

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos



N° 1 | 2020

ISSN-e: 2660-7964

DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i1>

EQUIPO EDITORIAL

CONSEJO DE REDACCIÓN

Directora:

Isabel Zurita Martín

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz (España)

Subdirectora:

Ana María Rodríguez Tirado

Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España)

Vocales:

Francisco Miguel Carrasco González

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Cádiz (España)

Emilia Girón Reguera

Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz (España)

Inmaculada González García

Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cádiz (España)

María de la Paz Martín Castro

Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Cádiz (España)

María Josefa Rodríguez Mesa

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz (España)

Manuel Jesús Rozados Oliva

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz (España)

María José Cervilla Garzón

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo de la Universidad de Cádiz (España)

Secretaría de redacción:

José Caro Catalán

Profesor Sustituto Interino de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España)

Pablo García Molina

Profesor Sustituto Interino de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España)

COMITÉ CIENTÍFICO

Francisco Escribano López

Profesor Emérito de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Sevilla (España)

Pedro Jesús Baena Baena

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla (España)

Ana María Carmona Contreras

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla (España)

Raquel Castillejo Manzanares

Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela (España)

Jesús Cruz Villalón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla (España)

José Alejandro del Valle Gálvez

Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cádiz (España)

Antonio Fernández de Buján y Fernández

Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid (España)

María Luisa Moreno-Torres Herrera

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga (España)

Daniele Negri

Professore Ordinario di Diritto processuale penale dell'Università degli Studi di Ferrara (Italia)

María del Carmen Núñez Lozano

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Huelva (España)

Andrés Rodríguez Benot

Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Pablo de Olavide (España)

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla (España)

Virginia Zambrano

Professore ordinario di Diritto Privato Comparato nell'Università di Salerno (Italia)

Joseph Carby-Hall

Director of International Legal Research en la University of Hull (Reino Unido)

Liliana Estupiñán Achury

Profesora de Régimen Territorial y Derecho Constitucional en la Universidad Libre (Colombia)

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos
<https://revistas.uca.es/index.php/rejucrim/login>
ISSN-e: 2660-7964
DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM>

Universidad de Cádiz
Facultad de Derecho
Avda. de la Universidad, 4
11406 Jerez de la Frontera (Cádiz)
revista.rejucrim@uca.es

Editorial  UCA
REVISTAS | Universidad de Cádiz

SUMARIO

EDITORIAL..... 3

Presentación 5

ISABEL ZURITA MARTÍN

ESTUDIOS..... 9

Técnicas jurídicas en la regulación de las medidas laborales y de Seguridad Social ante la crisis sanitaria por el coronavirus 11

JESÚS CRUZ VILLALÓN

La Unión Europea: limitación de la soberanía, al menos, dos beneficios colaterales..... 43

JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ

Homofobia y ley penal: la homosexualidad como paradigma de peligrosidad social en el Derecho penal español (1933-1995)..... 63

JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO

La deshonestidad de la mujer. Consejos y regulaciones en la Edad Moderna 103

FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ

ANÁLISIS 125

Neoconstitucionalismo ambiental y derechos de la Naturaleza en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano: El caso de Colombia 127

LILIANA ESTUPIÑÁN ACHURY

CRÓNICAS 145

La nueva versión INCOTERMS 2020..... 147

M^a PAZ MARTÍN CASTRO

A debate la seguridad jurídica en el Derecho Tributario. Congreso en homenaje al Profesor Francisco Escribano..... 153

FRANCISCO M. CARRASCO GONZÁLEZ

EDITORIAL

Presentación*

La *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos* comienza su andadura con el primer número que aquí presentamos. Como reza en su descripción, esta revista nace con la pretensión de servir de cauce a la reflexión jurídica y criminológica en su conjunto, escapando de las restricciones propias de la dedicación investigadora a cada una de las muy diversas áreas específicas en las que se despliegan estas ciencias. Este ámbito intencionalmente genérico queda con claridad reflejado en esta primera entrega, en la que se reúnen trabajos académicos diversos, tanto por las distintas ramas de la especialización científica a la que pertenecen, como por las diferentes características de las secciones a las que se adscriben. Como punto de partida de su trayectoria, este primer número de la revista consigue convertirse, pues, en ese deseado punto de encuentro e interrelación entre múltiples investigaciones que el equipo editorial se marcó como objetivo, abriendo con él una nueva vía de enriquecimiento científico en cualquiera de las disciplinas a las que va dirigida.

Este primer número de la *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos* sale a la luz con la publicación de siete trabajos académicos, distribuidos entre las distintas secciones de la revista -*Estudios, Análisis y Crónicas*-, en función de su contenido y alcance. La diversidad de los temas que se abordan nos permite hablar de temáticas tanto novedosas como tradicionales, de máxima actualidad o de cuestiones ancestrales, tanto prácticas como dogmáticas, pudiéndose atender con ello el interés de distintos sectores del conocimiento y la práctica del Derecho y la Criminología, objetivo también primigenio en la creación de esta nueva publicación.

La sección de *Estudios* se conforma de cuatro trabajos de investigación en el ámbito de áreas dispares, concurriendo en ellos, como máximo punto de conexión, el prestigio investigador de sus autores. En el primer artículo, tomando como referencia el efecto que la paralización de la actividad empresarial derivada de la crisis sanitaria del COVID-19 ha provocado en el ámbito laboral, Jesús Cruz Villalón, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla, analiza las “Técnicas jurídicas en la regulación de las medidas laborales y de Seguridad Social ante la crisis sanitaria por el coronavirus”. En este trabajo, el prof. Cruz analiza pormenorizada y críticamente el proceso de elaboración de las normas de urgencia emitidas durante el estado de alarma, la intervención de los diversos poderes públicos tanto en el proceso de aprobación como de aplicación de las mismas, así como el marginal protagonismo de la concertación social, la negociación colectiva y la participación de los trabajadores en la empresa.

En segundo lugar, José Ignacio Morillo-Velarde Pérez, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pablo de Olavide, se ocupa de una cuestión largamente debatida, como es la

* Cómo citar este trabajo: ZURITA MARTÍN, Isabel, “Presentación”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, nº 1, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 5-7, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i1.1>.

merma de la soberanía de los Estados por su pertenencia a la Unión Europea, pero que también en los últimos tiempos ha adquirido nuevo protagonismo en España por virtud de los efectos de distintos euroórdenes de tribunales españoles, y, más actualmente, por las reacciones de la Unión a las consecuencias de la pandemia. En “La Unión Europea: limitación de la soberanía, al menos, dos beneficios colaterales”, el prof. Morillo-Velarde reflexiona, en el que anuncia como el último trabajo antes de su jubilación, sobre la incidencia del Derecho de la Unión Europea en el problema de la huida del Derecho Administrativo, calificando la incorporación de España a la entonces CEE, junto a la aprobación de la Constitución Española, como los dos acontecimientos más relevantes para el Derecho Administrativo en sus casi cincuenta años de convivencia con él.

Juan María Terradillos Basoco, Profesor Emérito, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz, se ocupa de un tema que, lamentablemente, no deja de ser actual, en “Homofobia y ley penal: la homosexualidad como paradigma de peligrosidad social en el Derecho penal español (1933-1995)”. En este estudio, el prof. Terradillos realiza un repaso al tratamiento legal sistemático de la peligrosidad social en el Derecho español, evidenciando cómo, por encima de las diferencias de los sucesivos marcos normativos, la homosexualidad fue considerada paradigma de peligrosidad. Se finaliza reflexionando sobre la repercusión de la Constitución de 1978 en la materia y los logros de las últimas reformas legislativas.

Finalmente, en un terreno no contemporáneo, la sección de *Estudios* se cierra con un original trabajo de Francisco Carpintero Benítez, Profesor Colaborador Honorario, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cádiz, sobre “La deshonestidad de la mujer. Consejos y regulaciones en la Edad Moderna”, surgido al hilo del tema de investigación que actualmente le ocupa sobre la prostitución en tal época histórica. Este estudio transporta al lector a tiempos no por remotos menos interesantes, en tanto antecedentes históricos explicativos de muchas de las desigualdades y discriminaciones por razón de género que aún perviven en las sociedades de nuestro siglo.

La sección de *Análisis* aporta una nota de internacionalidad, con un trabajo de Derecho Constitucional a cargo de Liliana Estupiñán Achury, Profesora de Régimen Territorial y Derecho Constitucional de la Universidad Libre (Colombia), con el título “Neoconstitucionalismo ambiental y derechos de la Naturaleza en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano: El caso de Colombia”. El artículo aborda una cuestión altamente novedosa, como es la consideración de la Naturaleza como sujeto de protección jurídica en los textos constitucionales, materia que es actualmente objeto de intenso debate doctrinal y jurisprudencial en Colombia, especialmente con motivo de la Constitución Política de 1991.

