a diversos actos, y por otra parte, las acciones a ellos referentes no dejarían de ser efectuadas "aprovechando idéntica ocasión" por ello se aprecia la continuidad delictiva".

Sin embargo, el FJ 12º de la STS "Ballena Blanca" resuelve esta cuestión acudiendo a la mencionada teoría de los **"tipos que incluyen conceptos globales"** y que como he dicho, la SAP rechaza. En base a esta teoría, en la construcción de los correspondientes tipos penales, como sucede en el blanqueo de capitales, el legislador a veces utiliza conceptos globales, es decir, expresiones que abarcan tanto una sola acción prohibida como varias del mismo tenor, de modo que con una sola de ellas ya queda perfeccionado el delito y su repetición no implica otro delito a añadir. Ello obliga a considerar forzosamente integrados en esta figura criminal, como delito único, la pluralidad de conductas homogéneas con un contenido semejante, que de otro modo, habrían de constituir un delito continuado¹³⁰.

Destacar que la continuidad delictiva también está relacionada con el concepto natural de acción, que parte de la existencia de una pluralidad de actos o de acciones que son valoradas como una unidad, constituyendo así un objeto único de valoración jurídica¹³¹. En este sentido el FJ 38 de la **STS "Ballena Blanca" aboga por considerar que existe la mencionada unidad de acción**, por cuanto el dinero blanqueado proviene de un mismo y único hecho

¹³⁰ En este mismo sentido encontramos la STS 257/2014, de 1 de abril (EDJ 2014/57331) o la STS 487/2014, de 9 de junio (EDJ 2014/100717)

¹³¹ En este sentido, entre otras, la STS 935/2006, de 2 de octubre (EDJ 2006/275426)

delictivo (el delito fiscal) sin que exista ninguna otra actividad delictiva, y sin que se cometa un delito de blanqueo por cada transferencia bancaria u operación realizada, al ser evidente que existiría un único acto de voluntad de blanquear el dinero y que todos los actos están vinculados espacial y temporalmente, por lo que no es posible apreciar continuidad delictiva.

Por si ello fuera poco, dos de los requisitos exigidos para poder apreciar la existencia de delito continuado son, tal y como establece VICENTE MARTINEZ¹³², la unidad de precepto penal violado y la unidad de sujeto activo. Si ello lo ponemos en relación con el fraude fiscal y el blanqueo de capitales, se hace preciso destacar que no existe unidad de precepto penal violado, ya que se vulneran tanto el art. 301 CP como el art. 305 del mismo cuerpo legal. Y en cuanto a la unidad de sujeto activo, ya he puesto de manifiesto la problemática de considerar la cuota defraudada como objeto de blanqueo cuando estemos en presencia de un supuesto de autoblanqueo, siendo así solamente partidaria de ello, en aquellos supuestos de autoblanqueo en los que exista de manera clara una finalidad de ocultación o encubrimiento de la cuota defraudada.

¹³² El resto de requisitos para poder apreciar la existencia de delito continuado son los siguientes:

- Pluralidad de acciones diferentes y no sometidas a enjuiciamiento separado por los tribunales.
- Concurrencia de dolo unitario.
- Realización de las diversas acciones en unas coordenadas espacio-temporales próximas.
- Homogeneidad del *modus operandi*.

Vid. VICENTE MARTINEZ, R, "Lección 18. Unidad y pluralidad de delitos", en *Lecciones y Materiales para el estudio del derecho penal. Tomo II. Teoría del delito, Op. Cit.* pp. 443 y 444.



En base a ello podemos decir, que no es posible apreciar la existencia de un delito continuado de blanqueo de capitales, y que por ende, la solución a la cuestión jurídica planteada en este dictamen pasaría por analizar si estamos en presencia de un concurso de normas o de delitos, poniendo ello de manifiesto mi conformidad en este punto con la resolución acordada en la STS "Ballena Blanca".

2-. ¿CONCURSO DE NORMAS O CONCURSO DE DELITOS?

Descartada la posibilidad de la continuidad delictiva en el blanqueo de capitales, se hace preciso analizar el concurso de normas y el concurso de delitos¹³³. Resultará de aplicación uno u otro en función de si consideramos que existe un solo hecho merecedor

¹³³ La regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de delitos o de leyes, ha de ser necesariamente una valoración jurídica según la cual, si la sanción por uno de los delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, nos hallaríamos ante un concurso de leyes y, en el caso contrario, ante un concurso de delitos, real o ideal, según las características de cada hecho. Hay, por tanto, concurso de delitos cuando, para abarcar la total antijuridicidad de un comportamiento delictivo concreto, es necesaria la aplicación de los diferentes preceptos penales. En otro caso, nos encontraríamos ante un concurso de leyes o también denominado concurso de normas. Por último destacar que, ambos concursos presentan como principal problema determinar cuándo hay una o dos acciones. *Vid.* VICENTE MARTINEZ, R, "Lección 18. Unidad y pluralidad de delitos", en *Lecciones y Materiales para el estudio del derecho penal. Tomo II. Teoría del Delito, Op. Cit.* p. 429 y 430.

de reproche penal, o si por el contrario son dos los hechos merecedores de tal reproche.

Con otras palabras, llegados a este punto debemos de preguntarnos, ya no si el delito fiscal puede ser delito previo al blanqueo de capitales, pues sabemos que efectivamente la cuota defraudada es un bien susceptible de ser blanqueado, sino que lo que debemos de preguntarnos es ¿En qué supuestos el blanqueo de capitales es punible cuando el delito previo es el art. 305 CP?

A-. Opción I: Concurso de normas.

El concurso de normas parte de la base de que el castigo por una sola de las conductas punibles abarca la totalidad de la antijuridicidad de la conducta.

Los partidarios de esta tesis abogan por considerar aplicable a la cuestión jurídica planteada la doctrina jurisprudencial establecida para la tributación de las rentas ilícitas, consistente en la apreciación de un concurso de normas resuelto por el principio de consunción del art. 8.3 CP¹³⁴.

En este sentido resulta muy clarificadora la STS 20/2001 de 28 de marzo (EDJ 2001/1439) relativa al caso "Urralburu", donde en sus FJ 28 y 29 se opta por el concurso de leyes entre el delito precedente (cohecho) y el fraude fiscal, siempre y "*cuando los incrementos patrimoniales que generan el delito fiscal*

¹³⁴ El art. 8.3 CP recoge el principio de consunción, siendo su tenor literal como sigue: "*El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel*",



proceden de modo directo e inmediato de un hecho delictivo que también es objeto de condena, dado que en estos concretos supuestos la condena por el delito que constituye la fuente directa e inmediata del ingreso absorbe todo el desvalor de la conducta y consume al delito fiscal derivado únicamente de la omisión de declarar los ingresos procedentes de esta única fuente delictiva”.

Así, desde este punto de vista, se puede mantener que el “aprovechamiento de lo defraudado” está implícitamente “copenado” por el delito fiscal dada la irrelevancia a estos efectos de la fase de agotamiento, por lo que castigarlo separadamente mediante un delito de blanqueo supondría una vulneración del principio *non bis in idem*. En este sentido BACIGALUPO además matiza, qué esta teoría de los hechos posteriores copenados no exige en realidad, que estos afecten exactamente al mismo objeto de protección o al mismo bien jurídico, sino qué basta con que el ataque siga la misma línea lesiva¹³⁵.

Desde este punto de vista, los actos de blanqueo posteriores a la comisión del fraude fiscal quedarían absorbidos por este último, y por ende, solo se condenaría por el art. 305 CP. De tal manera que, según afirma BACIGALUPO, la cuestión de si el delito fiscal puede ser delito antecedente del blanqueo se tornaría en irrelevante, dado que la aplicación del art.

¹³⁵ DEMETRIO CRESPO, E, “Sobre el fraude fiscal como actividad delictiva antecedente al blanqueo de dinero”, en *Temas actuales sobre el fraude fiscal y cuestiones conexas*, Op. Cit. p. 226

301 CP tendrá que quedar excluida por el art. 8.3 del mismo cuerpo legal¹³⁶.

Si trasladamos todo ello al supuesto que nos ocupa, el abogado en cuestión solo podría ser condenado por un delito de fraude fiscal, ya que el traslado de la cuota defraudada mediante cuatro sociedades interpuestas al extranjero para ocultar así que ha defraudado, solo serían actos tendentes a agotar la comisión del fraude fiscal, y por ende, no constitutivos de blanqueo. Pero es más, siguiendo con esta teoría, si aceptáramos el castigo penal por ambos delitos se estaría produciendo una vulneración del principio *non bis in idem*.

Sin embargo, considero que ello es ilógico en el sentido de que en estos casos no se puede admitir que el traslado de la cuota defraudada sea un mero agotamiento del fraude fiscal, por cuanto se están realizando conductas idóneas para la ocultación de los bienes, y por lo tanto constitutivas de un delito de blanqueo de capitales. Es decir, en supuestos como el de "Ballena Blanca" a mi juicio queda claro que el autor del delito está cometiendo dos ilícitos diferentes desde el mismo momento en que realiza actividades tendentes a la ocultación de la cuota defraudada.

Así las cosas, **considero que esta opción del concurso de normas resuelto por el art. 8.3 CP debería de ser aplicable solamente a aquellos casos en los que el defraudador fiscal utiliza la cuota defraudada para otros fines**, puesto que como es lógico quien defrauda lo hace para apropiarse de una cantidad de dinero que no le corresponde para dedicarla a otros menesteres, **pero en su conducta**

¹³⁶ *Ibidem*. p. 224.



no se observan indicios de ocultamiento o encubrimiento de los bienes ilícitos, es decir, no desvía la cuota defraudada a sociedades extranjeras o no utiliza testaferros. Ello es debido a que en estos casos, entiendo que las conductas de uso y disfrute de la cuota defraudada sí que quedan encajados en el desvalor del art. 305 CP.

B-. Opción II: Concurso de delitos.

Quienes sostienen esta tesis abogan por la posibilidad de que se impongan de manera simultánea ambas condenas. Así, la cuestión clave para defender este concurso tiene que ver con la afectación a los mismos o diversos intereses previstos por ambos delitos, lo que ha llevado a la jurisprudencia a defender la autonomía del delito de blanqueo respecto al delito antecedente, bajo la perspectiva de que el delito fiscal y el delito de blanqueo de capitales protegen bienes jurídicos diferentes¹³⁷.

Es de destacar que BLANCO CORDERO se inclina por esta posición, y advierte que aunque no es precisa una sentencia condenatoria, en el proceso de blanqueo de capitales el juez penal deberá pronunciarse sobre la existencia de un delito fiscal previo, siendo lo más habitual que en el **mismo proceso se acuse por delito fiscal en concurso real con blanqueo de capitales**, por lo que el juez tendrá que pronunciarse

¹³⁷ *Ibíd.* p. 225.

sobre ambos delitos, pudiendo dar lugar ésta doble persecución a la imposición de penas severas¹³⁸.

La jurisprudencia basa esta postura en el ya mencionado con anterioridad Acuerdo No Jurisdiccional de Pleno del TS de 18 de julio del 2006 (EDJ 2006/418188), según el cual el art. 301 CP no excluye el concurso real con el delito antecedente. En este sentido, la STS "Ballena Blanca" en su FJ 28 establece, refiriéndose a la STS 796/2010, de 17 de septiembre, que *"incluso coincidiendo autores y procediendo el dinero objeto de blanqueo del mismo acto de tráfico objeto de sanción, en tales hipótesis se debe estimar ocurrido un concurso real de delitos, sin vulneración del principio non bis in idem"*.

En este punto se hace preciso recordar, que en el caso "Ballena Blanca" el abogado defrauda a la Hacienda Pública una cuota que asciende a 160.340,25 €, considerándose probado que dicha cuota procedía tanto de su actividad profesional como de otras inversiones, y que desvía la misma al estado norteamericano de Delaware mediante cuatro sociedades de las que era beneficiario. De ello se puede deducir, que el abogado en cuestión no solo elude sus obligaciones tributarias cometiendo un ilícito fiscal, sino que también comete conductas típicas de blanqueo con una clara finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes.

Así las cosas, considero **que en este supuesto de autoblanqueo** se podría equiparar a lo que yo he

¹³⁸ BLANCO CORDERO, I, "El delito fiscal como actividad delictiva previa al blanqueo de capitales", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Op. Cit. pp. 01:33 y 01:06.



denominado blanqueo tradicional, y por lo tanto, a mi juicio la **opción más idónea**, debido a la gravedad de las conductas realizadas y que en estos casos se lesionan de manera clara los dos bienes jurídicos protegidos por las figuras delictivas en cuestión, **pasaría por que el fraude fiscal y el blanqueo de capitales entren en concurso real de delitos** produciéndose así la acumulación de las penas que corresponderían por ambos ilícitos (art. 73 CP). Es de destacar que ésta fue la solución adoptada por el TS en el caso "Ballena Blanca" cuando decidió condenar al abogado¹³⁹, como autor de un delito de blanqueo de capitales a la pena de tres años de prisión, inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 700.165,44 €, y como autor de un delito contra la Hacienda Pública a las penas de dos años, seis meses y un día e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 567.183,79 €.

¹³⁹ En este punto se hace preciso hacer mención a las consecuencias jurídicas tanto del delito de blanqueo de capitales como del fraude fiscal. Así, al autor de un delito de blanqueo de capitales se le podrá imponer una pena de prisión que oscile entre los seis meses y los seis años y una multa del tanto al triplo del valor de los bienes. Además, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, se podrá imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local.

En cuanto al delito de fraude fiscal, el autor del mismo podrá ser castigado con una pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la cuantía defraudada.

V-. BREVE MENCIÓN A LOS ACTOS NEUTRALES: LAS CONDUCTAS DE LOS ABOGADOS.

Debido a que en este dictamen he analizado la conducta de uno de los imputados y condenados en caso "Ballena Blanca" y que éste era abogado, creo necesario hacer una breve mención al hecho de que éstos en su calidad de operadores jurídicos pueden realizar conductas delictivas, como es el caso en cuestión, pero también pueden realizar actos neutrales, normales o socialmente adecuados que no conlleven la realización de tales ilícitos, puesto que de una actividad ordinaria y adecuada no puede derivarse la conducta típica de blanqueo de capitales. En estos casos se suelen invocar los principios de imputación objetiva, abandonando así los criterios de simple relación de causalidad que conducirían a condenas realmente insólitas¹⁴⁰.

Así, se entiende que sólo es posible considerar típica la actividad de un profesional cuando es solidaria con el injusto ajeno. Es decir, el tipo del art. 301 CP exige el conocimiento del origen ilícito de los bienes y que la actividad de blanqueo se haga para ocultar o encubrir dicho origen ilícito o para ayudar a otra persona. De tal manera que, en la medida en que el abogado persigue cumplir el derecho de defensa o dar a conocer la norma jurídica para su cumplimiento por el cliente, no pueden cometer el delito de lavado o blanqueo, puesto que están realizando conductas

¹⁴⁰ BAJO FERNANDEZ, M y BACIGALUPO, S, "El desatinado delito de blanqueo de capitales", en *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 19.



neutrales y por eso, no son acciones típicas del art. 301 CP¹⁴¹.

La STS 34/2007, de 1 de febrero (EDJ 2007/5412)¹⁴² establece que los actos neutrales son comportamientos cotidianos, socialmente adecuados, que por regla general no son típicos. Lo que plantea esta cuestión es la exigencia de que toda acción típica represente, con independencia de su resultado, un peligro socialmente inadecuado. Desde este punto de partida, una acción que no representa peligro alguno para la realización del tipo carece de relevancia penal. El fundamento de esta tesis es la protección del ámbito general de libertad que garantiza la Constitución.

VI-. CONCLUSIONES A LA CUESTIÓN JURÍDICA PLANTEADA.

De todo lo expuesto y analizado a lo largo de este dictamen he podido llegar a la conclusión de que **efectivamente el delito fiscal en su modalidad de elusión tributaria puede ser considerado como un delito previo al blanqueo de capitales.**

Como bien sabemos, el blanqueo de capitales requiere la realización de una actividad delictiva previa como elemento normativo del tipo, no siendo necesario que exista una condena judicial por el mismo, sino que tan solo se requiere que el sujeto activo del delito conozca que los bienes proceden de una actividad delictiva grave.

¹⁴¹ Ibídem. p. 20.

¹⁴² En este mismo sentido; STS 942/2013, de 11 de diciembre (EDJ 2013/246775).

Efectivamente la cuota defraudada derivada de la elusión tributaria es un bien susceptible de blanqueo, y no solo porque la normativa tanto nacional como internacional recoge esta posibilidad, sino porque también, a pesar de que se trata de una cantidad de dinero que ya se encontraba en el patrimonio del deudor, adquiere una procedencia delictiva desde el mismo momento en el que debiendo realizarse el abono a la Hacienda Pública, éste no se realizó. Así, siguiendo la "teoría del patrimonio afecto al fin" el fraude fiscal supone un enriquecimiento ilícito derivado del ahorro tributario.

Es de destacar que las exigencias probatorias del delito fiscal pasan por la concreta determinación del quién defraudó, cuándo defraudó y en qué periodo impositivo lo hizo. Si unimos estas exigencias a la necesidad de que la cuota defraudada sea individualizada de manera concreta y precisa en el patrimonio del sujeto activo, se puede dar el supuesto de que por dificultades probatorias no se pueda considerar la elusión tributaria como delito antecedente al blanqueo. Así las cosas, la opción más acertada pasa por establecer caso por caso, nexos de causalidad y acudiendo al principio de proporcionalidad y a la prueba indiciaria determinar con una relativa exactitud que parte del patrimonio es lícita y cuál posee una procedencia delictiva.

En términos de política-criminal destacar que aunque se ha producido una desnaturalización palpable del delito de blanqueo de capitales, pues ha sido objeto de ampliación hacia nuevas conductas delictivas, entre las que se encuentra el fraude fiscal, considero que esta decisión político-criminal es acertada por cuanto la unión del fraude fiscal y el blanqueo pueden acarrear



graves consecuencias económicas para toda la sociedad.

Una vez que hemos aceptado la posibilidad de blanquear la cuota defraudada, se ha hecho preciso abordar la problemática de cómo articular ambos ilícitos cuando concurren en un mismo supuesto de hecho, como es el caso objeto de análisis. En este punto, deberemos de optar, o bien por el delito continuado de blanqueo, o bien por el concurso, ya sea de normas o de delitos.

En cuanto al delito continuado de blanqueo de capitales, destacar que en virtud de la "teoría de los conceptos jurídicos globales" en el caso "Ballena Blanca" no puede aceptarse su existencia por cuanto con la mera realización de una de las actividades prohibidas ya queda perfeccionado el delito, no implicando su repetición la comisión de nuevos ilícitos. En este punto estoy de acuerdo con la solución adoptada por la STS "Ballena Blanca" que decide revocar en este punto la SAP de Málaga de la que trae causa, ya que ésta condenó por un delito continuado de éste carácter.

En lo relativo a los posibles concursos, se hace preciso destacar que la diferencia de soluciones concursales a las que a continuación me referiré, tiene su base en la importancia de la finalidad de ocultación o encubrimiento en el blanqueo de capitales, hasta el punto de que su existencia o no, determinará la apreciación de un concurso de normas o de delitos. Ello pone de manifiesto que la finalidad de ocultar o encubrir es un elemento esencial integrante de todas las conductas típicas del art. 301 CP.

Así, en los supuestos de autoblanqueo de la cuota defraudada sin finalidad de ocultación, en virtud de la “doctrina de los actos copenados”, las actividades de uso y disfrute de la cuota defraudada quedan integradas dentro del desvalor de la conducta del art. 305 CP. En este caso, ambos delitos entrarían en un concurso de normas, que en virtud del principio de consunción sería resuelto a favor del art. 305 CP por ser ésta la norma penal más amplia, ya que una condena en estos casos por ambos ilícitos implicaría la vulneración del principio *non bis in idem*. El motivo de la vulneración de este principio reside en que al no existir tal finalidad de ocultación o encubrimiento no puede entenderse cometido el delito de blanqueo de capitales, aunque se realicen alguna de las conductas típicas mencionadas en el art. 301.1 CP.

Con respecto al plazo de prescripción de éstos supuestos, decir que sería de 5 años, por ser éste el establecido para el fraude fiscal, no resultado así de aplicación la regla del art. 131.4 CP.

Sin embargo, en los supuestos de autoblanqueo con finalidad de ocultación o encubrimiento de los bienes blanqueados, como es el supuesto “Ballena Blanca”, se ha de optar por la existencia de un concurso real de delitos (art. 73 CP). El motivo de ello es básicamente la existencia de la mencionada finalidad de ocultación o encubrimiento de la cuota defraudada, que conlleva la realización de dos conductas típicas, antijurídicas, culpables y punibles, y por ende, la vulneración de dos bienes jurídicos diferentes (la Hacienda Pública y el orden socioeconómico). Es de destacar que, en estos casos no se produce la vulneración del principio *non bis in idem* por cuanto no se está condenando dos veces al mismo sujeto por un mismo hecho delictivo.



En cuanto a la prescripción, resulta clara la aplicación a estos supuestos de la regla contenida en el art. 131.4 CP, ya que el supuesto de hecho encaja perfectamente en ella.

En conclusión, la resolución adoptada por la STS "Ballena Blanca" me parece acertada, no solo por cuanto acepta que el fraude fiscal en su modalidad de elusión tributaria pueda ser considerado un delito previo a efectos del blanqueo de capitales, sino también por la solución concursal que adopta.

VII-. BIBLIOGRAFIA.

ABEL SOUTO, M y SÁNCHEZ STEWART, N (Coords.), *IV Congreso Internacional sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

En esta obra colectiva se ha citado:

-ABEL SOUTO, M, "Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de dinero, volumen del fenómeno y evolución del delito en España".

ALMAGRO MARTÍN, C, (Dir.), *Estudios sobre el control del fraude fiscal y prevención del blanqueo de capitales*, Navarra, Aranzadi, 2016.

En obra colectiva se ha citado:

-ALMAGRO MARTÍN, C, "Reflexiones sobre el delito fiscal como antecedente al blanqueo de capitales".

ARIAS HOLGUÍN, D P, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso del blanqueo de capitales (Art. 301 CP)*, Madrid, Iustel, 2011.

BAJO, M y BACIGALUPO, S, *Derecho penal económico*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Arces, S.A, 2011.

BAJO FERNANDEZ, M y BACIGALUPO, S, *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

BLANCO CORDERO, I, *El delito fiscal como actividad delictiva previa al blanqueo de capitales*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 13:01, año 2011.

CGPJ, *Informe del anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, de 18 de febrero del 2010*. Archivo extraído del siguiente enlace web:

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-por-la-que-se-modifica-la-Ley-Organica-10-1995--de-23-de-noviembre--del-Codigo-Penal>.

(Contenido revisado el día 7 de enero de 2018).

CELORIO VELA, J A, y CARRASCO PADILLA, P J, (Dirs.), *Temas actuales sobre el fraude fiscal y cuestiones conexas*, México, Centro Mexicano de Estudios en lo Penal Tributario, A.C, 2016.

En esta obra colectiva se ha citado:

-DEMETRIO CRESPO, E, "Sobre el fraude fiscal como actividad delictiva antecedente al blanqueo de capitales".



CONDE PUMPIDO TURÓN, C, *El delito antecedente en el blanqueo de capitales*, Madrid, Centro de Estudios Judiciales, 2015. Archivo extraído del siguiente enlace web:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Sr.%20Conde-Pumpido.pdf?idFile=161e1958-64b8-4d26-95a2-b4bd077a80f1.

(Contenido revisado el día 7 de enero de 2018).

DE LA CUERDA MARTÍN, M, *Análisis del art. 305 CP: El delito de fraude fiscal y la cláusula de regularización tributaria*, Trabajo de Fin de Grado dirigido por el Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo, Toledo, 2015. Archivo extraído siguiente enlace web.

<http://www.uclm.es/TO/fcjs/gradoDerecho/pdf/curso1516/tfg/MonicaCuerda.pdf>.

(Contenido revisado el día 7 de enero de 2018).

DEMETRIO CRESPO, E (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo II*, Teoría del delito, Madrid, Iustel, 2015.

En esta obra colectiva se ha citado:

VICENTE MATALLANES, R, "Lección 18. Unidad y pluralidad de delitos".

DEMETRIO CRESPO, E (Dir.) y MAROTO CALATAYUD, M (Coord.), *Crisis financiera y Derecho Penal económico*, Madrid, Edisofer S.L, 2014.

En obra colectiva se han citado:

-DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M, "XVII. ¿Puede el delito de defraudación tributaria constituir actividad delictiva previa a efectos del blanqueo de capitales?"

-QUINTERO OLIVARES, G, "XVIII. Blanqueo, comiso y tributación del dinero sucio".

DEMETRIO CRESPO, E y GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N (Dir.), *Halcones y Palomas: Corrupción y delincuencia económica*, Madrid, Castillo de Luna. Ediciones Jurídicas, 2015.

En esta obra colectiva se ha citado:

-ABEL SOUTO, M, "El blanqueo de dinero: Problemática actual española, con anotaciones del derecho estadounidense".

GARCÍA LÓPEZ, S, *Blanqueo de capitales. Evolución del delito subyacente*, Cuadernos de formación Agencia Estatal de Administración Tributaria, Colaboración 5/08, Volumen 5/2008. Archivo extraído del siguiente enlace web:

http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_05_2008/Colab_05_08.pdf. (Contenido revisado el día 7 de enero de 2018).

GARCÍA PRATS, F A, (Dir.) *Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2014.

En esta obra colectiva se ha citado:

-MARTIN QUERALT, J, "Delito fiscal y delito de blanqueo de capitales".



LOMBARDERO EXPOSITO, L M, *El nuevo marco regulatorio del blanqueo de capitales*, Hospitalet de Llobregat, Bosch, 2015.

MARTINEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DEL PRADO, I, *El autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente al blanqueo de capitales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

QUINTERO OLIVARES, G (Dir.) y MORALES PRATS, F (Coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2011.

En esta obra colectiva se ha citado:

-MORALES PRATS, F, "Título XVI. De los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social".

SEPBLAC, *Informe sobre tipologías del blanqueo de capitales*, Madrid, enero 2008. Archivo extraído del siguiente enlace web: http://www.sepblac.es/espanol/informes_y_publicacion_es/informe_sobre_tipologias.pdf. (Contenido revisado el día 7 de enero de 2018)

TERRADILLOS BASOCO, J M (Coord.) *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo IV. Derecho penal parte especial (Derecho penal económico)*, Madrid, Iustel, 2012.

En esta obra colectiva se ha citado:

-TERRADILLOS BASOCO, J M y RUIZ RODRIGUEZ, L M, "Lección 6. Receptación y blanqueo de capitales".

ENLACES WEB.

<http://www.eleconomista.es/opinion-blogs/noticias/7828092/09/16/Sobre-el-blanqueo-de-capitales.html>. (Contenido revisado el día 7 de enero de 2018)

<http://www.elmundo.es/economia/2016/04/18/5713cedce5fdeadf238b4627.html>. (Contenido revisado el día 7 de enero de 2018)

http://elpais.com/elpais/2011/03/31/actualidad/1301559423_850215.html. (Contenido revisado el día 7 de enero de 2018)

<https://www.cfatf-gafic.org/index.php/es/documentos/gafi40-recomendaciones/409-fatf-recomendacion-3-delito-de-lavado-de-activos>. (Contenido revisado el día 7 de enero de 2018)

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

SECCIÓN INTERNACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

“LAS MEDIDAS PREVENTIVAS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL.”

“PREVENTIVE MEASURES TO THE ENVIRONMENTAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE.”

Laura Viviana Sagrera

Titular de Régimen Jurídico de los Recursos Naturales – Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Titular de Derecho Ambiental – Universidad del Este. Jefe de Trabajos Prácticos – Universidad Nacional de Buenos Aires – Directora de Asuntos Regulatorios y Provenientes de Entidades Descentralizadas – Ministerio de Energía y Minería de la Nación. Argentina.

Resumen: El paradigma ambiental ya instalado definitivamente en las sociedades contemporáneas nos obliga a repensar conductas, acciones, teorías y dogmas de una manera innovadora, pues es imperioso “romper” con estereotipos de larga data. El Derecho no es ajeno a ello. Ciencia social ligada a las conductas humanas necesita adaptarse a los cambios vigentes. Por ello, en estas líneas pretendo reflexionar sobre situaciones prácticas que ameritan analizar la



institución cautelar frente al *orden público ambiental* cuyo eje es el *medio* y su fin es la protección del mismo. En este contexto, sostengo que el requisito de no afectación grave del interés público para la procedencia de la medida cautelar cobra especial relevancia, pero desde la óptica ambiental donde el interés público que persigue es específico y concreto: prevenir el daño. Una decisión administrativa con contenido tuitivo para el ambiente no puede ser suspendida preventivamente basada en la existencia de sus requisitos típicos, so pena del ambiente.

Palabras Clave: medidas preventivas, procedimiento administrativo, orden público, ambiente, constitución, tutela, proceso, medidas cautelares.

Abstract: The actual environmental paradigm, which has been installed in the contemporary societies, forces us to think again about behaviours, actions, theories and dogmas in an innovative way; It is imperative to break down stereotypes that have long been held as the truth. The Law is not strange to that; being a Social Science attached to human behaviour, requires keeping up to speed to the current changes. This text pretends to reflect about the practical situations that are worth analyzing the precautionary Institution related to the environmental public order, whose axis is the medium and its purpose is to protect it. In this context, I argue that, the request of no serious affectation to the public interest, in order to implement the precautionary measure, takes particular relevance, especially from an environmental point of view where the public interest that pursues is concrete and specific: to prevent damage. An administrative decision, that has tuitive content to the environment, can not be suspended preventively based on the existence of its typical requests, notwithstanding the environment.

Key words: preventive measures, administrative procedure, public order, environment, constitution, guardianship, process, precautionary measures

Sumario:

- I. INTRODUCCIÓN.-
 - 1. LAS NORMAS PROCESALES.-
 - 2. PROCESO Y PROCEDIMIENTO.-
 - 3. MEDIDA PREVENTIVA Y MEDIDA CAUTELAR.-
 - A) Un requisito negativo de fundabilidad: que la medida no afecte gravemente el interés público.-
- II. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El problema que necesita solucionar la Administración cuando implementa acciones urgentes que considera indispensables para proteger el medio ambiente, está íntimamente relacionado con la reducción del margen de error en la decisión técnica adoptada, con el respeto al derecho constitucional de defensa y con el mantenimiento de esa decisión.

Si bien es verdad que la posibilidad de defensa en juicio, y la más amplia y profunda doctrina de la revisión judicial suficiente y efectiva¹⁴³ se verían

¹⁴³ "...El alcance que ese control judicial necesita poseer para que sea legítimo tenerlo por verdaderamente suficiente, no depende de reglas generales u omnicomprensiva, sino que ha de ser más o menos extenso y profundo según las modalidades de cada situación jurídica. En otras palabras: la medida del control judicial requerido deberá ser la que resulte de un conjunto de factores y circunstancias variables



igualmente satisfechas con el control judicial de la actividad administrativa, no es menos cierto que institutos creados para proteger el derecho en el tiempo han avanzado continuamente en los últimos años.

Que la legislación procesal en materia de medidas cautelares ha receptado las nociones doctrinarias y jurisprudenciales del Amparo no es una novedad. El *fumus boni iuris* se ha ido *disipando* a manos de la otra exigencia eje de los institutos de las medidas anticipadas: el *periculum in mora*. En la Argentina la enorme crisis económica de 2001 llevó a los ahorristas a los estrados judiciales para obtener medidas cautelares con las que se les devolvieron los depósitos bancarios sin la audiencia previa de los Bancos, ni del Estado – contrapartes en el conflicto-. Esta batería de decisiones judiciales se enfrentó a la tradicional doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, una medida cautelar no puede tener el mismo objeto que la pretensión principal. Además, las decisiones tomadas sin escuchar al demandado llevan un defecto congénito que obliga a mantenerlas en el plano de lo precario. El derecho al acceso a la justicia y el derecho de defensa son inalienables.

o contingentes, entre los que podría mencionarse, a título de ejemplo, la naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos, la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo, etc. (Fallos 244:548) Y todo ello, como es natural, obliga a examinar, en cada caso, los aspectos específicos que singularizan a la concreta materia religiosa...”, en, Fernández Arias , Elena y otros c. Poggio, José, CS, 1960.

La conformación del poder público provincial, preexistente al nacional, ha retenido para sí la estructura procesal y procedimental del Derecho¹⁴⁴. En este sistema, el Derecho público local es regido sustantiva y formalmente por la legislatura local¹⁴⁵. En la mayoría de las legislaciones de Derecho público sobreviven vigentes los procedimientos e institutos de fondo (actos, reglamentos, contratos, etc.) dictados, en su mayoría, en la década del setenta.

En este orden, y ante la dificultad de modificar las normas que rigen el Derecho administrativo sustantivo, que consagra en general un sistema recursivo pensado en procedimientos administrativos cuya simpleza no contemplaba derechos de incidencia colectiva, o con controles judiciales dotados de medidas cautelares poco utilizadas por el juzgador, y cuyos

¹⁴⁴ Constitución Nacional, Artículo 75: Corresponde al Congreso: inciso 12: Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

¹⁴⁵ Constitución Nacional, Artículo 121.- Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.



efectos no suspendían la ejecutoriedad otorgada a los actos, comenzó un período de cambio en el que se agigantaron las medidas judiciales suspensivas de esos efectos desde un creciente activismo judicial, muchas veces sostenidas en las nuevas tendencias de los Pactos Internacionales: *"La suspensión de los efectos de un acto administrativo, dispuesta en sede judicial en respuesta a un pedido autónomo efectuado por el interesado encontrándose pendiente el agotamiento de la vía administrativa, resulta un medio adecuado para limitar en ciertos casos la prerrogativa que asiste a la Administración para ejecutar sus propios actos.*

Su razón de ser finca en la fuerza ejecutoria propia de los actos administrativos y en el efecto no suspensivo que revisten los recursos que el administrado tiene a su alcance en el marco del procedimiento administrativo. Se trata, en consecuencia, de una protección preventiva para quien todavía no ha agotado la vía administrativa y en consecuencia no encuentra expedito el acceso a la jurisdicción para debatir la cuestión de fondo"¹⁴⁶

Puede que las concepciones incorporadas a los bloques de constitucionalidad desde los Pactos Internacionales de Derechos Humanos encuentren base en la protección al hombre ante el poder irrestricto de Estados totalitarios que le desconocían su naturaleza.

Pero de a poco, estas tendencias que morigeraron el poder público adjudicado por las normas que atribuían los principios conocidos como: presunción de legitimidad, ejecutividad y ejecutoriedad han

¹⁴⁶ Fallo: "Vía Pública Clan S.A. c/ GCBA, La Ley, 2001-I,85 CCAyT CBA Sala 1.

menguado en demasía la autotutela estatal, sometiendo sus decisiones a un control excesivo que impide su funcionamiento ágil. Las normas que adjudicaban esas fuerzas superiores al Estado en su relación con el administrado velaban por un sistema de justicia distributiva en el cual los difusos límites del bien común se transformaban en una atribución usada en exceso por un Estado, muchas veces, abusivo. Los nuevos constituyentes, en 1994, incorporaron el Pacto de San José de Costa Rica a la letra constitucional y sentaron una base para un nuevo esquema, la atribución expresa de una competencia especial en materia ambiental¹⁴⁷.

Los legisladores optaron por dotar al Derecho ambiental, de normas especiales que contuvieran en su seno medidas precautorias para conferir a la Administración fuertes herramientas de prevención para la protección ecológica y que evitaran situaciones como las que ocurrieron con el Derecho administrativo sustantivo, que fueron muy atenuadas por los órganos judiciales cuando la simple interposición de un recurso no suspendía el efecto de la decisión. Aún cuando esta tendencia es mayoritaria, en sentido contrario, algunas jurisdicciones provinciales, en aras de la producción dictaron normas que agilizan el inicio de actividades industriales, al adjudicar un valor positivo al silencio de la Administración, y como ya señaláramos en nuestro

¹⁴⁷ En este sentido, la Constitución reformada en 1994, abandonó la vieja clasificación de competencias delegadas, no delegadas y concurrentes, para incluir la nueva noción de presupuestos mínimos según los cuales la Nación dicta las bases de las normas ambientales y las provincias complementan aquellas con normas que solo pueden "agravar" el marco protectorio.



anterior trabajo sobre "Radicación Industrial"¹⁴⁸ la inconveniencia de estas disposiciones, radica no sólo en sus aspectos formales, sino, y más aún en las consecuencias que pueden sobrevenir al bien jurídico tutelado por la normativa ambiental. La disposición legal resulta desorbitada en la actualidad, máxime cuando la categoría dada al ambiente como derecho humano fundamental no permite dudas en cuanto a su supremacía y protección. Esta es una medida que colisiona fuertemente con el precepto constitucional de deber que tiene el Estado –en sus diferentes esferas- de proveer a la protección de este derecho y a su preservación.

A la luz del artículo 41¹⁴⁹ de la Constitución Nacional, la manera de legislar en materia ambiental ha

¹⁴⁸ SAGRERA, Laura Viviana, "Comentarios a la Ley de Radicación Industrial en la provincia de Buenos Aires" Revista de Derecho Público- Derecho Ambiental II-, Editorial Rubinzal Culzoni, 2009.

¹⁴⁹ Constitución Nacional, Artículo 41- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

cambiado sustancialmente en la Nación y en las provincias, complementando éstas últimas con su normativa a aquélla e implementando y dotando de más fuerza a su Administración por las vías procedimentales (procedimientos de habilitación, fiscalización, etc.) y procesales (bilateralizando¹⁵⁰ los procesos cautelares y protegiendo el interés público¹⁵¹)

¹⁵⁰ Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires: Artículo 25, inciso 1: Las partes podrán solicitar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo siempre que se alegare fundadamente el cumplimiento de los recaudos previstos en el artículo 22 inciso 1). El juez deberá evaluar si la medida suspensiva tiende a evitar perjuicios irreversibles, aún cuando pudieren ser objeto de una indemnización posterior. **Inciso 2:** Para decretar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo será necesario el planteo previo de esa medida en sede administrativa y que su resolución hubiera sido adversa para el peticionante. Presentada la petición en sede administrativa el estado deberá expedirse en el lazo de 5 días hábiles, fenecidos los cuales sin que hubiere un pronunciamiento expreso se presumirá la existencia de resolución denegatoria quedando expedita la instancia judicial.