El número se completa con la sección dedicada a *Crónicas*, que acoge dos trabajos informativos sobre sucesos de relevancia jurídica presentados por miembros de nuestro Consejo de redacción. El primero lo narra M^a Paz Martín Castro, Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Cádiz, destacando las principales novedades de “La nueva versión INCOTERMS 2020”; y el segundo, a cargo de Francisco M. Carrasco González, Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Cádiz, resume las aportaciones

más relevantes del Congreso en homenaje al Profesor Francisco Escribano, “A debate la seguridad jurídica en el Derecho Tributario”, celebrado entre los días 21 y 22 de noviembre de 2019, en el Salón de Actos del Campus de Jerez de la Universidad de Cádiz, que contó con una alta participación de profesores e investigadores españoles y extranjeros, así como también de profesionales del ámbito tributario.

Con tan denso y variado contenido, el equipo editorial de esta nueva *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos* invita al lector a adentrarse en todos y cada uno de los trabajos que en este primer número se divulgan, con la certeza de que no defraudarán sus expectativas.

Isabel Zurita Martín
Directora

ESTUDIOS

Técnicas jurídicas en la regulación de las medidas laborales y de Seguridad Social ante la crisis sanitaria por el coronavirus

Legal techniques in the regulation of labour and Social Security measures in the face of the coronavirus health crisis

JESÚS CRUZ VILLALÓN*

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla (España)

jesuscruz@us.es

 <https://orcid.org/0000-0002-1275-5289>

Resumen: La declaración del estado de alarma por el Gobierno en marzo de 2020, que ha confinado a la población en sus domicilios, con efectos muy intensos de paralización de la actividad empresarial, ha tenido un impacto muy notable en el ámbito de lo laboral, provocando una priorización decisiva del trabajo a distancia, un intento de canalización de la interrupción del trabajo por vías temporales que eviten despidos, así como importantes medidas de protección social para hacer frente a las pérdidas de ingresos a resultas de la imposibilidad de seguir trabajando.

El presente estudio, dejando de lado la significación y alcance de las medidas adoptadas, pretende analizar el proceso de elaboración de estas normas de urgencia, la intervención de los diversos poderes públicos tanto en el proceso de aprobación como de aplicación, así como el marginal protagonismo de la concertación social, la negociación colectiva y la participación de los trabajadores en la empresa. Desde este enfoque, se afrontan las especialidades de las medidas desde la perspectiva del juego de las reglas relativas a Fuentes del Derecho, así como del papel desempeñado por los actores protagonistas habituales en el desarrollo de nuestro sistema de relaciones laborales.

Abstract: *The declaration of the state of alarm by the Government in March 2020, which has confined the population to their homes, with very intense effects of paralyzing business activity, has had a very notable impact in the field of work, causing a decisive prioritization of remote work, an attempt to channel interruption of work through temporary procedures that avoid dismissal or redundancy*

Recepción: 11/05/2020

Aceptación: 02/06/2020

Cómo citar este trabajo: CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Técnicas jurídicas en la regulación de las medidas laborales y de Seguridad Social ante la crisis sanitaria por el coronavirus”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, nº 1, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 11-41, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i1.2>.

* Ha sido Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Cádiz en el período 1994-2002. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz en el período 1998-2002. Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz en el período 1994-1998.

procedures, as well as important social protection measures to face loss of income as a result of the inability to continue working.

The present study, leaving aside the significance and scope of the measures adopted in this context, aims to analyze the process of elaboration of these emergency regulations, the intervention of the various public powers both in the process of approval and application, as well as the marginal role of social consensus, collective bargaining and the participation of workers in the company. In this way, the specialties of the measures are addressed from the perspective of the game of the rules related to Sources of Law, as well as the role played by the habitual protagonists in the development of our system of labour relations.

Palabras claves: técnica normativa laboral, legislación de urgencia, concertación social, facultades administrativas laborales.

Keywords: *technical labor regulations, emergency legislation, social agreement, labor administrative powers.*

Sumario: 1. LAS MEDIDAS LABORALES Y SOCIALES COMO REFERENTE CENTRAL: UN ANÁLISIS DESDE LA TÉCNICA JURÍDICA. 2. LA LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE DERECHOS CONSTITUCIONALES. 3. EFECTIVIDAD Y EFICACIA DE LAS MEDIDAS LEGISLATIVAS. 4. UNAS MEDIDAS PARA LA EMERGENCIA: UNA NORMATIVA TRANSITORIA. 5. ELEMENTOS DE POSIBLE IMPACTO ESTRUCTURAL, 6. EL USO GENERALIZADO DEL REAL DECRETO-LEY, 7. CON ALGUNA PRECISIÓN REGLAMENTARIA MENOR, PERO DESORBITANTE. 8. IMPRECISIÓN NORMATIVA Y SUCESIVA INTERPRETACIÓN ADMINISTRATIVA: ¿TÉCNICA DE SOFT LAW?. 9. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL DE EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL, 10. MARGINALIDAD DE LA CONCERTACIÓN SOCIAL. 11. MARGINAL INTERVENCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DE LA CONSULTA A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA. 12. JUEGO DEL REPARTO COMPETENCIAL ESTADO-COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

1. LAS MEDIDAS LABORALES Y SOCIALES COMO REFERENTE CENTRAL: UN ANÁLISIS DESDE LA TÉCNICA JURÍDICA

El fortísimo impacto de la pandemia, provocada por el contagio del Covid 19, ha exigido que la declaración del estado de alarma por el Gobierno¹, a mediados de marzo de 2020, haya provocado medidas de enorme repercusión en la vida cotidiana del conjunto de la población. La imposición de un confinamiento en los domicilios particulares de la práctica totalidad de los residentes en todo el territorio español, ha tenido un impacto sobre muy diversos aspectos de la vida cotidiana, entre los que destacan, a los efectos que nos interesa tener en cuenta en estos

¹ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (BOE 14 de marzo), por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, modificado por el RD 465/2020, de 17 de marzo (BOE 18 de marzo), estado de alarma prorrogado por el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo (BOE 28 de marzo), prorrogado por segunda vez por el Real Decreto 487/2020, de 10 de abril (BOE 11 de abril); prorrogado por tercera vez por el Real Decreto 492/2020, de 24 de abril (BOE 25 de abril).

momentos, los que afectan a la suspensión de la actividad económica, lo que, por efecto derivado, ha desencadenado automáticamente una importante alteración o interrupción de multitud de trabajos. Como de manera plástica se ha descrito bien, la efectividad del confinamiento ha requerido que desde el poder público se produzca un modo de coma inducido de la actividad económica. Se trata de algo que, dentro de la ortodoxia de las políticas económicas, se presenta como una medida contra natura, dado que la práctica universal es que el poder público actúe prácticamente siempre a favor de la dinamización económica y de establecer mecanismos que promuevan el desarrollo económico al máximo nivel posible.

En todo caso, la profundidad de la medida necesariamente ha tenido un efecto automático sobre el empleo, de modo que prácticamente todos los trabajadores ocupados se han visto afectados por las medidas de confinamiento: unos, porque han debido seguir prestando sus servicios en sus domicilios a distancia cambiando no sólo el lugar de realización de su trabajo, sino que, además, como efecto reflejo, han visto modificadas muchas de sus condiciones de trabajo; otros, porque se ha paralizado por completo la actividad productiva de sus empresas, lo que les ha dejado sin trabajo, por mucho que se hayan establecido medidas laborales orientadas a favorecer que ello no produzca una destrucción de sus empleos sino exclusivamente un paréntesis temporal en tanto que dure la situación de excepcionalidad; finalmente, aquellos que han seguido trabajando en sus centros de trabajo, porque realizan tareas en servicios esenciales o en sectores críticos donde la trascendencia de su trabajo se ha visto exponencialmente incrementada, o bien porque se ha permitido un mínimo de actividad productiva en algunos sectores (construcción e industria), incluso éstas durante un pequeño lapso de tiempo también interrumpidas, pero que, en todo caso, han tenido que reforzar las medidas de prevención de riesgos laborales a efectos de evitar la propagación del contagio. Todo ello ha exigido la adopción de medidas laborales de reacción, orientadas a priorizar el teletrabajo, a canalizar las paradas de la producción a través de los ERTes, intentando evitar los despidos, adoptar medidas reactivas frente a la fuerte destrucción del empleo temporal, atender las paradójicas carencias de empleo en la actividad agrícola, así como establecer reglas singulares para quienes siguen trabajando, especialmente en sectores críticos o especialmente sensibles².