¹⁵¹ Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires: Artículo 22, Inciso 1: Podrán disponerse medidas cautelares siempre que: a) Se invocare un derecho verosímil en relación al objeto del proceso. b) Existiere la posibilidad de sufrir un perjuicio inminente o la alteración o el agravamiento de una determinada situación de hecho o de derecho. c) La medida requerida no afectare gravemente el interés público. Inciso 2: el juez podrá adoptar toda clase de medidas que resulten idóneas para asegurar el objeto del proceso, tanto las regladas en el presente Código como las previstas en el Código Procesal Civil y Comercial. Inciso 3: Podrán disponerse medidas de contenido positivo, con el objeto de imponer la realización de una determinada



1. LAS NORMAS PROCESALES

Las normas procesales conocidas como *medidas cautelares* reciben un doble control o límite en la nueva legislación procesal administrativa. Además de los mencionados principios típicos (verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y contracautela), el juzgador debe dar en primer término la oportunidad a la Administración de expedirse en razón de la medida y luego – en caso de que persista el conflicto- chequear si la decisión produce grietas en el accionar estatal, se ha consagrado legislativamente, así: la bilateralización – dejando de lado las decisiones “inaudita parte”- y la no afección al interés público.

En cuanto a las normas procedimentales, estas utilizan las llamadas *medidas preventivas*, que parecen modernas, pero en realidad lucen por haber recuperado los viejos efectos del tradicional acto administrativo que enumeramos anteriormente.

La expresión procesal se asienta en la correcta utilización del idioma castellano cuando en su acepción jurídica determina para lo cautelar: “*Dicho de una medida o de una regla destinada a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo*”¹⁵²

conducta a la parte demandada. A tal fin, el juez deberá ponderar, además de los extremos previstos en el inciso 1, la urgencia comprometida en el caso y el perjuicio que la medida pudiera originar tanto a la demanda como a los terceros y al interés público.

¹⁵² Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Buenos Aires, 2001, 22º Edición, Tº 1, pág.484,

La expresión procedimental absorbe la acepción del verbo que la origina, prevenir: "*Prever, ver, conocer de antemano o con anticipación un daño perjuicio*"¹⁵³.

2. PROCESO Y PROCEDIMIENTO.

Las leyes administrativas que regulan los procedimientos administrativos legalizan las medidas preventivas y en algunos casos las reglamentaciones de las mismas les asignan erróneamente la acepción de *cautelares*¹⁵⁴, expresión que insistimos debe ser utilizada sólo para los procesos judiciales.

La doctrina administrativa ha hecho hincapié en la distinción que debe hacerse del proceso y del procedimiento.

El procedimiento se desarrolla en el ámbito administrativo, donde no existen dos partes con intereses contrapuestos, ni un tercero imparcial –juez– que decida sobre dichos intereses. Se sostiene que "el particular actúa como un verdadero colaborador de la Administración, por ello preferiblemente se lo denomina "interesado" y no "parte". No siempre hay un conflicto entre el particular y la Administración; no debe olvidarse que, si bien el procedimiento administrativo

¹⁵³ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Buenos Aires, 2001, 22º Edición, Tº 2, pág.1831.

¹⁵⁴ Decreto 1741/96, Reglamentario de la ley 11.459 de Radicación Industrial de la provincia de Buenos Aires. Decreto 3395, reglamentario de la ley 5965 de protección de las fuentes de provisión y a los cursos y cuerpos receptores de agua y a la atmósfera de la provincia de Buenos Aires.



es un presupuesto de la impugnación judicial, a veces no se lo utiliza con ese fin”.¹⁵⁵

En el procedimiento administrativo es la Administración la que resuelve la petición planteada por el particular, aunque no siempre los intereses protegidos y perseguidos por la Administración coincidan con los del particular, en cambio, en el proceso judicial es el juez –tercero ajeno a las partes– quien resuelve sobre los intereses contrapuestos de las partes.

La resolución tomada por la Administración en el procedimiento administrativo no tiene el carácter de verdad legal, no hace cosa juzgada, no le pone fin al litigio, pues debe garantizársele al particular la revisión judicial suficiente y efectiva, consagrada por la Corte Suprema en el memorado fallo Fernández Arias y hoy reconocida internacionalmente por el Pacto de San José de Costa Rica, incluido – como dijimos– en nuestra Carta Magna en 1994.

Esta distinción entre el proceso y procedimiento radica también en las distintas funciones que desarrolla el Estado. En general la Administración desempeña la función administrativa, mientras que a la realizada por la Justicia la conocemos como función judicial o jurisdiccional. En esta última instancia se resolverá sobre la situación substantiva creada en sede administrativa.

Asimismo, los fines perseguidos en una y otra instancia son diferentes, en el procedimiento se dictan actos constitutivos de situaciones jurídicas, limitativos,

¹⁵⁵ DIEZ, Manuel María, “Derecho Procesal Administrativo”, ed. Plus Ultra, Buenos Aires 1996, pág. 12.

declarativos, positivos, etc., mientras que en el proceso, generalmente, se decide sobre un caso en particular, planteado por las partes en contienda.

Es en estos puntos que radica básicamente su distinción y por ello es oportuno mantener las diferencias y aludir al proceso judicial para la función jurisdiccional y al procedimiento para la función administrativa.

Ahora bien, para el contralor de los procedimientos administrativos la justicia se organiza especificando cada fuero, creando una justicia administrativa idónea con principios y características propias que posibilitan el entendimiento de las causas en las que una de las partes –demandante o demandada- será la Administración Pública, quien debe velar por los fines públicos.¹⁵⁶

Pero por ser un proceso, se desarrolla ante el Poder Judicial, con normas propias de derecho procesal administrativo¹⁵⁷, que también difieren de los demás

¹⁵⁶ Obviamente, nuestra organización constitucional al reservar a las distintas jurisdicciones –provincias y Nación- el orden procesal, permite que cada una de ellas elija el criterio de adjudicación de la competencia contenciosa administrativa. Así ha ocurrido que algunas opten por el criterio objetivo - función administrativa-, otras por el subjetivo –parte estatal- , e inclusive alguna ha optado por un criterio amplio atribuyendo ambas (como la Ciudad Autónoma).

¹⁵⁷ En este criterio nos encolumnamos – para el caso nacional- con la opinión que ha sostenido Juan Carlos CASSAGNE, el sistema judicialista argentino no necesita una mención especial para definir a un determinado fuero judicial como: “Contencioso Administrativo”. Esta clasificación, es



procesos judiciales –civil, comercial, etc.-. Esta distinción se hace necesaria, independientemente de la aplicación analógica que se pueda hacer de algunos institutos procesales, por la naturaleza misma de las causas administrativas.

Estos procesos judiciales, regulados por normas procesales locales, de forma, en los Códigos especiales que instruyen el proceso administrativo, son dictados por cada jurisdicción provincial.

En el orden nacional el proceso judicial administrativo se encuentra regulado por el Código Procesal Civil y Comercial Nacional, en el caso del control de la actividad pública federal, cuenta con un fuero autónomo, pero no con normas propias que lo sistematicen.

3. MEDIDA PREVENTIVA Y MEDIDA CAUTELAR

Habiendo expresado nuestra preferencia por diferenciar y utilizar el concepto de proceso para la

típica de aquellos países que tienen una organización administrativa con funciones activas y jurisdiccionales, y han diferenciado con esa denominación a los juzgados que desarrollan su tarea dentro de la organización del Poder Judicial de aquellos fuera de esa estructura. Pero en nuestro país, la inexistencia de órganos administrativos con función jurisdiccional –solo atribuida a órganos judiciales– simplifican la clasificación, y por eso, con la simple denominación de derecho procesal administrativo alcanza para remitirnos al proceso judicial. En conclusión, toda la organización judicial Argentina tiene competencia contenciosa – para cada fuero-, y no comparte esta característica con la estructura administrativa.

instancia judicial y procedimiento para la etapa administrativa, lo mismo impulsamos para las nociones de medidas cautelares y preventivas.

En el proceso administrativo –como en los demás procesos judiciales, puede ocurrir que la satisfacción instantánea de cualquier pretensión resulte materialmente irrealizable, el legislador ha debido observar tal situación y por ello los códigos contemplan la posibilidad de que durante el lapso que transcurre entre la iniciación de un proceso– o aún antes de él, durante el trámite por la vía administrativa previa o en el período que va desde la resolución de ésta y la preparación de la demanda- y la sentencia definitiva, sobrevenga alguna circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución de la sentencia, tornando en inoperantes los efectos de ésta –v. gr. desaparición de los bienes, alteración del estado de hecho, etc.-. A conjurar este tipo de riesgos tienden las medidas asegurativas, conservativas o cautelares –si nos basamos en las pretensiones de las partes- o los procesos o procedimientos cautelares- si nos atenemos a la sustanciación- o las sentencias asegurativas- si nos guiamos por la resolución-, cuya finalidad se reduce a asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que debe recaer en el proceso definitivo.¹⁵⁸

Los motivos en que se fundan las medidas cautelares en los procesos judiciales no siempre son los mismos, en algunos supuestos se busca con la medida asegurar el cumplimiento de la sentencia que aún no ha sido dictada por el juez; así también en otros casos se busca evitar que se produzcan daños en el patrimonio de quien solicita la medida, porque puede cambiar la

¹⁵⁸ DIEZ, Manuel María, ob. Cit. Pág. 311.



situación de los bienes o derechos en conflicto, generando desigualdades entre las partes en la contienda, disponiendo en estos casos la justicia suspensiones al acto dictado por la Administración, prohibiciones de innovar, entre otras.

Estas medidas, siguiendo al autor citado, son las que denominamos *medidas cautelares*, considerados actos procesales del órgano judicial adoptados en el curso de un proceso –en este caso administrativo- o previamente a él, a pedido de un interesado para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho, como un anticipo de la garantía judicial de la defensa de la persona y de los bienes (art. 18 de la Const. Nac.) y para no tornar ilusorias las sentencias de los jueces.¹⁵⁹

Estas disposiciones vienen eficazmente a proteger la situación y derechos del particular que peticiona en un procedimiento administrativo o judicial y que el tiempo en el que se desarrollan los mismos puede generar perjuicios en sus derechos que eventualmente pueden reconocérseles en la sentencia.

Como los efectos de las sentencias son al momento de presentación de la demanda, es decir, retroactivos y es lo que el reclamante peticiona en ese momento lo que se debe resguardar, el juez cuenta con estas herramientas cautelares para escudar aquellos derechos que pueden desaparecer durante el tiempo de tramitación del proceso.

La medida precautoria o cautelar tiene por objeto asegurar las consecuencias del proceso definitivo

¹⁵⁹ DIEZ, Manuel María, ob. Cit. Pág. 312.

mediante el mantenimiento de un estado de hecho o de derecho, o prevenir las repercusiones, posiblemente perjudiciales, de la demora en el pronunciamiento de las resoluciones judiciales. Ese es el objeto y la finalidad de las medidas cautelares: facilitar el desarrollo normal del proceso principal, impidiendo que, durante su sustanciación –necesariamente prolongada en sus trámites si se han de respetar los derechos de una y otra parte, permitiéndoles con toda amplitud el ejercicio de la defensa, la aportación de los elementos de prueba y los argumentos de derecho, y darse al juez tiempo para el estudio meditado de los puntos en debate en garantía de una resolución acertada- pueda el demandado realizar actos o maniobras que dificulten o hagan imposible la efectividad de la sentencia.¹⁶⁰

La institución cautelar no altera los principios del proceso judicial, ni menoscaba los derechos de las partes en el juicio, sino, por el contrario, busca el equilibrio en el mismo, para lograr que la sentencia no se torne ilusoria y que la misma satisfaga el derecho reclamado en el pleito, impidiendo que por la demora en el proceso el mismo se torne abstracto o ilusorio.

Este es el fin de las medidas cautelares: amparar aquellos derechos que no pueden verse satisfechos con celeridad en un proceso ordinario, de ahí que este tipo se caracterice por la prontitud en su dictado.

Actúan rápidamente, dejando la sustancia del proceso, que será resuelta al final del proceso por el

¹⁶⁰ DIEZ, Manuel María, ob. Cit. Pág. 313.



juez. Su objeto principal es resguardar el derecho en expectativa de las partes, con celeridad.

Ahora bien, una vez dictada la sentencia de fondo, la medida cautelar decretada en el pleito desaparece, bien porque la demanda se rechazó, entonces desaparece la razón por la cual se dictó la medida cautelar; o bien la sentencia hizo lugar a la demanda por lo que la cautelar pasará a formar parte del proceso principal, subsumiéndose en aquella y formando parte de la ejecución de la misma.

Por eso se debe considerar esa provisoriedad bajo tres aspectos: a) sea que durante el proceso desaparezca la medida en razón de haber cambiado las situaciones que le dieron origen, y por tanto queda sin efecto o, porque se le sustituya por otra, en los casos en que la ley lo autorice; y b) con relación a la duración limitada de aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre el nacimiento de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia, que, en contraposición de la calificación dada a la primera, se la conoce como definitiva¹⁶¹ y c) la incorporación de las medidas anticipadas que importan la carga de la presentación de la demanda principal bajo pena de caída de la cautelar.

Las providencias cautelares tienden a asegurar el resultado práctico de una sentencia definitiva, no se bastan a sí mismas – o no deberían, como lo reseñamos al principio en el caso de la crisis económica de 2001-, sino que están sujetas al dictado de una providencia ulterior definitiva.

¹⁶¹ DIEZ, Manuel María, ob. Cit. Pág. 314.

Esta relación se conoce en la doctrina con el nombre de "instrumentalidad"; es decir, que son el instrumento por el cual se hace posible el cumplimiento de la sentencia de fondo; o, en otros términos, para algunos procesalistas, aparece el carácter de subsidiaridad, que liga inevitablemente toda providencia cautelar con la providencia de fondo para cuyo amparo se dicta.¹⁶²

La tutela cautelar no necesita para su dictado la existencia efectiva del derecho reclamado, basta con la apariencia del mismo, por ello el objeto del proceso que la alienta es diferente al objeto del juicio principal en el que se funda su dictado.

Con ello, no puede pensarse que una medida cautelar estuvo mal otorgada si luego en el proceso principal no se reconoce el derecho pretendido, pues el fundamento de la tutela cautelar es efectivizarse mientras ese derecho es incierto, luego no tiene razón de ser.

El proceso incoado para obtener una medida cautelar, la mayoría de las veces se desarrolla sin contradicción, sin bilateralización, a lo sumo puede otorgarse un plazo a la parte demandada para que formule descargo, pero en la mayoría de los casos ocurre que el juez dicta la providencia en base a la prueba y manifestaciones de la parte requirente.

El proceso cautelar típico tramita por incidente y está vinculado al proceso principal, el cual, en caso de

¹⁶² DIEZ, Manuel María, ob. Cit. Pág. 314



no ser promovido oportunamente, provoca la caducidad de la medida cautelar.

Por ello, y acertadamente, al no escucharse muchas veces a la parte contraria, la providencia que otorga la cautelar no es utilizada como elemento de prueba para el análisis y dictado de la sentencia definitiva, careciendo de validez para formar la convicción del juez.

En este sentido, no hay dudas que el proceso cautelar guarda autonomía con respecto al proceso principal en la medida que no permiten vislumbrar el resultado de la sentencia definitiva, o por lo menos es lo que debería ocurrir.

La sentencia dictada en el proceso cautelar no hace cosa juzgada, es decir, que puede volverse sobre la medida cuántas veces se considere que el derecho alegado está en peligro, sólo deberá demostrarse que han cambiado las situaciones fácticas que llevaron al dictado de una medida contraria a lo que se pedía.

Tanto la parte que obtiene la medida, como aquella a quien se le aplica la misma, pueden intentar dejarla sin efecto, alegando que las circunstancias de hecho y de derecho se han modificado, en ese caso, es el juez quien ponderará los argumentos expuestos y decidir mantener o modificar la resolución tomada.

Una vez dictada la sentencia definitiva los efectos de la providencia cautelar se extinguen de pleno derecho.

El pronunciamiento de esta última funciona como causa extintiva de los efectos de la medida cautelar, no solamente cuando declara que el derecho,

en previsión del cual ha sido dictada, no existe, sino, también, cuando lo pone en vigencia, ya que si en el primer caso la providencia cautelar se extingue porque se comprueba que la hipótesis sobre la cual se basaba no era fundada, en el segundo termina como cautelar convirtiéndose en definitiva o ejecutiva, puesto que en su lugar se coloca la providencia principal, con todos sus efectos y alcances.¹⁶³

Si bien advertimos que para el dictado de una medida cautelar no es necesario tener la certeza del derecho que se pretende, sino que basta con la apariencia o verosimilitud del mismo, ello no ocurre con la celeridad, aquí el juez debe estar en el convencimiento de que la demora en el dictado de la sentencia puede acarrear perjuicios en la situación jurídica de la parte agraviada. Deberá el magistrado examinar con detenimiento esta situación al momento del dictado de la cautelar.

Sin más, la providencia cautelar es independiente del proceso principal, no debiendo exigírsele los requisitos y condiciones impuestos a ella.

También cabe advertir que una vez dictada y siendo cumplida, puede ser sustituida la medida cautelar por otra. Asimismo, podría ampliarse o disminuirse sus alcances, como así también podría ser modificada luego de haberse aplicado, sin que ello implique que ha cambiado la providencia, ni su finalidad, lo único que cambia es la medida para que sea efectiva.

¹⁶³ DIEZ, Manuel María, ob. Cit. Pág. 316.



Es cierto que en el proceso administrativo las medidas cautelares expanden todas las posibilidades que brinda el principio de la tutela judicial efectiva¹⁶⁴ a fin de compensar el peso de las prerrogativas de poder público.

El principio de la tutela judicial efectiva, que se encuentra en la base de nuestro ordenamiento jurídico y en el de otros países, constituye el fundamento de esta clase de medidas que, además de apuntar a la inmodificabilidad de la cuestión litigiosa y a la eficacia de la sentencia, viene a garantizar la legitimidad del obrar administrativo y a evitar daños a los particulares en sus relaciones con la Administración, asegurando sus derechos mientras se sustancia el proceso principal y, aun, con independencia de este último¹⁶⁵.

A la tutela cautelar clásica, en la actualidad algunos juristas se preguntan si con el aditamento de la urgencia se podrían incluir las medidas autosatisfactivas.

No importa la denominación que se les quiera dar, puesto que la urgencia es un presupuesto que siempre debió y debe ser ponderado al momento de decretar la tutela cautelar.

Es importante resaltar, para el objeto del presente trabajo que la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo federal, incorpora a los

¹⁶⁴ Fallo citado en la nota 2.

¹⁶⁵ CASSAGNE, Juan Carlos – PERRINO, Pablo Esteban, "El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires", ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2006, págs. 322/323.

requisitos exigidos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora para la procedencia de las medidas cautelares, el de no afectación del interés público. Es decir, que la medida que se pretende no obre en detrimento de un interés superior: el interés público.

Esa construcción jurisprudencial, receptada en el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, viene a actuar como un dique en contra del creciente proceso de *cautelarización* que ha sufrido la actividad judicial. Los larguísimos procesos ordinarios, y luego los alambicados métodos de ejecución de sentencias contra el Estado han llevado a algunos doctrinarios a saludar con algarabía este momento judicial: *"Las medidas cautelares son la realidad operativa de la Justicia. Concebidas fundamentalmente en la última década, por vía de la creación jurisprudencial, constituyen el último intento de racionalidad jurídica en la interpretación y aplicación del Derecho"*¹⁶⁶. No obstante, como se induce de nuestra redacción, la revalorización de la no afectación al interés público, aparece como un límite normativo a la excesiva irrupción del juzgador en las decisiones administrativas ambientales, que aquí defendemos.

Las medidas positivas, que son una especie dentro de las innovativas, no obstante considerarse de interpretación restrictiva y de carácter excepcional, vienen siendo dictadas por los tribunales desde tiempo atrás, por lo que no son una novedad para el contencioso administrativo argentino. Así por ejemplo,

¹⁶⁶ DROMI, Roberto: en el Prólogo del Libro: "Garantías Procesales" de M. A. Zizzias, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2002, pág. 13.



se ha ordenado dar vista de actuaciones administrativas en un trámite licitatorio a un oferente a quien se le había negado el acceso a aquellas. Se trata de medidas que se caracterizan, al margen de la tutela judicial clásica, por la satisfacción definitiva y única de la pretensión. Como puede advertirse, estas medidas no son instrumentales o accesorias respecto de proceso principal alguno, y por tanto, son autónomas.¹⁶⁷ La medida cautelar se presenta como autónoma e instrumental al propio tiempo, pues obliga al particular a promover la acción de fondo dentro del plazo de caducidad que fija la ley.¹⁶⁸

En la provincia de Buenos Aires, basado en la tutela judicial efectiva, el Código Contencioso Administrativo regula las medidas cautelares, ampliando sus alcances con el objeto de contrarrestar las prerrogativas públicas con los derechos de los particulares.

El Código procesal legisla la medida cautelar suspensiva, que es la típica del proceso administrativo, en el art. 25¹⁶⁹. En él se dispone que las partes puedan solicitar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo siempre que se alegare fundadamente el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inc. 1º del art. 22¹⁷⁰ del CCA. Es decir que siempre deberá

¹⁶⁷ CASSAGNE, Juan Carlos – PERRINO, Pablo Esteban, ob. Cit. Pag. 322.

¹⁶⁸ CASSAGNE, Juan Carlos – PERRINO, Pablo Esteban, ob. Cit. Pág. 331.

¹⁶⁹ Ver Nota 8.

¹⁷⁰ Ver nota 9.

demostrarse ante el juez la concurrencia de los recaudos básicos de fundabilidad: a) *fumus boni iuris*, b) el *periculum in mora* y c) que la medida no perjudique gravemente al interés público. El precepto agrega que el juez deberá evaluar si la medida suspensiva tiende a evitar perjuicios irreversibles aun cuando pudieren ser objeto de una indemnización posterior.

Esta segunda parte del artículo citado ha generado críticas por parte de la doctrina administrativa, cuando dispone que para que proceda la suspensión de la ejecución del acto administrativo será necesario el planteo previo de esa medida en sede administrativa y que su resolución haya resultado adversa para el particular. Como contrapartida el Estado debe en cinco días hábiles expedirse¹⁷¹, vencidos los mismos sin que se hubiese expedido expresamente la Administración, se entenderá como denegatoria quedando recién allí expedita la instancia judicial para solicitar la medida cautelar.

Calificada doctrina sostiene que dicha exigencia no se condice con la naturaleza de las medidas cautelares ya que genera una injustificada demora en el acceso a la protección judicial de urgencia, máxime que la experiencia demuestra que no es usual que la Administración resuelva pedidos de suspensión de efectos de actos, o por lo menos que lo haga en plazos breves como el establecido en el inc. 2º del art. 25 CCA¹⁷². De todas formas, esta norma "anoticia" ¹⁷³ al

¹⁷¹ Ver nota 8.

¹⁷² CASSAGNE, Juan Carlos – PERRINO, Pablo Esteban, ob. Cit. pág. 337.



administrador y le indica un silencio especial para considerar denegado el pedido.

Asimismo, el Código Contencioso Administrativo, como también algunas legislaciones provinciales, contempla las denominadas medidas cautelares de carácter positivo, que imponen a la Administración realizar determinados actos que por su inacción no realizó o que resolvió de manera contraria al interés del particular.

Al circunscribirse la pretensión cautelar a la medida suspensiva, quedaban fuera del campo de la protección nada menos que los actos administrativos que denegaban los derechos básicos de las personas, los cuales precisan muchas veces, contar con una tutela judicial inmediata cuando, en virtud de la naturaleza de los bienes jurídicos lesionados, la única forma de asegurar su efectividad es a través de medidas positivas, que hacen posible que el juez otorgue, sin las dilaciones del proceso ordinario, lo que la Administración le niega al ciudadano en forma manifiestamente ilegítima. Mientras el reconocimiento de las medidas cautelares positivas deja de lado la interpretación más cerril del principio de la división de poderes potenciando el papel del juez en la realización de la justicia material, las medidas autosatisfactivas vienen a poner en crisis las relaciones de dependencia y el consecuente carácter instrumental o accesorio propio de las típicas medidas cautelares del ordenamiento procesal civil.¹⁷⁴

¹⁷³ Sostuvimos que esta obligación creaba una suerte de bilateralización.

¹⁷⁴ CASSAGNE, Juan Carlos – PERRINO, Pablo Esteban, ob. Cit. págs. 319/320.

El Código Contencioso Administrativo adopta un criterio amplio con respecto a la oportunidad procesal para solicitar las medidas cautelares al prescribir que ellas podrán petitionarse en modo anticipado, simultáneo o posterior a la promoción de la demanda.

Como en la mayoría de las jurisdicciones procesales administrativas, el criterio para otorgar la medida cautelar es de *inaudita parte*¹⁷⁵, aunque se admite la posibilidad de que el juez pueda requerir un informe previo a la parte demandada o a la alcanzada por la medida solicitada, el cual deberá contestarse en un plazo no mayor a cinco días.

Como consecuencia del carácter instrumental de las medidas cautelares, la legislación procesal exige que cuando se las ordena y efectiviza en forma anticipada, la interposición de la demanda que da inicio al proceso principal debe promoverse dentro de un plazo de caducidad.

A) Un requisito negativo de fundabilidad: que la medida no afecte gravemente al interés público.

Este requisito es defendido por una parte de la doctrina nacional, mientras que la restante sostiene que debe ser desvalorizado puesto que se contrapone al principio de tutela judicial efectiva consagrado jurisprudencial e internacionalmente a través del Pacto de San José de Costa Rica.

¹⁷⁵ Sostenemos la observación hecha en referencia a la solicitud previa administrativa.



Este es un razonamiento que compartíamos hasta aquí. A partir de analizar los actos administrativos fundados en normas que resguardan el medio ambiente, la lectura creemos debe ser otra.

El derecho ambiental tiene un carácter finalista y funcional, basado sobre el valor del interés general, que comprende la protección del ambiente. El carácter finalista de esta nueva rama del derecho explica la utilización y modificación de instituciones, procedimientos, técnicas, principios y reglas de otras ramas del derecho, a fin de acceder a la más completa protección del ambiente, en provecho de todos.¹⁷⁶

No puede perderse de vista que siendo lo normal que en el proceso administrativo sea el Estado el demandado, debe tenerse presente la particular situación de que éste, por representar intereses generales, tiene una serie de prerrogativas que deben ser cuidadosamente analizadas al decretarse contra él una medida cautelar.

González Pérez ha dicho: "No se trata ya del interés público genérico que se presupone es el fin de todo acto administrativo y que justifica la presunción de legitimidad y, por ende, su ejecutoriedad. Si así fuera, apenas si podría decretarse la suspensión de la ejecución. Cuando se establece que la suspensión no puede decretarse frente al interés público prevalente se está pensando en algo mucho más concreto. Se está pensando que en aquel supuesto en que se plantea la

¹⁷⁶ BLANCO – URIBE QUINTERO, Alberto, "La definición del derecho - deber individual y colectivo al ambiente en Derecho constitucional comparado", Tribunal Supremo de Justicia, Colecciones Nuevos Autores, Venezuela, 2005, pág. 37.

suspensión, el interés público está exigiendo precisamente el cumplimiento del acto.

El Código Contencioso Administrativo exige que la afectación al interés público sea grave, por lo que se trata de una afectación cualificada. Además, debe tratarse de un interés público específico y concreto, por lo que no puede admitirse una invocación genérica y difusa. El interés público a ponderarse no es el del acto en sí mismo, sino el que se podría conculcar con la medida cautelar. El interés público no es siempre el interés que persigue la Administración, sino el que representa el interés de la comunidad. La decisión sobre la apreciación de si la medida precautoria afecta o no el interés público corresponde al tribunal, y no a la Administración, en mérito a que ésta no puede ser al mismo tiempo juez y parte. Los jueces deben hacer un balance entre el daño a la comunidad y el que se le ocasionaría a quien demandó la protección cautelar. Pues, mientras que en algunos casos el dictado de la medida puede generar mayores daños que los que se derivarían si ella no se dictara, en otros su otorgamiento no sólo no afectará el interés público, sino antes bien lo protegerá. Ello ocurrirá, por ejemplo, cuando los daños que puede provocar la ejecución de un acto administrativo resultaran de mayor trascendencia y gravedad que los que pueden ocasionar su suspensión, lo cual debe mensurarse conforme a las pautas que imprime el principio de proporcionalidad.

No cabe duda que el medio ambiente es un interés público y concreto. Reconocido como derecho humano¹⁷⁷ y consagrado constitucionalmente. Este

¹⁷⁷ Cuando no es posible encontrar el derecho al ambiente en los textos, porque no está específicamente indicado en los catálogos clásicos de derechos humanos, sean civiles y



derecho exige que la Administración establezca políticas en su resguardo, pero también los particulares deben ser diligentes en su cuidado. Por ello, frente a actos

políticos o económicos, sociales y culturales, las jurisdicciones tienen la obligación, para poder llegar a su protección, de entender que el derecho al ambiente está implícito en otros derechos fundamentales, tales como los derechos a la vida y a la integridad física (A), el derecho a la salud (B), los derechos a la protección de la vida privada y de la familia (C), el derecho al libre desarrollo de la personalidad humana (D), y en otros. A....El pleno goce del derecho a la vida únicamente puede ser concretizado en un ambiente de dimensión humana...B...La relación indisociable entre el ambiente y la salud humana ha sido establecida repetidas veces por la OMS, la cual mantiene vínculos regulares con las organizaciones no gubernamentales en el campo ambiental...C...Se trata del derecho de toda persona de escoger y desarrollar libremente su forma de vida. Es el derecho, en lo que corresponde al ambiente, a no ser molestado, dañado o afectado particularmente por las emisiones contaminantes gaseosas o sonoras, que sobre pasan los límites de tolerancia o niveles de normalidad, fijados en los textos legales....D...Resulta absolutamente evidente que el hecho de no respetar los derechos fundamentales a la vida, comprendiendo la calidad de la misma, a la salud y a la protección de la vida privada y familiar, visto el carácter interdependiente de los derechos humanos, perjudica el desarrollo de la personalidad humana. Entonces, el reconocimiento del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad humana pasa necesariamente por la revalorización de los derechos cuyo objetivo sea la salvaguarda directa, física y psíquica del hombre en sí mismo, a parte de los aspectos patrimoniales..." BLANCO - URIBE QUINTERO, Alberto, "La definición del derecho - deber individual y colectivo al ambiente en Derecho constitucional comparado", Tribunal Supremo de Justicia, Colecciones Nuevos Autores, Venezuela, 2005, págs. 38 y ss.

administrativos que se fundan en normas ambientales y estudios técnicos las medidas cautelares no deberían otorgarse, puesto que estas herramientas tienden a salvaguardar el interés del particular que reclama frente a un interés superior, común y específico como es el medio ambiente. El viejo principio, al que hicimos alusión, de división de funciones en los órganos del poder, conlleva la lógica noción de no duplicar áreas de administración, así, un gabinete técnico dotado de alta especialización y de herramientas y sistemas muy costosos es factible funcionando –únicamente- dentro de la organización de una autoridad administrativa de aplicación. En la órbita judicial, las oficinas periciales, no están dotadas de los equipamientos necesarios como para determinar *prima facie*, la necesidad de echar a andar una industria sin la habilitación definitiva, que dicho sea de paso, en algunos casos ya se ha establecido la *medida preventiva positiva*¹⁷⁸, dentro de la administración. Lo que cierra otra posibilidad más para constreñir la decisión cautelar: El juego armónico de estas normas, y el saber científico, deben prevalecer sobre el derecho del particular de obtener una medida cautelar que suspenda un acto – que solo preventivamente- estaría afectando su derecho, en detrimento de un bien jurídico tutelado de valor indiscutiblemente superior: el ambiente sano.

Por el contrario, las medidas preventivas, presentes en el procedimiento administrativo, se dictan a través de actos administrativos de carácter limitativos fundados en las prerrogativas públicas con que cuenta la Administración para alcanzar sus fines públicos.

¹⁷⁸ SAGRERA, Laura Viviana, op., cit.



Forman parte de un procedimiento en el que no hay partes, ni tercero imparcial que ponga fin a la controversia. No tienen fuerza de verdad legal, pudiendo ser objeto de revisión en una instancia judicial ulterior.

Es la Administración la que insta el procedimiento que se caracteriza por ser más ágil, con tiempos más cortos y cuyo objeto es resguardar el interés público que puede verse perjudicado por el accionar de un particular.

Como toda actividad administrativa conlleva una instancia de control judicial suficiente, este tipo de trámite no se encuentra ajeno a ello. Pero si creemos que, cuando la Administración aplica este tipo de medidas preventivas –clausuras– en procedimientos administrativos ambientales, la tutela judicial efectiva debe ser garantizada con la posibilidad de acción judicial de revisión del acto preventivo, pero sin la posibilidad de que quede sujeto a una medida cautelar, pues el interés público en estos casos es específico y común a todos.

Los principios y normas que protegen al ambiente priorizan las políticas de conservación del mismo, que radican en el deber de preservarlo; deber que se encuentra en cabeza del propio Estado y en el que debe pensarse aún cuando hablemos del daño ambiental cuyo primer objetivo es la recomposición del medio. Además, al momento de determinar el daño ambiental, éste no sólo se produce a una persona determinada, sino a toda la sociedad, por ello creemos que las normas administrativas –legales o reglamentarias– ambientales, acertadamente tienden a utilizar este tipo de clausuras preventivas en sus procedimientos.

Este accionar de la Administración se lo puede considerar como parte de la actividad interventora u ordenadora del Estado. No es previo a la actividad del particular, sino herramienta de fiscalización continua, pero que tampoco forma parte del típico procedimiento sancionatorio. Como procedimiento especial de fiscalización continua, reúne características propias que a nuestro juicio responden a las exigencias que los principios y normas ambientales imponen al Estado.

Por ello, es importante analizar, sin desconocer la tutela judicial consagrada por los Pactos Internacionales y nuestra Constitución, si estas medidas preventivas pueden ser alcanzadas por los procesos cautelares con similar análisis de los requisitos de admisibilidad que efectúan los jueces para proteger a los particulares de las decisiones del poder administrador.

II. CONCLUSIÓN

Creemos, como ya lo adelantáramos, que el estudio no puede ser el mismo. Los presupuestos para el otorgamiento del remedio cautelar cuando se analiza la voluntad administrativa en resguardo del ambiente, deben ser estudiados, teniendo en cuenta: en primer lugar el carácter de derecho humano fundamental otorgado al ambiente que implica la posibilidad de restringir otros derechos, a trabajar, de propiedad, de ejercer industria lícita, etc., en resguardo de aquél¹⁷⁹,

¹⁷⁹ "Se considera que el derecho al ambiente es un derecho de superposición de los derechos preexistentes y que, por lo tanto, justifica restricciones a otros derechos, como por ejemplo, el de propiedad, de comercio e industria, a trabajar, etcétera que se relaciona con la calidad de vida (ambiente sano, apto para el desarrollo humano, etc.). Por ello no



impone al juez el riguroso cuidado de analizar si el derecho individual prima sobre el colectivo y esta concesión, consideramos que sólo puede otorgarla con la certeza técnica de que la actividad desarrollada por el particular es inocua, de lo contrario, cualquier potencialidad de riesgo al ambiente torna procedente el accionar preventivo de la Administración.

En segundo lugar, los potenciales daños al ambiente traen ínsita la noción de urgencia, ante cualquier eventualidad que pueda perjudicar al ambiente o a las personas por los daños causados al mismo debe actuarse con premura, por ello la medida judicial que analiza el peligro en la demora no puede ponderar la demora de un derecho individual por encima del derecho colectivo al ambiente.

No desconocemos que el contralor judicial debe existir cuando cualquier individuo lo requiera y éste debe analizar la legalidad y razonabilidad de la decisión administrativa, pero si estimamos que los valores jurídicos han cambiado con el derecho ambiental que importan una nueva escala de relevancia en el que el derecho humano y fundamental al ambiente debe primar.

Este devenir en el cual el particular obtuvo, paulatinamente, muchas herramientas para detener el poder público, ahora aparece desandado en estas concepciones que estamos analizando: en las cuestiones ambientales las normas procedimentales

puede dudarse de que se trata de un derecho humano, de lo cual puede aseverarse que tiene las características de estos derechos: es *inalienable e imprescriptible*. HUTCHINSON, Tomás, AAVV, "Daño Ambiental", Tomo II, ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, pág. 361.

endurecen la potestad administrativa de aplicar medidas preventivas y las normas procesales acotan la discrecionalidad jurisdiccional para otorgar cautelares y tornar meramente enunciativas aquellas. El círculo ha recuperado su virtud.

**“LOS INSTRUMENTOS PARA LA
TUTELA DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES EN ESPAÑA Y EN
ITALIA.
LA PREVISIÓN Y LA AUSENCIA DEL
AMPARO CONSTITUCIONAL¹⁸⁰”**

***“THE PROTECTIONS OF FUNDAMENTAL
RIGHTS IN SPAIN AND ITALY.
THE FORECAST AND ABSENCE OF THE
AMPARO CONSTITUCIONAL”***

Dña. María Bazzini

Estudiante de la Universidad de Burgos

Resumen: El artículo es el resultado del análisis de los dos diferentes sistemas de tutela de los derechos fundamentales que proporcionan, respectivamente, el derecho español e italiano. Por un lado, un ordenamiento que prevé el recurso directo de amparo, instrumento de protección cuya importancia no es solo jurídica sino también social; por el otro la elección,

¹⁸⁰ Un agradecimiento especial al Profesor González López por su ayuda, colaboración y soporte en cada momento de la redacción de este trabajo.



ponderada y muy discutida, de un sistema que no prevé ninguna posibilidad de un recurso directo al Tribunal Constitucional. La comparación no demuestra que un sistema es más garantista que el otro, pero puede proporcionar observaciones interesantes y útiles en una perspectiva de reforma y de mejora (teniendo en cuenta que la eficacia de las mismas está fuertemente vinculada a la interpretación y aplicación por parte del Tribunal Constitucional).

Palabras clave: Recurso de amparo, Tutela de los derechos fundamentales, Amparo Constitucional, Tribunal Constitucional, Ley Orgánica 6/2007, Recurso directo e indirecto

Abstract: The article analyses the two different fundamental rights protection systems that are provided by Spanish and Italian Constitutions. On one hand, the prevision of a direct *recurso de amparo*, an instrument of protection whose importance is not only legal but also social; on the other, the highly disputed choice of a system which does not provide for any possibility of direct recourse to the Constitutional Court. The comparison does not show that one system is more guaranteeing than the other, but it provides interesting and useful observations in a perspective of reform and improvement of the system. Taking into consideration that the effectiveness of a reform is strongly linked to the interpretation and application given by the Constitutional Court.

Key words: Protection of fundamental rights, Constitucional Court

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.

II. EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.

1. El sistema de tutela de los derechos fundamentales en la constitución: amparo judicial y constitucional.

A) El amparo judicial.

2. El recurso de amparo constitucional.

A) La necesidad de una reforma del amparo constitucional.

III. EL ORDENAMIENTO ITALIANO.

1. El recurso de amparo en la constitución de la república italiana.

2. El debate doctrinal tras la aprobación de la constitución y las propuestas de reforma del art. 134.

IV. REFLEXIONES Y CONCLUSIONES.

1. ¿Es un sistema mejor que el otro?

V. BIBLIOGRAFÍA.



I. INTRODUCCIÓN

La elección del recurso de amparo y el enfoque elegido para el presente artículo derivan de la conversación mantenida con el profesor en el momento de la selección del tema, que motivó que se me suscitara la curiosidad de comprender el papel de esta institución en el ordenamiento español y las razones de la ausencia de este instrumento tan garantista en la Constitución italiana de 1948.