² Real Decreto-Ley 6/2020, de 10 de marzo (BOE 11 de marzo), por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública; Real Decreto-Ley 7/2020, de 12 de marzo (BOE 13 de marzo), por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19; Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo (BOE 18 de marzo), de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19; Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo (BOE 28 de marzo), por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19; Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19; Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril (BOE 8 de abril), por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario; Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril (BOE 22 abril), de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo; Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril (BOE 29 de abril), de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. ALFONSO MELLADO, C. y FABREGAT MONFORT, G., *COVID-19: Medidas del RDL 8/2020 en el ámbito laboral. Doctrina, legislación y formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. PRECIADO DOMÈNECH, C. H., "Aspectos laborales y de Seguridad Social del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19". MERCADER UGUINA, "J. Compromiso de empleo en los ERTES por fuerza mayor y COVID-19: más dudas, más incertidumbre", Foro de

Como complemento imprescindible a todo lo anterior, el número de personas que se han quedado sin trabajo, sea temporal o por tiempo indefinido, es muy elevado y, especialmente, ha supuesto una intensificación muy notable de situaciones de necesidad económica por pérdida de ingresos que incluso han afectado al acceso a bienes y servicios básicos³. Por tanto, desde el primer momento se detectó que las prestaciones económicas proporcionadas por nuestro sistema de Seguridad Social y, más ampliamente, de todo el entramado de nuestro modelo de protección social no llegaba a muchas de las situaciones de desamparo económico que se han producido y, por ello, la incorporación de nuevas de medidas de carácter social en este terreno ha sido importante y decisiva para compensar los perjuicios provocados por la paralización de la actividad económica.

En definitiva, la actuación en el campo de lo laboral y de la Seguridad Social ha constituido uno de los pilares básicos de la actuación del Gobierno para contrarrestar los efectos de la paralización económica, a su vez impuesta como necesaria a resultas de la obligada limitación de la movilidad de los ciudadanos en el marco del estado de alarma. Dicho de otro modo, las medidas laborales y sociales no han constituido un mero elemento de acompañamiento a la actuación para hacer frente a la crisis sanitaria, sino que han conformado un referente básico dentro del conjunto de las medidas adoptadas en este complejo escenario.

En todo caso, no pretende ser el objetivo inmediato de este trabajo el análisis del contenido de las medidas laborales y sociales que se han adoptado desde la perspectiva material, su alcance e impacto. Dejando al margen la importancia de la anterior perspectiva, a la que hemos dedicado su atención a través de otros textos, en esta ocasión nuestra pretensión es de enfoque más general en el plano de lo técnico jurídico y del juego de las Fuentes del Derecho en nuestro ordenamiento jurídico aplicadas a un contexto difícilmente previsible, pero para el que se presupone que nuestro sistema debe tener instrumentos jurídicos con los que actuar.

El punto de partida a estos efectos, es que la declaración del estado de alarma no constituye, ni mucho menos, una excepcionalidad en la aplicación de nuestro sistema normativo y, mucho menos, las previsiones constitucionales contempladas al efecto. En concreto, el estado de alarma no puede constituir un fundamento para alterar nuestro sistema normativo y, en particular, nuestro sistema de Fuentes del Derecho.

Eso sí, el propio ordenamiento jurídico contempla vías singulares de actuación frente a situaciones de cierta excepcionalidad y la derivada de la crisis sanitaria es emblemática a estos efectos. De este modo, sin haberse alterado las bases conforme a las que se construye nuestra legislación laboral y de protección social, las medidas adoptadas en este terreno, tanto en el

Labos. ROJO TORRECILLA, E., “Aula Iuslaboralista UAB. Dos meses que cambiaron las relaciones laborales”. FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Un repaso de síntesis a las modificaciones operadas en el DTSS desde el Real Decreto 463/2020 de declaración del estado de alarma. ¿Es suficiente este derecho laboral excepcional «por aluviones» frente a la pandemia del COVID-19?”, *CEF*, nº 445, 2020.

³ Además de las normas mencionadas en la nota precedente, Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo (BOE 1 de abril), por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19

ámbito normativo como en el ejecutivo o aplicativo, han presentado significativas especialidades, que merece la pena analizar. Esas especialidades no presentan un alcance menor, aunque sin llegar a alterar el diseño constitucional de nuestro sistema de relaciones laborales, ni siquiera el modelo práctico desarrollado a lo largo de todas estas décadas de funcionamiento democrático de las relaciones laborales. Eso sí, presentan una trascendencia que merece la pena analizar, a pesar de su impacto en principio limitado en el tiempo, dado que es la primera ocasión en el que se ha presentado un panorama de esta envergadura en la ya larga experiencia democrática de nuestro país, que ha requerido adoptar medidas excepcionales, que necesariamente van a dejar su poso. Incluso, lo extraordinario de la situación vivida, provoca que se acuñe la idea de que volveremos a una “nueva normalidad”. Sin lugar a dudas, el impacto económico, social y cultural será indiscutible para el futuro, al punto que ello obliga a reflexionar hasta qué punto esa posible “nueva normalidad” puede incluso incidir en la perspectiva jurídica, para desembocar en una en una “nueva normalidad jurídica”.

Es, pues, este el objetivo del presente trabajo, centrado en una identificación del modo como el poder público ha adoptado estas medidas legales en el ámbito de lo laboral y social, así como el modo como el propio poder público ha asumido la tarea de implementarlas con eficacia de manera inmediata.

2. LA LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

Por su trascendencia, el primer interrogante es el de hasta qué punto el estado de alarma ha limitado o impedido el ejercicio de derechos fundamentales o, más ampliamente, constitucionalizados desde la perspectiva laboral. Sin poder entrar en el interesante debate entre los constitucionalista acerca de si la situación de emergencia sanitaria provocada por el coronavirus y las medidas adoptadas para hacer frente a las mismas determinaba la posibilidad de declarar el estado de alarma o bien lo que procedía era declarar el estado de excepción (arts. 55, 166, 117 CE), centrándonos en las medidas adoptadas a resultas de la decisión gubernamental, desde el punto de vista formal, lo que se contempla en la Ley Orgánica reguladora del estado de alarma es que éste podrá “limitar la circulación o permanencia de personas”, aparte de poderse adoptar otras medidas que pueden afectar al derecho de propiedad, a la libertad de empresa o al acceso a servicios o productos⁴. De este modo, se podría decir que la declaración del estado de alarma no puede afectar de manera directa al disfrute y ejercicio de ninguno de los derechos laborales reconocidos constitucionalmente, ni en su perspectiva individual ni en la colectiva.

A pesar de ello, la intensidad de la limitación de la libre circulación, a resultas del confinamiento de la población, es de tal grado que ha provocado un impacto reflejo inmediato sobre el derecho al trabajo y el deber de trabajar; lo primero, en la medida en que ha impedido la continuidad de multitud de trabajos, lo segundo, en cuanto que se han desarrollado en este contexto los deberes

⁴ Art. 11 Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio (BOE 5 de junio), de los estados de alarma, excepción y sitio.

de ejecución de prestaciones personales obligatorias⁵. En paralelo ha limitado sustancialmente la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE), en la medida en que ha obligado al cierre de negocios. Más aún, el efecto reflejo es de tal magnitud que, aunque no limita otros derechos laborales, especialmente de carácter colectivo, los hace especialmente complicados en su ejercicio. Baste, sólo a título de ejemplo, tener presente cómo las imposiciones derivadas de la necesidad de mantener distancia de seguridad interpersonal dificulta el desarrollo de reuniones presenciales tanto sindicales como asamblea de trabajadores, lo sean a efectos de negociación colectiva, de actividad sindical, de desarrollo de los procesos de consultas en los procedimientos de ERTes por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas; sin olvidar tampoco cómo las actividades consideradas como críticas o esenciales durante el período de emergencia hace presumir que las mismas tienen igualmente el carácter de mínimos esenciales a efectos del posible desarrollo del derecho de huelga.

En todo caso, sin poder entrar en el análisis de los aspectos anteriores que, por muy importantes que puedan ser, se van a circunscribir en el ámbito temporal extraordinario del período correspondiente al estado de alarma. Más allá de lo anterior, me interesa llamar la atención acerca de los importantes desafíos que para el futuro y de posible alcance permanente puedan tener esa anunciada “nueva normalidad” tras la superación de la emergencia sanitaria. En este otro territorio de lo que puede surgir como un debate más en el medio y largo plazo, me parecen especialmente significativas ciertas medidas que se barruntan en orden a controlar futuros contagios o diseminación del virus, que pueden afectar al derecho a la privacidad de las personas y, en particular, de los trabajadores (art. 18 CE). En concreto, en este ámbito van a resurgir con fuerza los debates en torno a los controles de la vigilancia de la salud de los trabajadores, incluidos, por ejemplo, la extensión de controles cotidianos a la totalidad de la plantilla de la temperatura al ingreso en el centro de trabajo⁶. Esto último entraría dentro de la categoría de los que se denominan controles biométricos, cuyo tratamiento de datos se encuentra significativamente limitado por la normativa sobre protección de datos, si bien la misma abre paso a ciertas excepciones justificadas, entre las que se encontrarían, a nuestro juicio, las que estamos comentando en este momento⁷. A estos efectos, recuérdese que la voluntariedad del consentimiento como regla general cede en la regulación vigente cuando su estado de salud “puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa”⁸. En estos términos, no ya es sólo que los controles

⁵ Art. 8 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (BOE 14 de marzo).

⁶ Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2, Ministerio de Sanidad, 8 de abril de 2020, <https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/PrevencionRRL COVID-19.pdf>. Un comentario a ello en J. Mercader Uguina, ¿Quién puede controlar la temperatura de los trabajadores? Comenzando a pensar en el desescalado, <https://forodelabos.blogspot.com/2020/04/quien-puede-controlar-la-temperatura-de.html>

⁷ Art. 9.2 b y h Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril (DOUE 4 de mayo), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

⁸ Art. 22 Ley 31/1995, de 8 de noviembre (BOE 10 de noviembre), de Prevención de riesgos Laborales, en conexión con la disp. adic. 17ª Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (BOE 6 de diciembre), de protección de

de verificación de si el trabajador pueda dar positivo en el contagio del virus puedan ser realizados por la autoridad pública sanitaria, sino incluso si pueden ser exigidos por el empleador a todos sus empleados, en el ejercicio de sus facultades de revisión del estado de salud del trabajador, especialmente a la vista de que los asintomáticos también pueden transmitir la enfermedad. Ciertamente, cuando está en juego el derecho a la vida y a la salud de todos, este tipo de controles resultan plenamente justificados, pero ello debe conciliarse con el derecho a la privacidad del trabajador y, por ende, deberán establecerse los necesarios protocolos en cuanto al modo de realizarlos y a la gestión de las bases de datos que se traten y mantengan al efecto.

Al mismo tiempo, y en el extremo opuesto, determinados trabajadores especialmente sensibles, bien lo sean por razones de salud o bien lo sean por razones de personales de percepción del peligro, pueden optar por el uso en el centro de trabajo tanto de guantes como de mascarillas, que pueden no ser bien aceptadas por la empresa por razones de imagen frente al resto de sus compañeros, de la clientela, de suministradores o de otras personas relacionadas con la empresa. En ello, indiscutiblemente, va a influir la generalización de ciertos hábitos sociales por parte de la población, pero desde luego en esas actitudes de parte de los trabajadores estará en juego su derecho a la salud, incluso en algunos casos su derecho a la propia imagen, lo que habrá de ser muy tomado en consideración a los efectos de resolver el posible conflicto de intereses que se plantee al efecto.

Como contrapunto a lo anterior, como algo claramente diferenciado a los controles de salud, se encontraría la hipótesis de solicitar al trabajador un certificado de inmunidad frente al virus, a modo de lo que se ha venido denominando el “pasaporte de inmunidad”, particularmente delicado en la hipótesis de que está práctica se extienda en los momentos de desarrollo de los procesos de contratación laboral. Esta es una práctica que, a nuestro juicio, iría frontalmente contra la normativa europea y nacional en materia de protección de datos personales, sin perjuicio de que, como excepción ello, pudiera ser admisible para ciertos trabajos para los cuales el trabajador debe superar determinadas condiciones de salud y ausencia de riesgos de diseminación de contagios víricos en particular⁹.

3. EFECTIVIDAD Y EFICACIA DE LAS MEDIDAS LEGISLATIVAS

Uno de los rasgos más extendidos entre la legislación laboral reside en la dificultad de que sus reglas resulten de real aplicación y cumplimiento (efectividad), así como que cumpliéndose logren sus objetivos y fines (eficacia)¹⁰. Más allá de la obligada hermenéutica más formal de análisis de las normas jurídicas, al estudioso le corresponde adentrarse en la no fácil tarea de comprobar hasta qué punto las normas laborales se cumplen efectivamente, del mismo modo

datos personales y garantía de los derechos digitales.

⁹ Sobre el particular, CRUZ VILLALÓN, J., *Protección de datos personales en el proceso de contratación: facultades y límites de actuación del empleador*, Bomarzo, Albacete 2019, págs. 49 ss.

¹⁰ Sobre el particular, AA.VV. (J. Cruz Villalón coord.), *Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

que diagnosticar si el proceso aplicativo de la norma ha desembocado en el logro de los objetivos que realmente pretendía el legislador con ello¹¹.

Desde esta perspectiva, la contundencia de las normas laborales aprobadas en el contexto de un escenario de crisis sanitaria de esta envergadura, así como de la intensidad de los controles desarrollados para asegurar su cumplimiento, permiten adelantar que el grado de cumplimiento y de eficacia de las medidas adoptadas ha sido casi universal. Naturalmente, en este contexto hay que diferenciar entre eficacia de la finalidad central y de los fines instrumentales para lograr la anterior, en el sentido de que la finalidad central no es otra que el confinamiento de la población con vistas a lograr la contención de la diseminación del virus, mientras que el objetivo instrumental lo constituye lo pretendido con las medidas laborales orientadas a lograr dicho confinamiento, así como con las medidas sociales dirigidas a contrarrestar los efectos negativos derivados de la pérdida de ingresos a resultas de la paralización de la actividad empresarial provocada igualmente para asegurar el confinamiento.

Pues bien, centrados en las medidas laborales y sociales, puede afirmarse, en una primera aproximación, que su nivel de eficacia ha sido considerablemente elevado. Desde el punto de vista laboral, la aplicación de la prioridad del teletrabajo y la centralidad adquirida por los ERTEs resulta indiscutible, mientras que desde el punto de vista social ha resultado igualmente plenamente efectiva la ampliación de las prestaciones de Seguridad Social a ciertos colectivos que con la regulación establecida hasta ahora no percibirían prestaciones económicas. Se trata de medidas de enorme envergadura en cuanto a su implementación, tanto desde el punto de vista de los trabajadores que se han visto afectados por las mismas, como desde la perspectiva de las cantidades destinadas a la ampliación de la protección social de estos trabajadores, incluidos los medios materiales y personales puestos al servicio de la gestión administrativa de tales medidas.

Eso sí, un análisis más profundo y completo de la efectividad y eficacia de las medidas laborales y sociales requiere también señalar algunos aspectos que matizan e incluso pueden llegar a corregir la conclusión precedente.

Por lo que se refiere al teletrabajo, más allá de la declaración formal como una cuasi obligación de empleador y trabajador de adaptarse a un régimen de trabajo a distancia en la medida en que técnica y económicamente ello sea posible, así como de alguna flexibilización en el cumplimiento de las exigencias relativas a la prevención de riesgos laborales, la normativa ha establecido pocas novedades. De este modo, esas pocas novedades es difícil que hayan sido las determinantes de un efecto tan impactante como el de que varios millones de trabajadores en un tiempo muy breve hayan pasado a ejecutar su prestación en régimen a distancia. Posiblemente el cambio ha derivado normativamente sobre todo de la regla de orden público que ha impuesto el confinamiento, unido a los esfuerzos por parte de las empresas de no provocar la paralización total de su actividad productiva. A la postre, puede afirmarse que la

¹¹ CRUZ VILLALÓN, J., “La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo”, *Temas Laborales*, nº 132, 2016, págs. 103 ss.

eficacia de la medida ha residido más en la capacidad tecnológica de las empresas y, en concreto, en el grado de digitalización de sus medios técnicos y productivos, que son los que han propiciado un cambio organizativo de tanto calado como el que se ha producido y además en un lapso de tiempo tan breve. Dos matices importantes adicionales han de ser introducidos al respecto. Primero, que una cosa es que se haya extendido a muchos empleados el régimen del teletrabajo y otra diferente, difícil de ponderar, es hasta qué punto ello ha logrado realizarse con grados de eficiencia y productividad suficiente para las empresas. Segundo, que el proceso de cambio ha sido más fácil entre las grandes empresas, mientras que ha sido más complejo y difícil entre las pequeñas y micro empresas.

En cuanto a la canalización preferente de las interrupciones del trabajo a través de los ERTEs, con vistas a contener los despidos también la eficacia de la medida requiere de dos precisiones de notable importancia.

De un lado, ha de tenerse presente que, a pesar del número tan elevado de trabajadores afectados por las suspensiones de contrato vía los procedimientos de los ERTEs, también es muy intenso el número de extinciones contractuales detectadas a tenor de los datos de bajas en la afiliación a la Seguridad Social a partir de la declaración del estado de alarma. En particular, los ERTEs no han sido vehículo de contención de las denuncias *ante tempus* de los contratos temporales, de modo que más de medio millón de contratos de trabajo temporales se han extinguido en apenas quince días; la medida de prórroga de contratos temporales y de incentivo a su incorporación a los ERTEs ha llegado tarde, incluso es probable que ni siquiera haya contenido con suficiencia la continuidad de las extinciones de contratos temporales a partir de esa fecha. Ello no constituye ninguna novedad, sino que muestra una vez más el uso desviado de la contratación temporal dentro de nuestro ordenamiento jurídico, cómo se utiliza más como instrumento de ajuste de empleo ante las situaciones de crisis que como institución destinada a atender las necesidades de trabajo coyunturales en la actividad empresarial.