En primer lugar, el artículo se centra en el análisis de la disciplina del ordenamiento español: a partir del texto Constitucional se aborda la estructura del sistema de tutela de los derechos fundamentales en el diseño del Constituyente, que se caracteriza por la previsión del amparo judicial y del amparo constitucional, y su efectiva aplicación después de 40 años de funcionamiento del Tribunal Constitucional (TC en adelante).

Se otorga una importancia particular al estudio de la reforma aprobada en 2007 que ha influido, o intentado influir, en la función del Tribunal y del amparo para reducir el número de recursos.

En el apartado tercero, después de una breve exposición del sistema italiano de protección de los derechos fundamentales, se analiza el debate entre los constitucionalistas (tanto dentro de la Asamblea Constituyente, como posteriormente entre los exponentes de la doctrina) con la intención de comprender las motivaciones que han llevado a excluir del sistema de tutela y garantía de los derechos fundamentales el amparo constitucional; a pesar de que muchas veces se haya discutido sobre la

posibilidad y la conveniencia de la introducción del mismo.

Como conclusión del análisis efectuado, se desprende que las peculiaridades de cada sistema de protección deben su origen a razones históricas y, a lo largo del tiempo, se han arraigado a la cultura jurídica y al sentimiento común. Eso determina cierta resistencia al cambio y lentitud en la aprobación y aplicación de reformas.

II. EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

1. El sistema de tutela de los derechos fundamentales en la constitución: amparo judicial y constitucional

El 6 de diciembre de 1978 se aprueba la Constitución española (CE en adelante) que marca el retorno de la democracia y el término de la dictadura franquista. Como en muchas otras Constituciones continentales que se habían aprobado después de regímenes dictatoriales a lo largo del siglo XX, se trata de una Constitución rígida y que prevé mecanismos de salvaguardia del orden constitucional y de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Como había ocurrido en Italia unos años antes, la desconfianza en los jueces formados bajo la dictadura llevó a la previsión de un sistema de control de constitucionalidad concentrado y reservado a un órgano *ad hoc*: el Tribunal Constitucional. El artículo 161 CE



enumera sus múltiples atribuciones¹⁸¹. Se asignan las tres funciones típicas de los Tribunales Constitucionales: el control de la conformidad de las leyes a la Constitución, la tutela de los derechos fundamentales y la resolución de los conflictos entre Estado y Comunidades Autónomas.

La previsión de un recurso de amparo (apartado b) no constituye una auténtica novedad del nuevo texto constitucional. De hecho, el antecedente histórico del actual recurso de amparo constitucional se encuentra en la Constitución Republicana de 1931, cuyo artículo 121 disciplinaba la posibilidad de presentar al Tribunal de Garantías Constitucionales un "recurso de amparo de las garantías individuales cuando hubiera sido ineficaz la reclamación frente a otras autoridades". La previsión de esta institución, a principios del siglo XX, había sido determinada por la influencia del sistema austriaco de justicia constitucional (con su *Beschwerde*) y como reacción a la dictadura de Primo de Rivera. Sin embargo, al momento de la aprobación del texto

¹⁸¹ Artículo 161 CE: "1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.

c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.

d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas".

constitucional en 1978, no faltaron opiniones contrarias a la introducción del recurso de amparo y más favorables, para la tutela de los derechos de los sujetos, a un fortalecimiento del Poder Judicial, como la del senador Lorenzo Martín-Retortillo¹⁸².

Dentro del sistema de tutela judicial de la Constitución, los "Padres de la Constitución" introdujeron otro instrumento para la tutela de los derechos fundamentales: el amparo ordinario. Así, el artículo 53.2 CE prevé: *"Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30"*. Se trata de una forma de tutela que la Constitución define como preferente y sumaria, para subrayar la prioridad y la necesaria rapidez en el trato de los asuntos, en virtud de su importancia para el ordenamiento.

Del análisis del debate que se produjo en las Cortes Constituyentes para determinar la redacción del artículo 53 CE se desprende que las palabras *"en su caso"* se añadieron a la conjunción *"y"* después de la aprobación de la enmienda presentada por el senador Angulo

¹⁸² *"Pienso que se puede obturar con facilidad el funcionamiento de un tribunal recargándolo, haciendo que se acumule el papel y haciendo, en definitiva, que sea ineficaz"* fue su intervención que se encuentra en los Diarios de sesiones del Senado nº46 de 30 de agosto de 1978 (p. 2114) en la enmienda al art. 48 párr.2 y también en su libro *Materiales para una Constitución*, Madrid, Akal, 1984, págs. 193ss.



Montes para que las dos formas de tutela se refirieran a asuntos distintos sin posibilidad de solapamiento (la individuación de los diferentes ámbitos de aplicación habría debido ser efectuada por una Ley Orgánica posterior). Sin embargo, el sistema que se aprecia hoy y que es el resultado de años de interpretación y aplicación de la normativa no coincide totalmente con el planteamiento de los Constituyentes, ni podría ahora corresponderse, en la medida en que el amparo constitucional ha llegado a considerarse elemento esencial de la tutela de los derechos y sería inimaginable limitar esta garantía solo para algunos de ellos¹⁸³.

Vamos a analizar cómo ha evolucionado durante los años el sistema de tutela de los derechos diseñado en la Constitución.

A) El amparo judicial

La previsión constitucional del amparo judicial necesitaba, para no quedar incumplida, de una regulación más detallada y específica establecida por parte del Parlamento. Dicha regulación fue adoptada, poco después de la entrada en vigor del texto constitucional, a través de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, del Real Decreto Legislativo 342/1979, de 20 de febrero, sobre ampliación del ámbito de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, y la disposición transitoria 2ª de la Ley

¹⁸³ Así, se había propuesto establecer la imposibilidad de utilizar el recurso de amparo constitucional para violaciones de la tutela judicial efectiva (art 24 CE) y de la igualdad (art 14 CE), con el objetivo de reducir el número de los recursos. En este sentido Jiménez Conde (1990).

Orgánica 2/1979, 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC en adelante). Al principio se preveían tres diferentes formas de amparo judicial (una civil, una penal y una contencioso-administrativa), todas caracterizadas por la reducción de los plazos (en comparación a los del procedimiento ordinario), por la supresión de trámites y por la eliminación de las formalidades superfluas. Hoy, la regulación contenida en la ley 62/1978 ha sido derogada, y con referencia a los asuntos penales y civiles la especialidad se reduce simplemente a una forma diferente de tramitación (aplicándose, en general, la disciplina ordinaria).

Las razones de la pérdida de importancia de estos procedimientos especiales ha de buscarse en la incapacidad de encontrar una función que sea propia de esta forma de tutela judicial. Como ya se ha subrayado anteriormente y es inevitable, los motivos que determinaron la inserción del amparo judicial deben buscarse en la especial importancia de la materia de la tutela de los derechos fundamentales y las libertades públicas: mediante esta forma de amparo, el Poder Judicial está obligado a la aplicación y a la tutela de estos derechos. Sin embargo, a lo largo del tiempo la tutela de derechos y libertades se ha integrado en los procedimientos ordinarios y el amparo judicial a través de procedimientos especiales se ha venido quedando en la práctica sin ámbito de aplicación (Carrasco Durán, 2007: 172)¹⁸⁴.

Hasta hace unos años la necesidad de restituir un papel y una función al amparo ordinario no se advertía

¹⁸⁴ *“la práctica de los procesos preferentes y sumarios se ha quedado muy lejos del potencial que pudiera derivarse de unos procedimientos destinados específicamente a la protección de los derechos fundamentales”.*



como algo necesario, en la medida en que no había “vacíos de tutela” en el ordenamiento. Sin embargo, la nueva reforma del amparo constitucional aprobada en 2007, que se propuso objetivar la función de tutela de los derechos fundamentales que se atribuye al TC, podría determinar el surgir de un nuevo ámbito de aplicación para los procedimientos especiales del art. 53.2 CE.

De hecho, después de la introducción de los nuevos requisitos para el acogimiento de los recursos al TC habrá muchos recursos, y de hecho ya hay, que serán rechazados (puesto que el número de apelaciones no va a disminuir debido a la indudable importancia y confianza, de la sociedad española, en el recurso de amparo¹⁸⁵). Por lo tanto, en la doctrina hay quien sugiere que estos recursos que carezcan de la especial trascendencia constitucional (por no ser novedosos, por falta de interés doctrinal o práctico...) puedan constituir el objeto del recurso de amparo judicial ordinario; de esta manera, además se recuperaría el sentido originario, según la interpretación de parte de la doctrina, del art.53.2 CE atribuyendo ámbitos de aplicación diferenciados a las dos formas de amparo¹⁸⁶. Esta posibilidad ha sido planteada por la doctrina en un momento en que el texto de reforma aún no había entrado en vigor (Carrasco Durán, 2007: 175 ss); sin embargo, aunque en la práctica se siga intentando

¹⁸⁵ Constituyen una prueba los números elevados de impugnaciones frente al Tribunal Constitucional.

¹⁸⁶ Y quizás una vez establecidos los ámbitos de competencia podría efectivamente reducirse el número de recursos que atascan el Tribunal Constitucional.

acceder a la tutela que ofrece el amparo constitucional, creo que la propuesta sigue siendo válida¹⁸⁷.

2. El recurso de amparo constitucional

En el texto constitucional existen unos artículos que regulan los aspectos fundamentales del Tribunal y de sus poderes, en tanto el artículo 165 CE remite a una Ley Orgánica la regulación del *“funcionamiento (..), el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones”*.

Los preceptos que regulan específicamente el recurso de amparo se encuentran en la LOTC, modificada en diversas ocasiones, dentro del título III que lleva por rúbrica *“Del recurso de amparo constitucional”* (artículos 41 y ss)¹⁸⁸.

El artículo 41 LOTC aclara el ámbito de aplicación del recurso: serán susceptibles de amparo constitucional solo los derechos y libertades fundamentales reconocidos en los artículos de 14 a 29 CE frente a violaciones ocasionadas por actos u omisiones de los poderes públicos (del Estado, de las

¹⁸⁷ Sin perjuicio de su interdependencia absoluta con una interpretación establecida de los nuevos requisitos introducidos por la reforma de 2007 para la admisión del recurso de amparo constitucional.

¹⁸⁸ La última reforma tuvo lugar por la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho.



Comunidades Autónomas y de cualquier otro ente público).

En los preceptos siguientes se introducen diferencias procedimentales en función del tipo de acto que se impugna. En caso de decisiones o actos sin valor de ley emanados de las Cortes Generales, sus órganos o las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, el recurso tiene que ser interpuesto dentro del plazo de tres meses desde que dichos actos sean firmes (artículo 42 LOTC); en caso de actos, decisiones u omisiones del Gobierno o de sus funcionarios, dentro del plazo de veinte días desde la notificación de la resolución del previo proceso judicial (artículo 43 LOTC); en caso de actos u omisiones de un órgano judicial, siempre que se haya denunciado la violación durante el proceso y que se hayan agotado los medios de impugnación, dentro del plazo de treinta días desde la notificación de la resolución del proceso judicial (artículo 44 LOTC). Salvo en el caso de actos de las Cortes (u otros órganos) legislativos siempre se requiere que se haya agotado la vía judicial, para subrayar el carácter subsidiario del recurso de amparo respecto de la resolución del asunto por el Poder Judicial.

De manera conforme a cuanto prevé la CE, la legitimación para interponer recurso de amparo se reconoce a toda persona física o jurídica (siempre sea directamente afectada por el acto o que haya sido parte en el proceso judicial), al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal.

Con referencia a la tramitación del recurso, la disciplina fue objeto de una importante reforma con la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

A) La necesidad de una reforma del amparo constitucional

A principios del siglo se hizo evidente que era preciso efectuar una reforma del recurso de amparo. En la base de la necesidad de introducir unos cambios radicales en la regulación de esta institución estaba el número exagerado de recursos, que impedían la resolución ágil de los asuntos (que tardaban hasta 5 años, 9 en caso de pronunciamiento del Pleno) y que dificultaban al Tribunal llevar a cabo sus otras importantes funciones.

La necesidad fue advertida tanto por la doctrina, como por los mismos miembros del Tribunal, y de hecho la reforma fue impulsada e inspirada por un borrador presentado por Magistrados y Letrados del Tribunal¹⁸⁹.

La doctrina había escrito mucho sobre las posibilidades que se le presentaban al legislador a la hora de introducir la reforma. Entre las propuestas que se habían planteado estaba intervenir en la estructura del Tribunal, excluir algunos derechos del ámbito de aplicación del amparo constitucional, dificultar la posibilidad de interponer el recurso, potenciar el papel de la jurisdicción ordinaria e introducir un procedimiento parecido al "*writ of certiorari*" estadounidense (como ya había hecho Alemania para solucionar un problema parecido al de España) (Espinoza Díaz, 2010: 4-11).

La reforma de la composición, como el aumento del número de los miembros del TC o la creación de una

¹⁸⁹ VV.AA. "Borrador de la reforma de la LOTC mayo 1998", *Teoría y Realidad Constitucional*, 1999, nº4, págs. 415-434.



“Sala del Amparo Judicial” para las apelaciones en caso de violación del artículo 24 CE fueron consideradas medidas no resolutorias. La hipótesis de exclusión de algunos derechos o algunos actos de los poderes públicos del alcance de tutela del amparo constitucional habría sido una medida seguramente eficaz (en la medida en que iba a influir directamente sobre el número de recursos), pero posiblemente inconstitucional y además socialmente inaceptable. La base que utilizaba la doctrina para fundamentar esta posibilidad eran las palabras “*en su caso*” del artículo 53.2 CE (Carrasco Durán, 2007: 148ss; Jimenez Conde, 1990: 187-193). Sin embargo, excluir la tutela del amparo para la violación de un derecho tan importante como el 24 CE, a la tutela judicial efectiva (cuya violación representa la absoluta mayoría de las alegaciones en los recursos), estaría en contra, según acreditada doctrina, de las disposiciones constitucionales y seguramente del papel de garante de los derechos fundamentales de los particulares frente a las actuaciones de las autoridades públicas (Fernández Farres, 1994:12-14). Las posibilidades que más se tomaron en consideración fueron las últimas dos. Con referencia a la potenciación de la jurisdicción ordinaria, algunos autores valoraron la necesidad de “dar nueva vida” al amparo judicial para que el amparo constitucional tuviera un papel subsidiario y excepcional¹⁹⁰. Pero, frente a ello, otros autores lo consideraron una medida ineficaz en la medida en que

¹⁹⁰ De hecho, la intención de reforzar la tutela judicial determinó la aprobación de la LO 5/1997 que introdujo el incidente de nulidad de actuaciones, y la introducción de un instrumento parecido al *writ of certiorari* con unas matizaciones subjetivas (así como había ocurrido en Alemania) ha inspirado la reforma de 2007. (Espinoza Díaz, 2010: 4-11).

siempre habría sido necesario mantener la posibilidad de impugnar las decisiones de los jueces ordinarios frente a violaciones de los derechos fundamentales (Aragón Reyes, 2004:163-165).

La introducción de una objetivación ha sido la solución que ha sido elegida por el Legislador y que se encuentra en la Ley Orgánica 6/2007¹⁹¹. Entre los objetivos de dicha reforma se propuso el de *"dotar el amparo de una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente para cumplir con los objetivos constitucionalmente previsto para esta institución"* (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2007, punto III).

La principal causa de la inflación de los recursos de amparo se estimó atribuible a la distorsión del propósito original del instituto (*ratio*). La finalidad y el papel del recurso de amparo, originariamente, fueron aclarados por el mismo Tribunal dentro de su Sentencia 1/1981, de 26 de enero: no simplemente la protección de los derechos fundamentales de los sujetos en su faceta subjetiva y particularista, sino también la tutela de la misma Constitución en su alcance general y el interés público de su respeto¹⁹². Sin embargo, a lo largo

¹⁹¹ La modificación se ha inspirado en la reforma aprobada en Alemania, aunque en España no se haya introducido expresadamente el requisito de la *"especial relevancia para el demandante"* como matización subjetiva del *certiorari*.

¹⁹² *"La finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades que hemos dicho, cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias. Junto a este designio, proclamado en el art. 53.2, aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este*



de los años de actividad del TC se puso de manifiesto el claro predominio de la función subjetiva (es decir de protección de derechos y libertades de los particulares) sobre la función objetiva de defensa del Texto Constitucional y sus principios¹⁹³.

Por lo tanto, para hacer más rápida la decisión del Tribunal y para reconducir la institución a su función originaria, la reforma ha añadido un nuevo requisito, necesario para que un recurso pueda ser admitido, cuya finalidad es la objetivación del recurso de amparo: se trata de la necesaria "especial transcendencia constitucional del recurso". Para la apreciación de este nuevo requisito el legislador ha precisado que el TC tiene que atender a dos parámetros: la importancia de la cuestión para la interpretación de la Constitución, su aplicación o eficacia general y la importancia para determinar contenido y alcance de los derechos fundamentales.

La introducción del requisito, indudablemente atribuye un enorme margen de discrecionalidad al Tribunal en la elección de los recursos sobre los cuales

modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular".

¹⁹³ Como afirma Fernández Segado (2008: 86), "La desnaturalización del recurso de amparo constitucional en nuestro país ha sido la resultante de la visión de este instituto procesal como un instrumento adicional a sumar a los diferentes instrumentos procesales de tutela de los derechos fundamentales, es decir, lejos de visualizarse como un mecanismo extraordinario de protección al que solo puede acudir en casos muy específicos, de auténtica y grave lesión de bienes constitucional, se ha concebido como una instancia más, la última en plano interno, en el procedimiento de tutela de los derechos".

pronunciarse. Sin embargo, esa discrecionalidad no es en sí misma una característica necesariamente negativa. Bien al contrario, es el único mecanismo que permite al TC ser consciente de su papel asumirlo (Urías Martínez, 2014: 76). Por lo tanto, lo más importante para que la reforma consiga los objetivos auspiciados es cómo utilice el Tribunal la discrecionalidad atribuida, evitando que, para reducir el número de recursos, llegue a transformarla en arbitrio.

Según algunos, la formulación abierta es importante porque deja la posibilidad, aunque el nuevo amparo sea caracterizado por la objetivación, de *"propiciar una cierta atención, siquiera sea en casos que se presentan como excepcionalmente graves, al elemento subjetivo"*, para no abandonar definitivamente la función que el recurso de amparo ha tenido durante muchos años (Fernández Segado, 2007: 89, 101-103). Hubo también autores que rebajaron la importancia del cambio, considerándolo inadecuado para solucionar el problema de la inflación de asuntos pendientes frente al Tribunal, creyendo que simplemente iba a determinar la introducción, dentro de los recursos, de un apartado para justificar la trascendencia constitucional sin reducir el número de estos (García Manzano, 2006: 102). Algunos exponentes de la doctrina atacaron la reforma de manera indirecta criticando el uso de su nueva discrecionalidad por parte del TC, afirmando que la labor interpretativa y argumentativa de los años inmediatamente sucesivos a la aprobación en 2007, que debería haber aclarado el significado y el alcance de la reforma para ayudar a los operadores jurídicos y a los abogados frente a las novedades introducidas, se ha caracterizado por un *"hermetismo absoluto"*, cambios de criterios y de reconstrucciones imprevisibles e injustificados; de esta manera *"el criterio del Tribunal*



Constitucional no puede ser sometido a valoración ni crítica de ningún tipo, por la simple razón de que no es posible acceder al mismo” (Urías Martínez, 2014: 73-94).