De otro lado, la eficacia real de la institución de los ERTEs ante la emergencia sanitaria sólo se podrá diagnosticar debidamente cuando transcurra el ciclo completo de reactivación económica y, en la medida en que la misma se verifique una cierta inmediatez y celeridad. En concreto, lo que está por ver es si, una vez levantado el estado de alarma, es posible retornar a un escenario de vuelta dentro de un tiempo razonablemente breve al nivel de actividad empresarial precedente a la emergencia sanitaria. De ser así, se logrará la plena eficacia de la medida, con la reincorporación a la ocupación efectiva de los trabajadores con suspensión de sus contratos o con reducción de jornada. De no ser así, la medida habrá sido voluntariosa y bienintencionada, pero, por desgracia, vendrá sucedida de pérdidas definitivas de empleo, vía posteriores despidos individuales o colectivos. Desde luego, que se desemboque en líneas generales en uno u otro escenario dependerá de muchos factores, probablemente los más relevantes ajenos a las medidas legislativas laborales adoptadas o que se puedan adoptar. Sin poder entrar en la justificación razonada que ello requeriría, nos atrevemos a afirmar que la mera declaración como injustificados de los despidos decididos con base en la imposibilidad temporal de continuar la actividad laboral a resultas de la declaración del estado de alarma, así como el compromiso de mantenimiento del empleo durante seis meses posteriores al levantamiento de la emergencia sanitaria para quienes se acojan a un ERTE por fuerza mayor, son medidas que

pueden contener un mensaje del legislador hacia las empresas, pero que difícilmente pueden tener un valor compulsivo como para garantizar la plena reincorporación a sus puestos de trabajo de los trabajadores sometidos a los ERTes, ni siquiera que las sanciones jurídicas derivadas de su incumplimiento tengan la capacidad suficiente de orientar las decisiones empresariales al respecto. Con ello no queremos defender que dichas medidas han sido insuficientes y que el legislador debería haber adoptado reglas más contundentes en el terreno del *hard law* impositivo llevado al máximo de lo prohibitivo o sancionador, porque creemos que ello no sería de mayor eficacia a lo adoptado; por el contrario, intuimos que esa otra opción, aparte de haber sido mucho más conflictiva, no habría dado resultados más beneficiosos comparativamente con las adoptadas. Por ser más precisos, lo que queremos indicar es que el margen de gestión del mercado de trabajo por parte de la norma laboral aisladamente considerada en este escenario resulta claramente limitada: a nuestro juicio, parece indiscutible que el panorama de futuro se decante más por la recuperación de la situación precedente que por una fuerte destrucción de empleo puede depender sobre todo de políticas económica generales, más de carácter extralaboral, sin perjuicio de que también serán necesarias medidas adicionales que propicien una más fácil transición desde la paralización profunda de la economía a su necesaria progresiva recuperación.

Por lo que se refiere a las medidas sociales adoptadas, en concreto las relativas a la ampliación de la cobertura de las prestaciones de Seguridad Social, especialmente desde el punto de vista subjetivo, puede afirmarse que se han detectado bastante bien los ámbitos en los que la regulación precedente dejaba fuera de la acción protectora a importantes grupos de trabajadores que veían interrumpidos sus ingresos a resultas de la imposibilidad de seguir trabajando: trabajadores sin el período de cotización suficiente para percibir la prestación por desempleo (tanto a efecto de los ERTes como de las extinciones de los contratos temporales), personal del servicio doméstico no protegido frente al desempleo, trabajadores autónomos que cesan en su actividad o que ven intensamente reducidos sus ingresos. Incluso, en términos intuitivos, si bien ello requerirá en su momento realizar la valoración más ajustada, se puede barruntar que la eficiencia de estas medidas ha sido bastante notable, entendido el término eficiencia en la noción clásica de los economistas de la relación existente entre el costo de una medida y el impacto material que la misma tiene en orden a lograr el objetivo pretendido con la misma.

Eso sí, también en este terreno se han detectado ciertas bolsas de población marginal que ha quedado fuera, cuando menos hasta el momento presente, de ser atendidas frente a una situación de necesidad surgida una vez más a resultas de la paralización de la actividad económica. Se trata de bolsas de población que ya con anterioridad detectaban insuficiencias en su atención por el conjunto del sistema de protección social, derivado bien lo sea por su ubicación en el ámbito de la economía sumergida, por sus fuertes responsabilidades familiares que sólo le permite una incorporación marginal al mercado de trabajo, o bien por la mera realización de micro empleos que lo sitúan dentro del perfil de los denominados como trabajadores pobres. Todo ello ha provocado una nueva lectura de las propuestas en torno al establecimiento de un ingreso mínimo vital para estos colectivos, si bien no en clave de renta universal, sino de prestación no contributiva de la Seguridad Social; además del establecimiento de esta renta mínima vital con carácter estructural y no exclusivamente en clave de reacción coyuntural al escenario de emergencia sanitaria provocada por el coronavirus.

4. UNAS MEDIDAS PARA LA EMERGENCIA: UNA NORMATIVA TRANSITORIA

Uno de los rasgos caracterizadores más destacados de las medidas laborales y sociales adoptadas con ocasión del estado de alarma reside en el dato de tratarse de medidas “para” la emergencia, adoptadas “ante” la emergencia.

Es importante resaltar la diferencia frente a actuaciones del pasado, incluso algunas de ellas en las que se utilizaba una expresión muy similar como era la de Derecho del Trabajo “de” la emergencia, para reaccionar precisamente a un escenario crítico en la evolución del empleo y del mercado de trabajo. En muchas otras ocasiones, incluso diríamos en la mayoría de las ocasiones, las reformas laborales más profundas y de carácter estructural se han producido como reacción frente a un proceso de intenso deterioro del empleo. Ahora bien, en esta ocasión nos encontramos ante un contexto cualitativamente diferente, por mucho que haya ese elemento común de una fuerte tendencia a la destrucción del empleo. Lo cualitativamente diferente es que ahora se trata de reaccionar frente a una causa externa a lo económico situada en el terreno de la tutela del derecho a la salud, en tanto que en las situaciones precedentes se actuaba frente a escenarios depresivos del ciclo económico, donde, por añadidura, prevalecía una idea de que la rigidez de la norma laboral era un obstáculo no sólo para hacer frente a la crisis de empleo y a la sucesiva reactivación de la economía; más aún, donde subyacía la consideración de que esa normativa laboral había devenido inadecuada para responder a un nuevo modelo económico más globalizado, competitivo, más cambiante en situaciones incluso de crecimiento del ciclo económico y, por ende, necesariamente más flexible. En definitiva, las experiencias precedentes de reformas legislativas, por mucho que se afirmase que se adoptaban en el marco “de” la emergencia, acababan no siendo unas reformas “para” la emergencia”, sino que se incorporaban para quedarse y, como tales, se hacían estructurales para un nuevo marco estable del ordenamiento laboral.

Como contraste a ello, las medidas laborales, pero también las de Seguridad Social adoptadas, no es sólo que formalmente se presenten como actuaciones “para” la emergencia, sino que, en correspondencia con ello, su configuración jurídica es de manera prácticamente universal para tener una vigencia muy limitada en el tiempo, sin pretender efectuar modificación alguna a los textos de nuestra legislación laboral. Dicho plásticamente, las medidas en su conjunto constituyen una gran “disposición transitoria”, llamadas a agotarse en su vigencia apenas se supere la situación de emergencia derivada de la declaración del estado de alarma. De manera expresa así lo indican todas las medidas tanto laborales como de Seguridad Social, o bien, cuando así no se indica en el precepto concreto a través del cual se introduce la reforma, sí que lo hace la concreta norma en la que se incorpora, norma ésta en su totalidad de vigencia limitada en el tiempo¹².

¹² Como una de las poquísimas excepciones a ello podríamos mencionar la ampliación de la tipificación de las infracciones administrativas en el falseamiento de datos con vistas a obtener indebidamente prestaciones por desempleo (disp. final 3ª Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril (BOE 22 abril), de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo.

Por añadidura, conviene recordar que este Gobierno de coalición recién acababa de tomar posesión e iniciar una legislatura, donde se contemplaban unos compromisos de reforma de la legislación laboral, no sólo orientada a corregir la normativa introducida por la reforma laboral de 2012 en el contexto de la última crisis económica, con la que manifestaba su oposición, sino que pretendía acometer todo un ambicioso proyecto de elaboración de un “nuevo” Estatuto de los Trabajadores¹³. Lo más destacable a estos efectos es que en ningún caso, salvo algún aspecto muy secundario (en concreto, lo relativo a la determinación del interlocutor en representación de los trabajadores en las consultas en los expedientes temporales de suspensión por causas económicas), ninguna de las medidas adoptadas se conecta con los elementos proyectados de reforma estructural de la legislación laboral contenidos en el acuerdo de programa de Gobierno de la coalición de partidos actual. Más aún, puede afirmarse que el escenario de emergencia ha provocado una completa paralización de la implementación de las reformas legislativas estructurales que se pensaban adoptar.

5. ELEMENTOS DE POSIBLE IMPACTO ESTRUCTURAL

Eso sí, ese carácter de gran “disposición transitoria” que caracteriza al conjunto de las medidas laborales y sociales adoptadas, puede que no se detenga por completo en un resultado de impacto limitado en el tiempo de las medidas. Más que las medidas en sí mismas, lo que se advierte es que el escenario presentado posiblemente va a tener una proyección en el tiempo desde la perspectiva del empleo mayor de la inicialmente esperada y, sobre todo, que la implementación de las medidas ha evidenciado en la práctica ciertas deficiencias de nuestra normativa. Se trata de unas deficiencias que con seguridad auguran cuando menos un debate con proyección más en el largo plazo; debate que puede dar lugar a reformas de carácter estructural, que, por añadidura, alguna de ellas ni siquiera se encontraban dentro de la relación de modificaciones incluidas dentro del actual programa de gobierno.

Por mencionar sólo dos de los aspectos más señalados, uno en el ámbito de lo laboral y otra en el ámbito de lo social, merece la pena destacar los siguientes.

Por lo que refiere al ámbito laboral, se han detectado de manera inmediata las insuficiencias y la manifiesta pobreza de la normativa existente en torno al teletrabajo. El cambio en las empresas a estos efectos ha sido tan vertiginoso y ha manifestado algunas ventajas cualitativas, que es previsible un protagonismo muy superior del trabajo a distancia en nuestras empresas. Con seguridad esa expansión no se produzca en los términos actuales en la situación de confinamiento, que determina una fórmula excepcional de teletrabajo a distancia a tiempo completo, sino que se extiendan fórmulas intermedias de trabajo semipresencial o semi a distancia; en todo caso, de fórmulas para las que se advierte la clara insuficiencia de la regulación actual¹⁴. De igual forma, la amplia expansión de los ERTes ha manifestado el alto

¹³ Sobre el particular, CRUZ VILLALÓN, J., “Hacia un nuevo Estatuto de los Trabajadores”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 63, 2020, págs. 28 ss.

¹⁴ Sobre el particular, CRUZ VILLALÓN, J., “Teletrabajo y coronavirus: de la emergencia a la permanencia”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, en prensa.

consenso en cuanto a su utilidad en situaciones de crisis temporales de empleo, lo que puede aconsejar una adaptación con más precisión de algunos de sus aspectos regulativos.

Por lo que afecta a las medidas sociales, ya hemos señalado cómo se han detectado bolsas de población desasistida por la actuación integrada de la acción protectora de la Seguridad Social junto con la intervención de las Comunidades Autónomas en materia de Asistencia Social, cuando menos de un tratamiento de garantía de umbrales mínimos comunes para todos los territorios, que está llamando a completar las prestaciones no contributivas de Seguridad social de manera permanente, por vía de la introducción del llamado ingreso mínimo vital. Es una medida que debe perfilar con precisión las situaciones de necesidad a las que se pretende hacer frente, para garantizar que sus destinatarios sean aquellas personas y hogares que efectivamente lo precisan, estableciendo las necesarias reglas a efectos de conjurar riesgos tanto de que estos beneficiarios queden atrapados en el desempleo o subempleo, así como de no provocar un efecto indirecto indeseado de anclaje de estas personas en la economía sumergida.

6. EL USO GENERALIZADO DEL REAL DECRETO-LEY

En clara correspondencia con el carácter de emergencia, inesperadamente sobrevenida y que requiere de la adopción de cambios legislativos urgentes, que, por añadidura, afectan a materias para las que rige la correspondiente reserva de Ley, las medidas tanto laborales como sociales adoptadas se producen todas ellas a través del instrumento del Real Decreto-Ley, conforme a las disposiciones mencionadas en las notas iniciales del presente trabajo. Debe tenerse en cuenta, además, que esta práctica de introducir reformas laborales en escenarios de crisis económicas por vía de Real Decreto-Ley tiene una larga tradición entre nosotros, en las más de las ocasiones avaladas por nuestro Tribunal Constitucional, de modo que se trata de un fenómeno al que estamos bastante acostumbrado en el ámbito de la legislación laboral, por mucho que en reiteradas ocasiones resulta abusivo y contrario al protagonismo que le debe corresponder al Parlamento y resto de instituciones que colaboran en el proceso de elaboración normativa.

Cierto que lo anterior no es referible a las normas de urgencia que estamos analizando en el presente estudio. A pesar de que el poder ejecutivo en reiteradas ocasiones ha adoptado una actitud claramente expansiva del uso del instrumento del Real Decreto-Ley, en muchas ocasiones forzando el cumplimiento de los requisitos exigidos constitucionalmente para poder adoptar una norma de esta naturaleza, con recurrente revisión por parte del Tribunal Constitucional, con toda seguridad se puede afirmar que en esta ocasión nos encontramos ante una situación fáctica y frente a un tipo de cambios legales para los que queda plenamente justificado el uso del Real Decreto-Ley. En otros términos, se trata de un uso del Real Decreto-Ley, que se atiene sin ninguna duda a los requisitos constitucionales, tanto en su vertiente formal (extraordinaria y urgente necesidad, junto al carácter provisional de las normas aprobadas) como material del tipo de materias objeto de atención (art. 86.1 CE). En esta ocasión, las sucesivas exposiciones de motivos con clara contundencia y facilidad aportan las razones que avalan en estos casos la aprobación de las medidas por medio de la vía del Real Decreto-Ley.

Es cierto que en algunos aspectos el contenido de las medidas adoptadas podría llegar a afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I del propio texto constitucional, lo que se encuentra expresamente excluido del contenido posible de los Reales Decretos-Ley. No obstante, ha de tenerse en cuenta, de un lado que la jurisprudencia constitucional es bastante permisiva a estos efectos, entendiendo tan sólo que lo que no se permite es que el Real Decreto-Ley regule el “régimen general” de los derechos laborales y libertades públicas, de modo que con ello se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de algunos de tales derechos¹⁵. De otro lado, que esa regla cede en parte a resultas de la declaración del estado de alarma por lo que afecta a las limitaciones establecidas en el derecho de libre circulación al objeto de lograr la finalidad pretendida del confinamiento de la ciudadanía para contener la propagación de la epidemia; limitación en el derecho de libre circulación, que puede tener efecto reflejo, a nuestro juicio fundado en otros derechos constitucionales, como son especialmente los relativos a la libertad de empresa y al derecho y el deber a trabajar.

Por lo demás, constituye práctica muy habitual en la técnica legislativa, de nuevo reiterado en las reformas laborales de urgencia, que la convalidación del correspondiente Real Decreto-Ley venga sucedido de un acuerdo de la mesa del Congreso de los Diputados por medio del cual su tenor es convertido en un proyecto de ley. Proyecto de Ley que, a partir de ese instante, se somete al procedimiento ordinario de tramitación parlamentaria y, con ello, recuperando el Parlamento su plena capacidad legislativa, especialmente por lo que supone de posibilidad de enmendar el texto inicial del Gobierno. Pues bien, por lo que afecta a las medidas laborales y sociales, la práctica totalidad de los Reales Decretos-Ley citados han sido transformados en proyectos de Ley¹⁶. No obstante, salvo para algún asunto puntual, en todo caso ajeno a las materias que estamos tratando en este estudio, la decisión de conversión tiene un alcance más simbólico o de valor político, por cuanto que posiblemente tales iniciativas es bastante previsible que van a decaer a lo largo de su tramitación parlamentaria. En efecto, por acelerada que sea dicha tramitación parlamentaria y a pesar, por tanto, de que haya decidido tramitarse con atribución de competencia plena a la Comisión del Congreso correspondiente por el procedimiento de urgencia, lo más previsible es que el levantamiento del estado de alarma provoque la pérdida de vigencia de la práctica totalidad de las medidas, con lo cual carezca de sentido una aprobación de una Ley ordinaria con contenido vacío en su dinámica temporal y sin posibilidades de que a las medidas se le atribuyan efectos retroactivos. La plena transitoriedad de las medidas así lo augura.

¹⁵ Por todas, STC 111/1983, de 2 de diciembre, ECLI:ES:TC:1983:111 (BOE 14 de diciembre). CARMONA CONTRERAS, A., *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. y “El Decreto-Ley en tiempos de crisis”, *Revista Catalana de Dret Públic* nº 47 (2013), págs. 1 ss.