Otra modificación novedosa ha afectado a la formulación del artículo 50 LOTC. Frente al sistema anterior de causas o supuestos de inadmisión tasados, actualmente el juicio de admisibilidad se contempla en positivo: el Tribunal ha pasado de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión (que supone la excepcionalidad de la inadmisibilidad) a comprobar la existencia de una relevancia constitucional en el recurso. Hay quien ha interpretado este cambio como un *“mandato más o menos implícito del legislador (...) inequívocamente restrictivo de la admisión”* (Fernández Segado, 2007: 89, 107). Y el Tribunal parece haberse conformado al propósito del legislador: en los primeros años sucesivos a la aprobación de la reforma se aplicó una interpretación muy formalista y cerrada de los requisitos necesarios para la admisión de los recursos de amparo y, de hecho, las providencias de inadmisión dictadas por el Tribunal crecieron de manera muy relevante (gracias, además, a la posibilidad de una motivación menos exhaustiva)¹⁹⁴.

A pesar de los efectos inmediatos de la reforma, la previsión de la necesidad que la demanda justifique su especial transcendencia constitucional, alejándose de una interpretación literal del artículo 49.1 LOTC y, por lo contrario, leyéndose junto al intento de objetivación del recurso de amparo, podría llevar a la consecuencia, opuesta y auspiciada, de permitir una selección, entre los muchos recursos de amparo que se interponen, de

¹⁹⁴ Se pasa de 7.375 asuntos inadmitidos en 2006 a 12.507 en 2008 y 13.031 en 2009.

los más relevantes, aunque las partes no hubiesen justificado su demanda de manera apropiada, simplemente en virtud de la relevancia del asunto¹⁹⁵.

Cuando el recurso supera el filtro de la admisibilidad, la Sala o la Sección se pronuncia en una sentencia otorgando o denegando el amparo. En caso de otorgamiento, el artículo 55 LOTC prevé los pronunciamientos que se podrán formular en la sentencia.

Con referencia a sus efectos, tiene valor de cosa juzgada y no cabe recurso contra ella.

III. EL ORDENAMIENTO ITALIANO

1. El recurso de amparo en la constitución de la república italiana

Pasamos a analizar el ordenamiento italiano y sus disposiciones que regulan las actividades del TC como garante de la Constitución Italiana (CI en adelante).

Lo primero que se puede apreciar es que, a diferencia del ordenamiento español, no se prevé un recurso de amparo como recurso directo que los ciudadanos pueden utilizar para impugnar un acto y solicitar el pronunciamiento del TC frente a lesiones de

¹⁹⁵ Así, por ejemplo, en palabras de Fernández Segado (2007: 94) *“En cualquier caso, a nuestro entender, una exigencia del principio de objetivación es que las Secciones o las Salas admita a trámite aquellos recursos en los que haya una apariencia de transcendencia constitucional, al margen de que la misma no se infiera de una hipotética mal fundamentada demanda. Lo contrario no dejaría de ser un formalismo enervante”*.



derechos fundamentales que se tutelan en la Constitución. Solo se prevé la posibilidad que el Tribunal se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de leyes y sobre "conflictos de atribución" entre Poderes del Estado y entre el Estado y las Regiones.

Sin embargo, la cuestión sobre la necesidad de la introducción de un recurso de amparo ha sido al centro de mucho debate en doctrina, tanto al momento de la aprobación de la Constitución en la Asamblea Constituyente, como sucesivamente en sede de debate para la redacción de propuestas de modificación del Texto Constitucional.

El texto vigente de los artículos de la CI que interesan a efectos del presente trabajo, que regulan la *Corte Costituzionale*, es el siguiente:

"Art. 134

El Tribunal Constitucional juzgará:

a) sobre las controversias de legitimidad constitucional de las leyes y de los actos, con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones;

b) sobre los conflictos de competencia entre los poderes del Estado y sobre los que surjan entre el Estado y las Regiones y los de las Regiones entre sí;

c) sobre las acusaciones promovidas contra el Presidente de la República, conforme a las normas de la Constitución".

Y

"Art. 137

Una ley constitucional establecerá las condiciones, las formas, los plazos de interposición de los recursos de legitimidad constitucional y las garantías de independencia de los magistrados del Tribunal.

Se establecerán por ley ordinaria las demás normas necesarias para la constitución y el funcionamiento del Tribunal.

Contra las decisiones del Tribunal Constitucional no se dará apelación”.

Es evidente que, el debate que se ha producido sobre la cuestión, se ha concluido considerando no necesaria la introducción de un recurso directo de amparo.

Frente a los dos regímenes diametralmente opuestos elegidos por los Constituyentes de los dos países, resulta interesante analizar las consideraciones de la doctrina italiana y las razones que han llevado a la postura que se plasma en la CI.

Antes de la vigente CI, en el ordenamiento italiano la norma fundamental era el *Statuto Albertino*, una “Constitución flexible” que podía ser modificada mediante una simple ley aprobada por el Parlamento. En esta fase se preveía un control de constitucionalidad difuso, es decir cualquier juez podía syndicar la conformidad a la constitución de una ley, con efectos *incidenter tantum*.

Los acontecimientos históricos del siglo XX empujaron un profundo cambio: surge la necesidad de Constituciones rígidas que constituyan un límite para los Parlamentos y una garantía para los ciudadanos. La Constitución de la República Italiana de 1948 constituye un ejemplo de estas.

Para que una Constitución pueda definirse rígida es necesario que existan medidas que permitan comprobar el respeto de las disposiciones fundamentales por parte las leyes, para que se eliminen del ordenamiento



aquellas normas que sean inconstitucionales. Los “padres constituyentes”, no sin debate y oposiciones dentro de la Asamblea Constituyente, pero en línea con la mayoría de los países europeos, para llevar a cabo este control acordaron la creación de un órgano *ad hoc*, el TC¹⁹⁶.

Sin embargo, y esto es lo que más nos interesa, hubo mayores divergencias, y por lo tanto más debate, a la hora de determinar las atribuciones del TC, las modalidades para acceder a este órgano y solicitar su pronunciamiento.

La primera propuesta que hizo el ponente PIERO CALAMANDREI se caracterizaba por prever una doble forma de acceso: una primera forma de control por vía incidental, con la previsión de la posibilidad que cada juez se pronunciara con eficacia *inter partes*, salvada la facultad de apelar la decisión hasta el pronunciamiento definitivo del TC, y una segunda forma de control por vía directa o principal para que cada ciudadano pudiese impugnar una ley considerada inconstitucional directamente frente al TC. En caso de ilegitimidad la ley se devolvería al Parlamento para que decidiera modificarla o modificar la Constitución.

Tras este primer planteamiento empezó el debate en la Subcomisión. Entre los aspectos más criticados se hallaba la atribución del control directamente a los jueces, la escasa eficacia de las sentencias del TC y la atribución de la legitimación del poder de impugnar las leyes directamente a todos los ciudadanos,

¹⁹⁶ Contra la institución de un Tribunal que pudiera sindicarse las leyes del Parlamento se pronunciaron los exponentes del *Partido Socialista* -PIETRO NENNI, PALMIRO TOGLIATTI- que estaban en contra de la posibilidad de que un órgano anulara las leyes aprobadas por los representantes del pueblo.

prefiriéndose la concentración en las manos de un número reducido de sujetos, a causa del temor de que se pudiese impugnar una ley para defender intereses particulares¹⁹⁷.

A finales de noviembre de 1947 la Subcomisión aprobó un artículo, para proponerlo a la entera Asamblea Constituyente, cuyo texto preveía:

Párr.1) La posibilidad de un recurso al TC en vía incidental cuando, durante un proceso, las partes (o el juez *ex officio*) adujeran la inconstitucionalidad de una ley y el juez la considera no manifiestamente infundada;

Párr. 2) La posibilidad de un recurso en vía directa planteado por parte del Gobierno, de 50 diputados, de un *Consiglio Regionale*, de 10.000 electores y otros órganos previstos por una sucesiva ley constitucional;

Párr. 3) En caso de pronunciamiento de inconstitucionalidad por parte del TC, que la ley perdiera su eficacia y su texto fuera presentado al Parlamento para que pudiera modificarlo.

La modalidad prevista para el recurso directo por parte de los electores demuestra cómo el instituto fuese asimilado a una forma de democracia directa más que a un instrumento de tutela de los derechos de los ciudadanos (Mezzanotte, 1979: 11).

Una vez más dentro de la Asamblea Constituyente se produjo un gran debate sobre la formulación de este artículo y, a pesar de que hubo propuestas de

¹⁹⁷ On. Leone Giovanni, intervención en la segunda Subcomisión del 15 enero 1947 y Onn. Cappi, Mannironi y sucesivamente Calamandrei, *ibidem*.



exponentes ilustres de la doctrina que estaban en favor de la introducción de un recurso directo para reaccionar a lesiones de derechos, frente a la imposibilidad de poner de acuerdo las diferentes opiniones en este asunto dentro del plazo para la aprobación de la Constitución, se decidió remitir la regulación de la materia a una ley constitucional sucesiva aprobando, de hecho, la enmienda del On. Arata¹⁹⁸. La cuestión se había pospuesto, según algunos, en un intento de encubrir el recurso directo al TC.

En el proyecto presentado a la Asamblea Constituyente para la aprobación se había introducido otra forma de tutela de los sujetos frente a posibles abusos de los poderes públicos: el artículo 50, que preveía *“Cuando los poderes públicos violan las libertades y los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, la resistencia a la opresión es un derecho y deber del ciudadano”* (garantía que, según la mayoría, podía tutelar frente a decisiones del mismo TC, el cual podía ser asimilado a un poder público). Sin embargo, la mayoría no era favorable a la inserción dentro de la Constitución del derecho a la resistencia, por el temor de posibles derivas, y en consecuencia el artículo no fue aprobado.

Antes de que se acabara el mandato de los Constituyentes fue necesaria la aprobación de una ley constitucional para regular los recursos al TC; de hecho, la formulación aprobada del artículo 137 CI se veía sustancialmente privada de contenido y con ello

¹⁹⁸ *“Il ricorso per illegittimità costituzionale può essere prodotto direttamente innanzi alla Corte costituzionale nel termine che sarà fissato dalla legge, da chi pretenda direttamente leso dalla norma un suo diritto o interesse legittimo”*, On. Mortati, intervención en la Asamblea constituyente el 2 de diciembre de 1947.

carente de eficacia la garantía de un control de tutela de los valores y los derechos previstos en la Constitución. La necesidad de respetar los plazos y de permitir que el Tribunal funcionara desde el comienzo de la actividad del nuevo Parlamento llevaron a la aprobación de la Ley Constitucional 1/1948, de 9 de febrero, "Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale" de forma muy rápida, sin abrir nuevamente el debate y simplemente previendo las modalidades respecto de las cuales había mayor consenso: el recurso incidental, sin plazo, y el recurso directo solo para las leyes que no respetasen el reparto de competencia entre Estado y Regiones y entre Regiones.

No faltaron críticas y comentarios negativos por parte de exponentes de la doctrina que habían participado a la redacción de la Constitución, que expresaron su "*impressione di trovarsi in una casa in cui piove*" para subrayar el estado incompleto y la imperfección del diseño Constitucional en una materia tan importante como es la tutela de la Constitución (On. Calamandrei durante la intervención a la Cámara de los Diputados, 28 de noviembre 1950).

Para que el nuevo órgano empezara su actividad se necesitaba la aprobación de normas que regulasen, de forma más específica, su funcionamiento. Durante esta fase, inmediatamente sucesiva a la aprobación de la CI, la disposición transitoria VII preveía que el control fuese ejercitado directamente por los jueces con eficacia limitada al caso particular (*incidenter tantum*). La fase transitoria fue muy larga y el TC no entró en funcionamiento hasta abril de 1956 (después de la aprobación de la ley 87/1953, de 11 de marzo), y



durante sus primeros años de funcionamiento el número de sentencias dictadas fue muy escaso¹⁹⁹.

Durante estos primeros años el control sobre las leyes fue muy reducido, en parte por la rigidez del Poder Judicial formado bajo el principio de la sumisión a la ley, pero sobre todo por la distinción, introducida por la *Corte di Cassazione*, entre normas de la Constitución preceptivas y normas programáticas (Cass. Penale SSUU de 7 de febrero 1948 y de 10 de abril 1948). Solo las primeras se consideraban directamente aplicables y dirigidas a los ciudadanos, mientras que las segundas se consideraban dirigidas al Legislador para la formulación de leyes de desarrollo; por lo tanto, solo la violación de las primeras (que además se consideraban muy pocas dentro del texto Constitucional) podía legitimar un recurso de inconstitucionalidad. Aunque la doctrina (entre todos CRISAFULLI, y sobre todo los exponentes que habían participado a la redacción de la Constitución), rechazaba la falta de preceptividad de las normas programáticas, los tribunales ordinarios se conformaron al dictamen de la *Corte di Cassazione* y el control difuso en estos años se redujo al mínimo²⁰⁰.

¹⁹⁹ Tanto que hubo quien imaginaba que la época de la justicia constitucional se habría acabado debido a la falta de materia prima. PALADIN L., Discorso celebrativo dei trent'anni della corte costituzionale.

²⁰⁰ "La distinzione tra norma costituzionale precettiva (e cioè di immediata applicazione) e norma programmatica (e cioè rivolgentesi solo al legislatore) è stata intesa dalla nostra giurisprudenza in modo da far rientrare tra queste ultime la maggior parte delle norme costituzionali [...]. E' stata certo questa una delle principali cause della mancata attuazione della nostra costituzione", (Pallieri Balladore, 1953: 115).

El 11 de marzo de 1953 se aprueba, como se ha indicado, la ley 87/1953 "*Norme sulla Costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzionale*". En el artículo 23 se encuentra la regulación y los requisitos del recurso incidental. La ley establece que, durante un proceso frente a una autoridad judicial, las partes o el *Pubblico Ministero* (Ministerio Fiscal) pueden plantear una cuestión de legitimidad constitucional indicando al juez las leyes o las disposiciones con fuerza de ley que se consideran ilegítimas junto a los artículos de la Constitución que se creen no respetados. El juez tendrá que valorar la cuestión y la enviará al TC cuando considere que no es manifiestamente infundada y que su resolución es necesaria para la decisión de la controversia entre las partes²⁰¹. En la espera del pronunciamiento del TC, el juez tendrá que suspender el proceso.

A pesar del fracaso del control difuso atribuido a los tribunales ordinarios durante los años de la transición, se decide atribuir un papel muy relevante a los jueces, tanto que CALAMANDREI afirmará que el orden judicial y el TC viven en simbiosis, pero sin invadir los respectivos ámbitos de operatividad (en ausencia de un reenvío por parte de un juez ordinario la *Corte* no puede activar su control; sin embargo, cuando el TC haya empezado su examen sobre las leyes los jueces no podrán aplicarlas y tendrán que esperar el pronunciamiento) (Calamandrei, 1950: XII).

La cooperación necesaria del orden judicial determinó en los primeros años de funcionamiento del TC una escasa afluencia de cuestiones, debido a la desconfianza hacia el nuevo órgano y a la

²⁰¹ A pesar de la redacción del artículo los requisitos se han entendido siempre como acumulativos.



interpretación restrictiva que se daba a las disposiciones que regulaban sus competencias²⁰². Sin embargo, a lo largo del tiempo y sobre todo gracias a la labor de la *Corte* durante sus primeros años de actividad, se delineó el ámbito de operatividad y las funciones atribuidas al nuevo Tribunal. Por ejemplo, en su primera sentencia el Tribunal subraya la irrelevancia de la distinción entre normas preceptivas y programáticas para el control de constitucionalidad, ampliando mucho las posibilidades de intervención del TC (Corte Costituzionale sent. 1/1956, de 5 de junio). Este pronunciamiento fue muy importante porque los primeros 12 artículos que contienen los principios y los derechos fundamentales habían sido, hasta aquel momento, calificados como programáticos.

Actualmente la colaboración con el Poder Judicial ha llegado a ser fructífera y eficaz y su preservación constituye una de las razones por las cuales parte de la doctrina es reacia a introducir formas directas de acudir a la *Corte*. De hecho, interponer la figura del juez como árbitro para determinar que una cuestión de constitucionalidad pueda ser planteada es una elección que da testimonio de una particular configuración del control de conformidad a Constitución. Además de la voluntad de los Constituyentes y del Legislador, ha sido de especial relevancia la interpretación y la aplicación que a lo largo de los años se ha dado de las disposiciones para el actual sistema de control y de tutela de los derechos fundamentales.

El juez, en virtud de las prerrogativas que le atribuye el ordenamiento, constituye un filtro capaz de depurar la cuestión de los intereses meramente

²⁰² De hecho, el TC adoptó 34 decisiones en 1956, 129 en 1957, 83 en 1958 y 69 en 1959.

privados y de valorar los intereses públicos que subyacen. De esta manera, la necesidad que la cuestión surja durante un proceso está relacionada con la de que los intereses públicos sean tutelados no de manera generalizada y abstracta, sino de forma concreta a través del estímulo que se concreta en el proceso singular. Cambia el mismo papel que las partes pueden desarrollar durante el proceso frente al TC, en que tendrían que representar los intereses generales de la categoría a la que pertenecen (función que, sin embargo, no les interesa, y por esto la participación de los privados en los procesos frente a la *Corte Costituzionale* es muy escasa).

La colaboración con el Poder Judicial se puede apreciar también desde otro punto de vista: el TC ha valorado la labor interpretativa de los jueces ordinarios invitándoles a resolver directamente todas las dudas sobre la legitimidad de normas que pueden ser superadas mediante una interpretación conforme a Constitución o interpretación *adeguatrice* (con la finalidad de mantener separado el propio ámbito de aplicación y el del Tribunal Supremo intentando evitar conflictos entre los dos tribunales)²⁰³.

2. El debate doctrinal tras la aprobación de la constitución y las propuestas de reforma del art. 134

La falta de previsión de un recurso directo en la CI y en la Ley constitucional, en lugar de resolver los

²⁰³ Problemática que, por ejemplo, tiene gran relevancia en el ordenamiento español.



conflictos determinó un aumento del debate doctrinal en la materia. Hubo muchas conferencias organizadas a lo largo del tiempo para debatir sobre el tema, aún más a la hora de redactar las propuestas de reforma del texto constitucional desde finales del siglo XX. La mayoría de los defensores de la reforma planteaban su introducción como garantía adicional añadida al control incidental para completar la protección de la Carta Fundamental y de sus derechos fundamentales, aunque había exponentes que simplemente proponían su previsión para aquellos casos de "vacío de tutela" (SAJA). Sin embargo, a lo largo del tiempo, y a medida que la *Corte Costituzionale* perfeccionaba su actividad y sus relaciones con el Poder Judicial, tanto menos se sentía la necesidad de introducir una nueva forma de recurso ante el TC.

Es particularmente interesante la evolución en el pensamiento de CAPPELLETTI, constitucionalista que en su juventud había sido un gran defensor del recurso directo. En su edad juvenil había manifestado su admiración por el *Verfassungsbeschwerde* del sistema alemán, considerando necesario, para la existencia de un Estado de Derecho, que cualquier ciudadano pudiese impugnar un acto lesivo de sus derechos. Sin embargo, ante la evolución del sistema de control de constitucionalidad y sobre todo gracias a la previsión de la obligatoriedad de la interpretación *adeguatrice*, llegó a calificar como "carente de lagunas" el sistema italiano, considerando importante, para el eficaz funcionamiento de la justicia constitucional, que los recursos se mantuvieran en un número reducido.