¹⁶ En el momento de redactar el presente trabajo ya se había adoptado por la Mesa del Congreso la decisión de conversión en Proyecto de Ley respecto de los Reales Decretos-Ley 8/2020, 9/2020, 10/2020, 11/2020 y 13/2020. Los que no se han adoptado posiblemente se deba a que no ha existido tiempo material de acordarlo en el seno de la Mesa del Congreso a la fecha de redacción de la presente nota.

7. CON ALGUNA PRECISIÓN REGLAMENTARIA MENOR, PERO DESORBITANTE

Otro de los elementos más significativos, por lo llamativo y singular desde el punto de vista de las Fuentes del Derecho, es el recurrente uso que se ha hecho de decisiones de rango reglamentario inferior, como es el acudir de manera muy recurrente a la aprobación de Órdenes Ministeriales, a través de las cuales se desarrolla el contenido tanto del Real Decreto de estado de alarma como de los Reales Decretos-Ley a través de las que se implementa este último a través de las medidas de muy diverso tipo adoptadas. Incluso a veces se trata de decisiones que incluso presentan dudas de su carácter reglamentario, en la medida en que se dictan por medio de simples Resoluciones de órganos administrativos inferiores al propio Ministro. A mayor abundamiento, se trata de una actuación conforme a la delegación a los cuatro Ministerios designados como autoridades competentes delegadas: Defensa, Interior, Transportes y Sanidad¹⁷. Por tanto, esa profusión de Órdenes Ministeriales en ningún caso se produce respecto del Ministerio de Trabajo y Economía Social, si bien es cierto que las aprobadas por los ministerios mencionados sí que inciden en algunos casos de manera directa o indirecta sobre el desarrollo o el impedimento del trabajo en determinados sectores¹⁸.

Una vez más, esta actuación sólo se puede contemplar desde la perspectiva de la situación de emergencia derivada de la declaración del Estado de Alarma, por tanto, entendido como una actuación excepcional y transitoria, que en modo alguno puede marcar un precedente al objeto de deslegalizar cierto tipo de materias, ni tampoco de reducir las exigencias de que el ejercicio de la potestad reglamentaria con carácter general le corresponde al Consejo de Ministros, a través de la aprobación de los correspondientes Reales Decretos. Especialmente recordar que constitucionalmente la reserva de ley ordinaria se encuentra perfectamente delimitada y no puede ser eludida en situaciones de excepcionalidad, como son los estados de alarma, cuyo respeto se puede canalizar en todo caso a través del instrumento del Real Decreto-Ley. A mayor abundamiento debe recordarse que constitucionalmente la potestad reglamentaria la ejerce el Gobierno (art. 97 CE), que está compuesto por el Presidente, Vicepresidente, de los Ministros y de los demás miembros que establezca la Ley. A estos efectos, ninguna Ley en estos términos ha ampliado la composición del Gobierno más allá de lo previsto constitucionalmente¹⁹. A tenor de ello, si bien los Ministros, a través de órdenes Ministeriales pueden aprobar disposiciones de carácter reglamentario, que en modo alguno pueden invadir la reserva de Ley ordinaria constitucionalmente establecida, ello no cabe realizarlo por vía de Resoluciones administrativas por parte de autoridades ministeriales inferiores al Ministro. A tenor de todo lo anterior, debe concluirse necesariamente que en algunos casos se han producido indiscutibles excesos, que no

¹⁷ Art. 4 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (BOE 14 de marzo), por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

¹⁸ Véase a título de ejemplo la prohibición de desarrollo de actividades de construcción o de reparación en las viviendas o locales donde estén presentes personas ajenas a la obra (OM SND de 12 de abril, BOE 12 de abril), o bien a la exención temporal del cumplimiento de las normas de conducción y descanso en los transportes de mercancías (Resolución de la dirección General de Transporte Terrestre de 14 de abril de 2020, BOE 15 de abril).

¹⁹ Art. 1 Ley 50/1997, de 27 de noviembre (BOE 28 de noviembre), de Gobierno.

pueden justificar ni la excepcionalidad del momento ni la urgencia en la adopción de cierto tipo de decisiones, bien porque han sido adoptadas por parte de autoridades inferiores al Ministro, bien porque adoptadas por vía de Orden Ministerial han invadido el territorio correspondiente a la reserva de ley ordinaria, en los términos constitucionalmente previstos. Por último, no está de más recordar que el espacio normativo asumido por las disposiciones reglamentarias, como criterio general, es muy reducido, en la medida en que se prevé que “las disposiciones reglamentarias desarrollarán los preceptos que establecen las normas de rango superior, pero no podrán establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las leyes a desarrollar” (art. 3.2 ET)²⁰.

8. IMPRECISIÓN NORMATIVA Y SUCESIVA INTERPRETACIÓN ADMINISTRATIVA: ¿TÉCNICA DE SOFT LAW?

Resulta cada vez más habitual que la técnica jurídica de redacción de los textos legales adolezca de dosis elevadas de falta de precisión en el mandato legal, lo que como efecto derivado provoca una enorme incertidumbre legislativa, con efectos negativos sobre la seguridad jurídica como uno de los principios informadores básicos de cualquier Estado de Derecho (art. 9.3 CE). No cabe la menor duda de que en ocasiones resulta imprescindible que el legislador acuda al uso tan extendido de conceptos jurídicos indeterminados, que siempre aportan un halo de incertidumbre necesario para lograr contemplar un amplio abanico de situaciones, lo que no aconseja una rigidez en la objetivización de los supuestos de hecho determinantes de la aplicación de la regla laboral; fenómeno este que puede resultar plenamente compatible con las exigencias constitucionales de seguridad jurídica. Pero, en este caso no nos estamos refiriendo al uso de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, sino de otro tipo de defectos técnicos de mayor gravedad, que provocan auténticas situaciones de inseguridad jurídica, difícilmente justificables.

Esta inseguridad jurídica, a su vez, da lugar en unas ocasiones a un incremento de la litigiosidad judicial y en otros casos a una intensificación del margen de actuación de la Administración laboral en su labor de ejecución de la legislación laboral y, en todo caso, coloca a los destinatarios de esas normas en una posición de notable dificultad a la hora de decidir cómo adaptan sus comportamientos a los efectos de un correcto cumplimiento de las medidas legislativas adoptadas.

Analizada desde esta perspectiva, la de redacción de las normas aprobadas para introducir las medidas laborales y sociales de actuación frente a la emergencia sanitaria, puede afirmarse que en este caso este tipo de imprecisiones técnicas se perciben como más reiteradas, incluso cabe aventurar que, en algunos casos, conscientemente introducidas por el legislador y no atribuibles a la mera celeridad con la que se ha producido la elaboración de estas medidas legislativas. Baste con citar algunos ejemplos elocuentes a estos efectos: ¿quiénes son los sujetos afectados y cuáles son los efectos y alcance del compromiso de mantenimiento del empleo a las empresas

²⁰ VALDÉS DAL-RE, F., La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral, *REDC*, nº 26, 1989.

que acudan a las medidas extraordinarias en el ámbito laboral legalmente previstas²¹; ¿se establece un deber formal tanto para empleador como para trabajadores de adaptar su actividad a un régimen de trabajo a distancia²²; estableciéndose el carácter voluntario de la autoevaluación de riesgos laborales por parte del trabajador a distancia, ¿qué consecuencias tiene la ejecución del trabajo a distancia sin tal autoevaluación, especialmente para el empleador²³; ¿resulta de aplicación la regla general del silencio administrativo cuando se supera el plazo máximo de cinco días para que la autoridad laboral dicte resolución de constatación de la fuerza mayor respecto de los ERTes²⁴; en caso de contratos de obras y servicios concertadas con las Administraciones Públicas, la suspensión del contrato administrativo pero con el deber impuesto a la Administración contratante de compensar a la contratista por los gastos salariales efectivamente abonados ¿supone imposibilidad de suspender estos contratos de trabajo vía ERTes²⁵; en el caso de ERTes por causas económicas, cuando no hay representantes de los trabajadores elegidos en la empresa, ¿cómo debe gestionarse la constitución de la comisión negociadora prevista legalmente²⁶; ¿la declaración de que no constituye causa justificativa para despedir ante causas justificadas de suspensión con motivo del Covid 19, supone que en caso de que se despida estamos ante un despido improcedente o nulo²⁷; ¿Qué efectos tiene la interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales sobre hechos sobrevenidos posteriormente de llegada del término o cumplimiento de la condición resolutoria para ciertos contratos de duración determinada que manifiestan desaparición de la causa justificativa de la contratación temporal²⁸; las empresas sometidas al régimen del permiso obligatorio retribuido recuperable en esas situaciones pueden optar alternativamente por suspender los contratos de trabajo vías ERTes²⁹; ¿hasta cuándo se extiende el subsidio extraordinario por falta de actividad para los empleados de hogar³⁰.