En 1997 hubo una conferencia de gran importancia en Ferrara, en materia de Derecho Constitucional. El mismo año se instituyó una comisión para redactar un proyecto de reforma de la CI para modificar, entre

otros, los artículos relativos al TC. Durante la conferencia CARLASSARE manifestó su oposición al recurso directo en la medida en que, tratándose de un instrumento subsidiario, presta una garantía sucesiva a la intervención judicial y, por lo tanto, se configura como una tutela más incómoda que la del recurso incidental que puede accionarse desde la primera instancia y en todas las instancias sucesivas (Carlassare, 1998). Durante la misma conferencia PIZZORUSSO describió el recurso directo como una medida demagógica cuya previsión, aunque pudiera parecer aumentar las garantías de los ciudadanos, en realidad no mejora la tutela de los derechos y simplemente determina una mayor duración de los procesos²⁰⁴.

Los exponentes de la doctrina, también los que estaban a favor del recurso directo, después de cuarenta años de actividad de la *Corte Costituzionale* tenían el temor de que alterar el equilibrio que se había construido durante años podía ser menos útil que beneficioso (por estas razones se proponían ajustes al sistema del recurso indirecto más que la introducción de nuevas modalidades). Además, los casos en que no se preveía ninguna tutela (las llamadas “*zone franche*”) habían ido disminuyendo gracias a la interpretación extensiva que había elaborado el TC de sus atribuciones²⁰⁵.

²⁰⁴ “*contribuiscono molto più a prolungare illimitatamente la durata dei processi che non a garantire i diritti (specialmente delle parti poco abbienti)*” así Pizzorusso, como aparece en los actos de la conferencia en Ferrara (Carlassare, 1998).

²⁰⁵ “*ma quanti sono i casi di lesione di diritti fondamentali che, nel nostro ordinamento, non trovano alcuna tutela giurisdizionale? Non vorrei che, seguendo la strada da ultimo*



El 24 de enero de 1997 fue instituida la Comisión “*Bicamerale*” para la proposición de una reforma profunda del texto constitucional. Aunque el trabajo de la *Bicamerale* tuvo que interrumpirse, a mitad de 1998, debido a cuestiones políticas, se había llegado a un acuerdo para una nueva formulación del artículo 134 CI, que ampliaba considerablemente el número de las funciones del TC. Entre las nuevas atribuciones se preveía la competencia sobre los recursos para la tutela de los derechos fundamentales garantizados por la CI en las relaciones con los poderes públicos, en las formas y modalidades establecidos en una sucesiva Ley constitucional²⁰⁶.

Aunque el proyecto de reforma no llegó nunca al Parlamento para su aprobación, el nuevo texto del artículo 134 suscitó críticas y preocupaciones. El entonces Presidente de la *Corte Costituzionale* manifestó sus dudas sobre la necesidad real de la introducción del recurso directo (“*attraverso il ricorso individuale – ove lo si ritenga indispensabile malgrado l’ampiezza di tutela già oggi assicurata, per generale riconoscimento, dall’accesso incidentale...*”) y además puso el acento en los problemas que el recurso directo había generado en los últimos años en los países, como Alemania, donde siempre había existido como

indicata, si dovesse alla fine constatare che s’è fatto «tanto rumore per nulla»” (Azzariti , 2000: 427 ss).

²⁰⁶ Art 134 letra g): “*sui ricorsi per la tutela, nei confronti dei pubblici poteri, dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, secondo condizioni, forme e termini di proponibilità stabiliti con legge costituzionale.*” Se trata de una formulación que se acerca mucho al recurso de amparo constitucional del sistema español, frente a la previsión de recurso directo originariamente propuesta por Calamandrei.

fundamento de la justicia constitucional²⁰⁷. Además, por la doctrina se criticó la redacción del texto: por un lado, la remisión de la regulación a una futura Ley constitucional (para la aprobación de la cual se necesita el mismo *iter* que se prevé para las reformas de la Constitución) era de hecho equivalente a la falta de previsión en razón de la imposibilidad de dar aplicación al instituto; por otro lado, la posibilidad de solicitar la intervención del TC “para la tutela de los derechos fundamentales”, sin mención alguna de un lesión de los mismos, planteaba el grave riesgo de la proposición de una multitud de recursos desvinculados de una efectiva merma de derechos y simplemente dirigidos a la tutela de intereses particulares.

IV. REFLEXIONES Y CONCLUSIONES

La elección de prever o no prever el recurso de amparo no puede justificarse en sí misma mediante un estudio simplemente de la modalidad que se prevé para tutelar los derechos fundamentales. Solo pueden apreciarse las motivaciones de los Constituyentes contemplando el conjunto del sistema de tutela de la Constitución y el papel que cada ordenamiento reconoce al TC dentro de dicho sistema.

En España el TC constituye el órgano que puede intervenir frente a cualquier violación de la Carta Constitucional. Es decir, cuando entran en juego valores protegidos constitucionalmente o disposiciones constitucionales, el sistema prevé la posibilidad de apelarse al garante de la Constitución; aunque,

²⁰⁷ Así en la Conferencia de prensa del Presidente de la *Corte Costituzionale* de 11 de febrero de 1998 (<http://www.cortecostituzionale.it>).



teóricamente, de manera subsidiaria respecto a las otras vías de tutela ofrecidas por el ordenamiento. De hecho, se atribuye al TC la competencia para conocer de la vulneración de la Constitución por todo tipo de acto: las leyes y los actos con fuerza de ley pueden impugnarse mediante el planteamiento, por parte de un órgano judicial, de una cuestión de inconstitucionalidad, mientras que el recurso de amparo puede ser utilizado frente a lesiones de derechos fundamentales producidas por actos de las Cortes no legislativos, actos que provienen de los poderes públicos, y actos del poder judicial.

La cuestión de inconstitucionalidad puede plantearse, durante un proceso, por parte del juez o también, tras las modificaciones de 2007, cuando una Sala o una Sección del mismo Tribunal, durante la decisión de un recurso de amparo, llegue a dudar de la conformidad a Constitución de una ley o de un acto con fuerza de ley. Aunque la institución se parezca, también bajo los perfiles procedimentales, al recurso incidental italiano, los dos se diferencian por la mayor objetividad que caracteriza la cuestión de inconstitucionalidad española. Además, otra importante diferencia (que no es una característica sino una consecuencia de la estructura del sistema de garantía constitucional) reside en el hecho de que las cuestiones de inconstitucionalidad constituyen, en España, una pequeña porción de las decisiones que toma el Tribunal en comparación con las muchas resoluciones que deciden sobre recursos de amparo.

Particular atención merece la posibilidad de impugnar los actos del Poder Judicial en España, no solo por el hecho de que es el supuesto más frecuente de interposición de recurso de amparo, sino también porque de esta forma el TC se sitúa en la práctica por

encima del Poder Judicial y se le atribuye la posibilidad de controlar las decisiones de los jueces²⁰⁸. Generalmente, en virtud de la necesidad de haber “agotado la vía judicial previa”, se tratará de decisiones del Tribunal Supremo, con el riesgo muy concreto de enfrentamientos y conflictos entre los dos Tribunales. Además, la posibilidad que una decisión del Tribunal Supremo sea anulada por el TC porque se considere contraria a la Constitución, repercute negativamente en la imagen de la Justicia, provocando, en los ciudadanos, desconfianza en las resoluciones del Poder Judicial (lo que puede influir en el número de recursos de amparo y de impugnaciones de sentencias de los jueces ordinarios²⁰⁹).

Hay quien, entre los propios Magistrados que componen el TC, critica la manera con que el órgano está utilizando el recurso de amparo contra sentencias. De hecho hubo casos en que se ha señalado una extralimitación de funciones por parte del Tribunal y un exceso de jurisdicción en la medida en que, en lugar de simplemente evaluar el respeto de los derechos constitucionales por parte de los jueces, el Constitucional ha llegado a desempeñar la función de nuevo tribunal de apelación contra las sentencias del Tribunal Supremo (“una suerte de súper Casación”)²¹⁰.

²⁰⁸ La inmensa mayoría de los recursos de amparo se interponen por presunta violación del derecho a una tutela judicial efectiva.

²⁰⁹ Hecho que determinaría un efecto contrario a las tentativas de reforma más recientes.

²¹⁰ Así RODRÍGUEZ ARRIBAS en su voto particular en la Sentencia 62/2011, de 5 de mayo de 2011, recurso de amparo 2561-2011. Entre los discrepantes figura también PÉREZ DE LO COBOS, que afirma que “*La vía de amparo no es*



Sin embargo, dentro del ordenamiento español, como ha afirmado acreditada doctrina, la relación entre el Poder Judicial y el TC debe calificarse como jerárquica, y no de reparto de competencias, en materia de tutela de derechos fundamentales garantizados por la Constitución (Aragón Reyes, 2004: 172 ss). Se emplea una frase que ha llegado a ser famosa: Tribunal Supremo solo hay uno, y no se llama así.

De una forma totalmente diferente la *Corte Costituzionale* italiana es competente sólo para controlar leyes y actos con fuerza de ley. En lugar de crear un árbitro que tutele todas las formas en que la Constitución puede ser aplicada, en Italia se ha preferido introducir un sistema de reparto de funciones: el TC solo es garante de la constitucionalidad de las leyes, mientras que será el Poder Judicial, mediante sus jueces ordinarios, el destinado a garantizar que las leyes sean aplicadas de forma correcta por parte de los sujetos privados y las Administraciones Públicas. Así, de hecho, se ha atribuido al TC una sola función, de manera que, gracias a su carga de trabajo no excesiva, pueda resolver, dentro de un plazo razonable, las cuestiones que se le plantean²¹¹.

Para que el sistema así delineado funcione es muy importante que haya un clima de cooperación y no de rivalidad entre el Poder Judicial y el TC (Calamandrei, 1950: XII). A pesar de que, durante los primeros años de funcionamiento de la *Corte*, dicha colaboración fue

una nueva instancia en la que pueden revisarse o alterarse los hechos que han tenido por probados por los órganos judiciales”.

²¹¹ Como hemos podido subrayar anteriormente, la necesidad de no sobrecargar al Tribunal se ha siempre considerado como muy importante.

lenta en su articulación, gracias a la labor del Tribunal y sobre todo a la atribución de la obligación de interpretar las leyes conformemente a Constitución, hoy podemos "cosechar los beneficios" de la construcción de una cooperación eficaz.

Aunque pueda aparecer menos garantista el sistema italiano, si analizamos el conjunto de instrumentos que ofrece el ordenamiento, cabe concluir que se trata de una apariencia. Con excepción de los actos no legislativos del Parlamento, que se consideran una "zona franca" muy criticada y frente a la cual la doctrina siempre ha subrayado la necesidad de introducir un instrumento de control específico, para los otros actos, sí que hay modalidades de protección, aunque no siempre atribuidas a la competencia del TC²¹².

Con referencia a los actos de los poderes públicos, ya se ha señalado que dicho que frente a lesiones de derechos fundamentales los sujetos pueden recibir tutela por las autoridades judiciales. Además, por el hecho de que los jueces tienen la obligación de interpretar las leyes de manera conforme a la Constitución, la tutela que se ofrece al sujeto tiene que garantizar los derechos que se prevén en el Texto constitucional. Cuando la lesión sea provocada directamente por un acto o una resolución judicial, esta puede ser objeto de impugnación ante la *Corte di Cassazione* (ante este tribunal se pueden impugnar

²¹² TARCHI sostiene que el ordenamiento italiano es uno de los pocos que aún no prevé un control de estos actos que pueden afectar derechos individuales (1998: 82 ss). La necesidad de un control de estos actos emerge del hecho que se había previsto la posibilidad que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre los mismos en el proyecto de reforma del artículo 134 propuesto en 1998.



también los actos que afectan a las “libertades personales” -expresión que se interpreta extensivamente - y para los cuales el ordenamiento no prevé ninguna otra forma de tutela).

¿Y qué sucede si la lesión es ocasionada por la sentencia del Tribunal Supremo? El sistema está pensado para que la *Corte di Cassazione* no tome decisiones con referencia a controversias, sino que simplemente desarrolle el papel de árbitro y juez de los jueces²¹³. En el caso de que adopte una interpretación de una ley que vulnere un derecho fundamental, la misma ley podrá ser objeto de cuestión de inconstitucionalidad, en razón de que la interpretación que establece el Tribunal Supremo, que también tiene que conformarse a la Constitución, de una cierta forma vincula los otros jueces. Además, en casos excepcionales, el ordenamiento ofrece otras dos posibilidades: la *revocazione* de la sentencia del juez y la acción para la responsabilidad de los jueces (para que el sujeto obtenga una indemnización de los daños padecidos por una sentencia injusta de un juez).

1. ¿Es un sistema mejor que el otro?

Más que poder identificar cuál es la receta perfecta para la tutela de los derechos fundamentales y de la Carta Constitucional, lo que se desprende de este modesto estudio es que el tiempo y la aplicación determinan la creación de los equilibrios necesarios para que funcione un sistema de protección de la

²¹³ Por esto se critica mucho la posibilidad, recién introducida en una reforma, que la *Corte di Cassazione* pueda, en casos determinados, tomar decisiones en lo tocante al fondo de los asuntos.

Constitución. Después de sesenta y cuarenta años de funcionamiento los dos sistemas son inherentes a los ordenamientos, respectivamente italiano y español, y cambiarlos puede ser mucho más difícil que redactar un texto que sea acogido por la doctrina constitucionalista y que tenga la mayoría en el Parlamento. Eso sustancialmente por dos razones: por un lado porque la efectividad de la tutela se remite a la interpretación y la aplicación que realiza cada Tribunal de las normas que regulan sus funciones, así que trasplantar mecanismos e instituciones copiándolos de los de otros países (en donde pueden funcionar perfectamente) puede tal vez determinar más confusión, en una materia tan delicada como la tutela constitucional, que beneficios. Por el otro lado porque, en una materia como la tutela de los derechos fundamentales, es muy importante que todos los particulares (quienes son los titulares de los derechos) se sientan tutelados y acepten el sistema de garantía que se establece.

Es indudable que la previsión del recurso de amparo constitucional, especialmente en los primeros años de vigencia una Constitución, ayuda las instituciones y los sujetos a respetar el nuevo orden recién establecido y a creer en la protección de los derechos otorgados (función muy importante en general, pero aún más en ordenamientos en que hubo regímenes dictatoriales, donde se experimenta una fuerte desconfianza respecto a los jueces). Desde la misma perspectiva, además, ofrece una interpretación uniforme e inmediata del nuevo texto constitucional que facilita el logro de los objetivos programáticos contenidos en el mismo (Romboli, 2006: 773). Ello puede apreciarse en positivo en ordenamientos como España o Alemania, y en negativo en Italia, donde, durante los primeros años, el funcionamiento del sistema de tutela constitucional tardó en perfeccionarse.



Sin embargo, se trata de una tutela que, a largo plazo, en su faceta prevalentemente subjetiva, es insostenible para un único órgano cual es el TC. Eso es indudable, y de hecho lo confirman los números y las reformas propuestas en los últimos años en España con la finalidad de objetivar el recurso de amparo y de reforzar la tutela de los derechos fundamentales ya frente a los órganos judiciales ordinarios (frente a los cuales, ya no hay por qué temer una generalizada violación o inaplicación de los derechos reconocidos por la Constitución).

Con respecto a la eficacia de la reforma recién aprobada en España, aún no es posible pronunciarse sobre su capacidad resolutoria. Serán necesarios muchos años de aplicación para que el Tribunal llegue a la determinación de una jurisprudencia firme que establezca las coordenadas de su “nueva discrecionalidad” dentro de la cual pueda reconducir la naturaleza de su función, que ningún texto legal podrá quitarle.



V. BIBLIOGRAFÍA

ANZON, A., CARETTI, P. Y GRASSI, S. (2000). Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale. Atti del Seminario di Firenze tenutosi il 28-29 Maggio 1999. En AZZARITI, G. (comp.) *Osservazioni sull'accesso e sull'estensione del sindacato della Corte costituzionale* (p.427 ss). Torino: Giappichelli.

CALAMANDREI, P. (1950). *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Milano: CEDAM.

CARLASSARE, L. (1998). *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa: Atti del Convegno di Ferrara, 2-3 maggio 1997*. Padova: CEDAM.

CARRASCO DURÁN, M. (2007). Amparo judicial: presente y futuro. *Revista de Derecho Político* (68), 172, 175.

ESPÍN TEMPLADO, E., FERNÁNDEZ FERRES, G. Y CRUZ VILLALÓN, P., (2006). En GARCÍA MANZANO, P. (comp.), *Respuestas a la encuesta* (p.102). Navarra: Aranzadi, Cizur Menor.

ESPIÑOZA DÍAZ, A. (2010). El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma. *InDret – Revista para el análisis del derecho* (2), 4-11.

FERNÁNDEZ FARRES, G. (1994). *El recurso de amparo según la jurisprudencia Constitucional (Comentarios al Título III de la LOTC)*. Madrid.

FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2008), La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo. *Revista de Derecho* (3), 86.

JIMÉNEZ CONDE, F. (1990), Tema para el debate, *Anuario de derecho Constitucional y Parlamentario*, (2), 187-193.



MEZZANOTTE, C. (1979). *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente*, Milano: Giuffré.

MORALES ARROYO, J.M. (2014). Recurso de amparo, derechos fundamentales y transcendencia constitucional. En URÍAS MARTÍNEZ, J. (comp.) *Seleccionar lo (menos) importante – Nota sobre la construcción por el Tribunal Constitucional de un nuevo régimen d admisibilidad del recurso de amparo, y sus paradojas* (p. 76). Navarra: Aranzadi, Cizur Menor.

PALLIERI BALLADORE, G. (1953) *Diritto Costituzionale*, Milano: Giuffré.

PÉREZ TREMPES, P. (2004), La reforma del recurso de amparo. En ARAGÓN REYES, M., (comp.) *Problemas del recurso de amparo* (pp. 163-165). Valencia: Tirant lo Blanch.

ROMBOLI R. (2006), *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, , Napoli: Edizioni Scientifiche italiane.

TARCHI, *Il giudizio sugli atti normativi* in "La Corte Costituzionale nei lavori della Commissione Bicamerale", dirigido por DAL CANTO F., Torino, 1998, 82 ss.

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

**COMENTARIOS DE
SENTENCIAS**

“COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO, SECCIÓN TERCERA, DE 31 DE OCTUBRE DE 2017 RECAÍDA EN EL RECURSO 1062/2017 SOBRE ENTRADA EN DOMICILIO PARA INSPECCIÓN. GRADO DE CONCRECIÓN DE LA INFORMACIÓN QUE DEBEN CONTENER LAS SOLICITUDES DE AUTORIZACIÓN DE ENTRADA EN DOMICILIO O EN LA SEDE SOCIAL DE UNA EMPRESA FORMULADAS POR LA COMISIÓN NACIONAL DE MERCADOS Y COMPETENCIA”

Belén Lopez Donaire

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

Doctora en Derecho



1. Antecedentes

La Abogacía del Estado en nombre y representación de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (en adelante, CNMC) solicitó autorización de entrada en domicilio, inaudita parte, con el objeto de investigar, a raíz de la obtención de determinada información, la posible participación de una determinada empresa en acuerdos o prácticas anticompetitivas en el mercado de fabricación y suministros de sistemas electrificación y equipos en líneas ferroviarias, así como de equipos de seguridad y comunicación para AVE y líneas de ferrocarril convencionales. Tales prácticas -contrarias al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE)- consistirían en la manipulación y reparto de licitaciones convocadas por clientes públicos y privados. En caso de verificarse una conducta como la descrita supondría la comisión de infracción muy grave que puede conllevar una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 64. 2 d) LDC.

El Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 6 dictó Auto de fecha 14 de octubre de 2016, desestimando la solicitud, argumentando, en resumen, que no se ha determinado en qué consisten las prácticas anticompetitivas, ni cuál es la operativa de actuación y las licitaciones afectadas; que no se ha definido el momento temporal ni el ámbito geográfico al que se refieren; que no se ha indicado qué empresas o

personas pudieran estar implicadas o concertadas, ni se han reflejado datos para valorar la gravedad de las actuaciones anticompetitivas; y que no consta ningún dato sobre la participación de la empresa en dichas prácticas que pudiera justificar la entrada para inspección, pues la Orden de investigación en que se fundamenta la solicitud de entrada en domicilio no contiene indicio alguno particularizado al respecto. En definitiva concluye el Juzgado que no se han aportado datos suficientes para poder apreciar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada, sin que resulten válidas las entradas meramente prospectivas.

El Auto fue recurrido en apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la Abogacía del Estado que fue desestimado en sentencia de fecha 15 de diciembre de 2016.

La Sala de instancia, en resumen y en lo que aquí interesa, considera que los argumentos presentados por el Abogado del Estado si bien son relevantes no resultan suficientes para modificar las conclusiones del Auto impugnado. Reitera la Sala, en la misma línea que el Juzgado, la falta de información suficiente en la solicitud de autorización en relación con el objeto de las prácticas anticompetitivas, la operativa de actuación, las licitaciones afectadas o la participación de la sociedad en tales prácticas.

Notificada la sentencia, se presentó escrito por el Abogado del Estado, ante la Sección Sexta de la Sala



de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, informando de su intención de interponer recurso de casación, y la Sala por Auto de 21 de febrero de 2017, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante la Sala del Tribunal Supremo.

2. Objeto de debate

La cuestión suscitada en el recurso de casación versa sobre el alcance del control judicial, y la ponderación de los derechos e intereses en conflicto, en los procedimientos de autorización judicial de entrada en domicilio en un concreto ámbito: entrada en sede social de una empresa para el ejercicio por parte del personal de la CNMC, organismo regulador, de las potestades inspectoras en relación a la posible comisión de prácticas anticompetitivas.

El debate se centra en una doble cuestión: en primer término si, ciertamente, el control judicial de la solicitud de entrada en el domicilio social de una empresa ha de tomar en consideración el tipo de procedimiento en el curso del cual se interesa la autorización de entrada y, además, la relevancia de la confidencialidad de la información obtenida a través de un programa de clemencia del artículo 65 LDC.

La CNMC alega que el órgano jurisdiccional debe examinar la solicitud de autorización de entrada y ponderar, en el marco de la doctrina constitucional, si constan en la misma los requisitos legalmente exigidos

y la proporción de la medida, pero también es evidente que dicho examen debe realizarse considerando que se trata de una información reservada (artículo 49.2 LDC), iniciada a partir de la delación de una empresa participante en el cártel (artículo 65 LDC) cuya finalidad es "...determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador" (artículo 49.2 LDC).

Subraya la singularidad del procedimiento de información reservada iniciado a partir de las informaciones reservadas obtenidas de una empresa participante en la conducta anticompetitiva que se reconoce en el ordenamiento nacional en los artículos 49,2 y 65 LDC e igualmente en el Reglamento 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, artículo 20.8 , e invoca las sentencias del TJUE de 25 de enero de 2007, asunto C-407/04 que -afirma- distingue entre las informaciones que se facilitan una vez iniciado el procedimiento sancionador de las que se facilitan en las investigaciones preliminares o previas a dicho procedimiento sancionador y la sentencia del TJUE de 28 de abril de 2010, asunto T-446/05 . Sostiene, en síntesis, que el control judicial debe realizarse considerando el tipo de procedimiento en el que se produce la solicitud de entrada, el origen de la información que determina el procedimiento y el ajuste de la Orden de investigación a la potestad de investigación atribuida a la CNMC por el artículo 27 LCNMC, sin pretender requisitos adicionales de información que no pueden extenderse a la investigación reservada a riesgo de impedir que la



CNMC ejerza su función de descubrimiento y persecución de conducta anticompetitiva como es el cártel de empresas competidoras. Es por tanto necesario, a juicio de la Comisión, que la Orden de investigación y la solicitud de autorización, que además presenta dicha Orden al Juzgado, concilien la información precisa para cumplir con los requisitos legales y demostrar la necesidad de la medida restrictiva del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas investigadas (artículo 18 de la Constitución).

Por Auto de 29 de marzo de 2017, la sección primera de la sala tercera del Tribunal Supremo acordó lo siguiente:

«1º) Admitir el recurso de casación nº 1062/2017 preparado por el Abogado del Estado en nombre y representación de la Comisión Nacional de Mercado y Competencia contra la Sentencia, de 19 de octubre de 2016, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Sexta), dictada en el recurso de apelación núm.1065/2016 .

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar el grado de concreción de la información que deben contener las solicitudes de autorización de entrada en domicilio o en la sede social de una empresa formuladas por la Comisión nacional de Mercados y Competencia, así como el alcance y la extensión del control judicial respecto de tales peticiones de

autorización, en particular cuando se trata de solicitudes formuladas en el marco de una investigación preliminar o procedimiento de información reservada (artículo 49 LDC) cuya incoación resulta de la información obtenida en aplicación del programa de clemencia (artículo 65 LDC); todo ello en relación con las competencias de inspección que el artículo 27 LCNMC, atribuye a la Comisión.

3º) se ordena publicar este Auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

4º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.»

3. Contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 31 de octubre de 2017 para resolver la cuestión jurídica parte de la jurisprudencia del TJUE que ha precisado los elementos necesarios de la Orden de Investigación, como la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 8 de marzo de 2007, France Télécom España, asunto T-339/04, la Sentencia del



Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea de 26 de octubre de 2010 (dictada en el asunto T-23/09 caso Conseil National de l'Prfre des Pharmaciens), o la Sentencia del TJUE 25 de Enero de 2007 (C-407/04 P; Dalmine SpA).

La primera de ellas por ejemplo, precisa los conceptos jurídicos del objeto y finalidad de la inspección en los siguientes términos:

«- 58. La exigencia de que la Comisión indique el objeto y la finalidad de la inspección constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el que se cometieron las mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible los indicios que pretende comprobar, a saber, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17 ,las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989 , Dow Benelux/Comisión, 85/87 , Rec. pg. 3137, apartado 10; Hoechst/Comisión, citada en el apartado

57 supra, apartado 41, y Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartado 48).

- 59. Con esta finalidad, la Comisión también está obligada a exponer, en la decisión que ordena la inspección, una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, indicando el supuesto mercado de referencia y la naturaleza de las restricciones de competencia objeto de sospecha, explicaciones sobre la manera en la que se supone que la empresa objeto de inspección está implicada en la infracción, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como las facultades conferidas a los investigadores comunitarios (véanse, en relación con el Reglamento núm. 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 1980, National Panasonic/Comisión, 136/79 , Rec. pg. 2033, apartado 26, y Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra , apartados 81, 83 y 99).

Partiendo de las citadas sentencias, el Tribunal Supremo fija jurisprudencia en este sentido:

Del examen jurisdiccional de la solicitud de autorización de entrada para la inspección de domicilio de una empresa en el ámbito del artículo 49.2 LDC debe considerar tanto el tipo de procedimiento en la que se inserta como la limitación de los elementos informativos de la conducta anticompetitiva de los que puede disponer la CNM. No cabe extender a la investigación inicial o preliminar reservada las exigencias de información propias de los procedimientos sancionadores en los que la CNMC



dispone de indicios y datos suficientes para apreciar la existencia de la infracción.

Sobre las limitaciones en el tratamiento y suministro de la información obtenida con arreglo al artículo 65 LDC, se remite a su jurisprudencia (STS de 27 de febrero de 2015, RC 1292/2012).

Si bien es cierto que la confidencialidad marca las actuaciones y la información facilitada por las empresas que se acogen al programa de clemencia -dada la dificultad de descubrir e investigar cárteles secretos- y que tanto la legislación comunitaria como la nacional contemplan una limitación al acceso a la información de las empresas confidentes así obtenida, también es cierto que esa limitación en dicho acceso no puede operar en la forma pretendida frente al órgano jurisdiccional encargado del control de las solicitudes de autorización.

Aun cuando es cierto que la información obtenida por la CNMC tiene un carácter reservado, ello no obsta, como dijo en la STS de 27 de febrero de 2015 , que se cumplan en estos supuestos las exigencias legales contempladas en los preceptos y de la jurisprudencia antes reseñada, de la que se desprende -reitera que la Orden debe contener las especificaciones básicas que indiquen el objeto y la finalidad de la inspección, entre las que se encuentran los datos concretos que justifican la entrada en el domicilio social, no bastando, como hemos subrayado, la simple remisión genérica a una denuncia o a una información «reservada», por ser imprescindible la aportación de información suficiente al

órgano judicial que permita fundar su convicción de la procedencia de la entrada, aun cuando el suministro de los elementos de información se haga en forma que preserve su carácter confidencial.

Trasladando estas consideraciones al supuesto enjuiciado, la sentencia termina que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la CNMC.

4. Conclusiones

La sentencia del Tribunal Supremo que hemos analizado, es importante porque fija jurisprudencia sobre un tema, el de las Ordenes de Investigación para entrada en domicilio a raíz de una denuncia presentada en la CNMC, sobre el que ha existido mucha doctrina y sentencias variopintas, tanto de juzgado, Tribunales Superiores de Justicia y que ahora viene a aportar seguridad jurídica sobre los requisitos que tiene que contener, no pudiendo contener fórmulas genéricas o estereotipadas. Además debe considerar el tipo de procedimiento como la limitación de los elementos informativos de la conducta anticompetitiva. La confidencialidad de la información con origen en el artículo 65 LDC no puede interpretarse ni alzarse como un factor para no suministrar al órgano jurisdiccional - con el carácter reservado- los datos esenciales mínimos para la realización de la correspondiente ponderación.

Debe recordarse que tal como señala la STC 139/2004, de 13 de septiembre, rec. 3371/2001, en su FJ 2º:



"...el otorgamiento de esta clase de autorizaciones no puede efectuarse sin llevar a cabo ningún tipo de control, pues si así se hiciera no cumplirían la función de garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio que constitucionalmente les corresponde. Por esta razón este Tribunal ha sostenido que, en estos supuestos, el Juez debe comprobar, por una parte, que el interesado es el titular del domicilio en el que se autoriza la entrada, que el acto cuya ejecución se pretende tiene una apariencia de legalidad, que la entrada en el domicilio es necesaria para aquélla y que, en su caso, la misma se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el art. 18.2 CE que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto (SSTC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 3.a ; 50/1995, de 23 de febrero , FJ 5 ; 171/1997, de 14 de octubre, FJ 3 ; 69/1999, de 26 de abril; 136/2000, de 29 de mayo. Junto a estas exigencias, este Tribunal ha señalado también que han de precisarse los aspectos temporales de la entrada, pues no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de la Administración el tiempo de su duración (STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7).

Tales cautelas tienen como finalidad asegurar que no se restringe de modo innecesario el derecho a la inviolabilidad del domicilio, evitando un sacrificio desproporcionado de este derecho (SSTC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7; 69/1999, de 26 de abril, FJ 4). Por ello las exigencias en cada supuesto dependerán de las circunstancias que concurran, pues, como se señala en la STC 69/1999, de 29 de abril, FJ 4, los requisitos de

detalle formulados a propósito de casos concretos pueden no resultar precisos en otros supuestos en los que las circunstancias sean diferentes.

En definitiva, ha de concluirse que, desde la perspectiva constitucional, la resolución judicial por la que se autoriza la entrada en un domicilio se encontrará debidamente motivada y, consecuentemente, cumplirá la función de garantía de la inviolabilidad del domicilio que le corresponde, si a través de ella puede comprobarse que se ha autorizado la entrada tras efectuar una ponderación de los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados y adoptando las cautelas precisas para que la limitación del derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo posible".

BASES PARA LA PUBLICACIÓN



BASES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTICULOS Y RESEÑAS EN LA REVISTA GABILEX, REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA

I. LENGUA DE LOS TRABAJOS

El idioma oficial de la **Revista GABILEX** es el español y los trabajos que se publiquen deberán estar escritos por regla general en esta lengua. Si bien, por su especial relevancia, podrán publicarse artículos que estén escritos en otras lenguas como el inglés, francés, portugués o italiano, entre otros, publicándose en esos mismos idiomas con un resumen y las palabras claves también en español.

II. CARÁCTER INÉDITO DE LAS INVESTIGACIONES Y PUBLICACIONES

En la **Revista GABILEX** se publicarán principalmente artículos de investigación concebidos para la revista, esto es, de carácter **original e inédito**. Se consideran inéditos aquellos estudios que, no obstante a haber sido publicados en un idioma distinto del español, se traduzcan por primera vez a esta lengua. Estos casos se encontrarán justificados en la relevancia jurídica y social de los estudios y en que el español es la lengua vehicular de la Revista.

Los trabajos originales de investigación han de tener una extensión suficiente. A efectos ilustrativos, se puede tomar por extensión suficiente la siguiente:

1. En el caso de los ARTICULOS DOCTRINALES que aborden en profundidad un tema jurídico de



cualquier rama del Derecho, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 40 páginas. Es importante destacar en este punto que la Revista cuenta con dos secciones, una destinada a Artículos doctrinales NACIONALES y otra destinada a Artículos doctrinales INTERNACIONALES. Esta última corresponde a trabajos de autores de otros países.

2. En el caso de las RESEÑAS DE LEGISLACIÓN O JURISPRUDENCIA que realicen una crónica, apunte o aproximación breve a una norma jurídica o sentencia que resulte novedosa, la extensión máxima no podrá superar las 10 páginas.

También podrán publicarse ponencias y comunicaciones presentadas a Congresos, coloquios, seminarios o jornadas de carácter científico. En estos casos debe especificarse dicha circunstancia en una nota a pie de página que se colocará al final del título del trabajo, en la que se dejará constancia de los datos del Congreso, coloquio, seminario, jornada u otro tipo de encuentro en el que se presentó.

Asimismo, para que el esfuerzo y el mérito tengan el reconocimiento social y profesional que merecen, podrán publicarse Trabajos Final de Grado (TFG) o Final de Máster (TFM) si han obtenido una calificación mínima de sobresaliente, **en cuyo caso la propia publicación pondrá de manifiesto que se trata de un TFG o un TFM**. Todo ello sin perjuicio de la obligatoriedad de cumplir el resto de requisitos exigidos en estas bases. Esta modesta iniciativa, pretende el reconocimiento al mérito de haber obtenido unas calificaciones que son fruto de un rendimiento académico digno de elogio.

III. SELECCIÓN Y ACEPTACIÓN DE LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES

Por encima de todo la **Revista GABILEX** pretende cumplir unos objetivos de excelencia y calidad que exigen un riguroso sistema de selección de los trabajos que aparezcan en la misma ("**EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS**").

Por tal motivo, y con la finalidad de cumplir este fin, una vez presentado un trabajo se someterá a una selección previa por los miembros que integran el Consejo de Redacción de la Revista, de forma que una vez superado este primer filtro se dará paso a la iniciación de un proceso de evaluación por pares (*peer review*) o de revisión comunitaria o de comunes por los **evaluadores externos** designados a tal efecto por la Dirección a propuesta del Consejo de Redacción de la Revista.

El **Consejo Evaluador Externo** estará formado por un máximo de seis personas, que podrán ser renovadas por mitades cada dos años a propuesta del Consejo de Redacción.

Conforme al resultado de la evaluación, la Revista se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación del trabajo, así como, en caso de que sea necesario, de sugerir al autor o autores los cambios oportunos en orden al cumplimiento de los requisitos de calidad exigidos para la publicación.

Presentado un trabajo, el Consejo de Redacción de la Revista comunicará al autor o autores la aceptación o no de la investigación en el plazo máximo de 6 semanas.



IV. CARÁCTER CIENTÍFICO DE LOS TRABAJOS

Los estudios que se presenten deberán contener necesariamente el **planteamiento del tema, su desarrollo y las conclusiones** obtenidas. Se considera de importancia este último apartado de conclusiones, por lo que se recomienda que queden debidamente destacadas.

Los estudios irán precedidos de tres apartados previos:

1. Un **resumen** en español y su correspondiente traducción (*abstract*) en inglés.
2. El elenco de las **palabras clave** del estudio y su correspondiente traducción (*key words*) en inglés.
3. Un **sumario** global en el que se recoja la totalidad de epígrafes del trabajo.

Los trabajos, en su caso, también deberán incluir al final la bibliografía y en concreto, han de intentar cumplir reunir alguna de las siguientes características:

- a) Implicar desarrollo de nuevas perspectivas en el estudio de los ámbitos de las Ciencias Jurídicas.
- b) Suponer aportaciones originales sobre la evolución histórica, jurídica, social o cultural de los campos antedichos.
- c) Aportar propuestas pro futuro, fundadas y relevantes.
- d) Aportar conocimientos e instrumentos conceptuales y analíticos para mejorar la eficacia de los ámbitos propios de la publicación.
- e) Ofrecer soluciones teórico y prácticas a problemas relativos a los ámbitos específicos de

la publicación y las materias objeto de estudio e investigación.

V. IDENTIFICACIÓN DE LOS AUTORES

Los trabajos irán firmados por el autor o autores con nombre y apellidos. Se hará constar necesariamente el nombre (y país en su caso) de la entidad o institución a la que esté vinculado el autor, así como la categoría profesional que ocupa.

Es necesario que el autor o autores de los trabajos faciliten un breve extracto de su *currículum vitae*, en el que esquemáticamente hagan constar tanto su experiencia profesional como, en su caso, docente e investigadora. Igualmente es imprescindible que el autor o autores indiquen en este breve extracto su dirección postal y de correo-e, a efectos de remitir el correspondiente certificado de publicación y el ejemplar de cortesía.

VI. FORMA DE ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Tanto los ARTICULOS como las RESEÑAS deberá remitirse en formato *Word* o compatible por correo electrónico a la siguiente dirección de la Revista: revistagabinetejuridico@jccm.es

La presentación de trabajos se ajustará a las reglas de formato y estilo que se especifican a continuación siguiendo la tipografía en la organización de los epígrafes que consta en la plantilla adjunta como anexo al final de este documento.

Los trabajos que no se ajusten a las pautas de presentación indicadas serán devueltos a su autor para que los corrija de acuerdo con las mismas,



antes incluso de pasar el filtro del Consejo de Redacción.

VII. TÍTULO, RESUMEN, ABSTRACT, PALABRAS CLAVE, KEY WORDS Y SUMARIO

Tal y como se indicaba los trabajos necesariamente contendrán el **título** en español y en inglés. Tras el título incluirán un breve **resumen** o *abstract* de entre 12 y 25 líneas como máximo en el que se avance el contenido que en ellos se desarrolla. En el resumen, que ha de estar en español y en inglés, se hará constar la cuestión que se plantea, la solución que se aporta, y se justificará la publicación del trabajo atendida la aportación o avance científico que implica.

A continuación se incluirán cinco a diez **palabras clave** o *key words* tanto en castellano como en inglés.

Tras los datos anteriores se incluirá un **sumario** en el que figurarán todos los epígrafes del artículo en la forma que luego se concreta.

Si el artículo se publica en alguno de los otros idiomas de la revista que no sea el español, el título, el resumen, y las palabras clave deberán aparecer en el idioma en el que se publica y en español (si el idioma en el que se publica el artículo no es el inglés, deberán aparecer: en el idioma en el que se publique el artículo, en español y en inglés).

VIII. FORMATO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos han de remitirse en formato *Word* para *Windows* en letra Verdana²¹⁴. 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

²¹⁴ 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