Es cierto que, en varios de estos supuestos, una labor hermenéutica integrativa del conjunto del ordenamiento jurídico, más o menos sencilla, permite dar respuesta a algunos de los interrogantes previamente identificados. Ahora bien, incluso en algunos casos en los que a mi juicio personal la respuesta resultaría sencilla e indiscutible, se pueden detectar opiniones doctrinales de contrario, que ya de por sí muestran los riesgos de legislar de este modo. Como hemos dado a entender, en varias ocasiones el legislador era consciente tanto de que dejaba abiertos estos interrogantes, como de la respuesta que procedía en una interpretación sistemática

²¹ Disp. adic. 6ª RDL 8/2020, de 17 de marzo (BOE 18 de marzo).

²² Art. 5 RDL 8/2020, de 17 de marzo (BOE 18 de marzo).

²³ Art. 5 RDL 8/2020, de 17 de marzo (BOE 18 de marzo).

²⁴ Art. 22 RDL 8/2020, de 17 de marzo (BOE 18 de marzo).

²⁵ Art. 34 RDL 8/2020, de 17 de marzo (BOE 18 de marzo).

²⁶ Art. 23.1 a RDL 8/2020, de 17 de marzo (BOE 18 de marzo).

²⁷ Art. 2 RDL 9/2020, de 27 de marzo (BOE 28 de marzo).

²⁸ Art. 5 RDL 9/2020, de 27 de marzo (BOE 28 de marzo).

²⁹ Art. 1.2 RDL 10/2020, de 29 de marzo (BOE 29 de marzo).

³⁰ Art. 31.4 RDL 11/2020, de 31 de marzo (BOE 1 de abril).

del ordenamiento jurídico, pero parece que por motivos políticos intencionadamente lo dejó abierto a la mayor o menor incertidumbre jurídica.

Esta conducta que, por lo demás es recurrente en muchas ocasiones en la técnica regulativa entre nosotros desde hace ya bastante tiempo, tiene consecuencias más graves en la coyuntura actual, por diversas razones acumuladas: unas medidas que se van a aplicar en masa a un número muy elevado de supuestos; medidas que se van a implementar de manera inmediata; medidas que tienen consecuencias muy graves para las empresas y trabajadores en caso de no acertar en la interpretación correcta; medidas cuya implementación en ocasiones se lleva a cabo a través de una intervención por parte de la Administración laboral en el ejercicio de sus facultades de ejecución de la legislación laboral que, como se sabe, se encuentra transferida a las Comunidades Autónomas, lo que añade incertidumbre a resultados de que la interpretación de la normativa corre el riesgo de que sea diferente por parte de cada autoridad autonómica; y, finalmente, porque el canal ordinario de superación de la incertidumbre vía la conformación de una asentada jurisprudencia por parte del Tribunal Supremo se producirá tras un largo período aplicativo de las medidas, en la práctica totalidad de los casos cuando dicha normativa ya se encuentre derogada.

La reiteración de normas sucesivas en este territorio, vía sucesivas aprobaciones de otros Reales Decreto-Ley hubieran constituido el canal más adecuado de precisión jurídica y, en concreto, de superación cuando menos de las incertidumbres jurídicas antes referidas. Esta fórmula sería la más exquisitamente respetuosa con nuestro ordenamiento jurídico, especialmente desde la perspectiva de Fuentes del Derecho y de conformación de la división de poderes en un Estado de Derecho y, por añadidura, la que hubiera aportado mayor contundencia en la seguridad jurídica. Sin embargo, en ningún caso se ha acudido a esta fórmula, probablemente como se indicó porque el silencio legal en la respuesta a tales interrogantes era intencionado y no resultado de un mero olvido o falta de diligencia en el uso de la técnica jurídica.

Consciente de la imposibilidad de esperar a una unificación de doctrina interpretativa por parte de los Tribunales de Justicia, se ha acudido a otra fórmula, cuya significación conviene resaltar. Me refiero, en concreto, a una actuación en la mayoría de los casos por parte de la Administración laboral, que a través de diversos instrumentos ofrece la que a su juicio es la interpretación más adecuada. Desde luego, ello se puede producir frente a muchos de los interrogantes inicialmente señalados, pero no en todos los casos.

A tal efecto, en unas ocasiones, la Administración ha aprobado Guías orientativas o protocolos de actuación, que se sitúan en el territorio típico de los instrumentos de “soft law”, desde el momento en el que al poder ejecutivo no le corresponde en un Estado de Derecho basado sobre el principio de la división de poderes, efectuar una labor de interpretación general de las normas aprobadas por el poder legislativo, pues lo contrario supondría invasión en el territorio de la competencia de jurisdicción exclusiva que le corresponde a los Tribunales de Justicia. A pesar de ello, desde el punto de vista práctico sí que se trata de documentos de una trascendencia muy superior a lo que suponen desde el punto de vista formal. En efecto, dichas Guías o Protocolos funcionan como importantes pautas orientativas de actuación para las empresas, que no puede

descartarse que después las utilicen a efectos de justificar su comportamiento, especialmente relevante en una hipótesis de apertura de un expediente sancionador en el ámbito administrativo, o incluso de apertura de un sumario en sede penal. Más aún, incluso el seguimiento de dichas pautas puede servir de importante asidero argumental posterior en sede judicial, caso de que sus decisiones se judicialicen en el ámbito del orden social de la jurisdicción.

En ese marco, también han sido relevantes las cuestiones planteadas por particulares, que han dado lugar a respuestas formales por parte de la propia autoridad laboral, en términos de criterios interpretativos por vía de un oficio, casi siempre por parte de la Dirección General de Trabajo, siempre resaltando que tales criterios tienen “un mero carácter informativo”, “por cuanto la competencia para realizar interpretaciones legales con carácter vinculante se atribuye en exclusiva por nuestro Derecho a los órganos jurisdiccionales”. Se trata de resoluciones en unos casos dictadas de oficio a propia iniciativa³¹, en otros supuestos a requerimiento de particulares³². En otras ocasiones, se trata de Informes emitidos en forma de Resolución dictada por el Director del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, dirigido a las Inspecciones Provinciales a los efectos de dar instrucciones a los Inspectores y Subinspectores de Trabajo a la hora de proceder a aplicar la normativa de referencia en el ejercicio de sus funciones inspectoras y sancionadoras³³.

Se trata nuevamente de instrumentos que cabría incardinar en la categoría de fórmulas de “soft law” que, a pesar de su naturaleza menor dentro de cualquier sistema jurídico, desde el punto de vista material y práctico están adquiriendo una enorme relevancia, tanto por lo que suponen de unificación posterior de la actuación administrativa aplicativa de toda esta normativa, como de pauta interpretativa influyente en la práctica para los Tribunales de Justicia. Posiblemente no se trata del instrumento más deseable para dar respuesta a algunos de los interrogantes tan significativos enumerados al principio de este apartado, pero teniendo en cuenta el importante juego que han tenido en este caso y, probablemente, su afianzamiento de futuro en la fase post-emergencia, cuando menos serían exigibles procedimientos de amplia transparencia pública de este tipo de instrumentos. En concreto, sería oportuno que todo este tipo de actuaciones “intra-administrativa” o de respuesta individualizada a ciertos particulares, encontrase un vehículo oficial de conocimiento por parte de todos, a los efectos de que el conjunto de los destinatarios de las normas correspondiente pueda tener un conocimiento preciso de este tipo de

³¹ Por todos, Oficio de 19 de marzo de 2020, DGE-SGON-811bis CRA, de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social dirigido a las autoridades laborales de las Comunidades Autónomas. Oficio de 31 de marzo de 2020, DGE-SGON-849CRA, de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social.

³² Por todos, Oficio de 7 de abril de 2020, DGT-SGON-863CRA, de respuesta a la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, por parte de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social. Oficio de 11 de abril de 2020, DGT-SGON-850CRA, de respuesta a la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, por parte de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social

³³ Por todas, Resolución de 20 de marzo de 2020 sobre organización del Organismo en la gestión de la crisis del Covid-19, comunicada con fecha 27 de marzo de 2020.

interpretaciones administrativas, por lo que suponen de orientación de la actuación de la Administración en el ejercicio de sus competencias, como incluso de instrumento de sucesiva defensa judicial.

Volveremos sobre este asunto al final de este estudio, cuando hagamos mención a la necesidad de cooperación entre las Comunidades Autónomas y la Administración General del Estado en la interpretación de la normativa laboral con ocasión el ejercicio de las competencias administrativas de ejecución de la legislación laboral.

9. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL DE EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

A pesar de la siempre más que relevante trascendencia de la intervención de los Juzgados y Tribunales de Justicia, en este caso del orden social de la jurisdicción, en el ejercicio de su actividad jurisdiccional exclusiva de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), como ya hemos adelantado previamente, la gran dificultad de su actuación en relación con las medidas laborales y sociales se encuentra en que su intervención de unificación doctrinal es lenta y en este caso lo será claramente tardía. A mayor abundamiento, el propio estado de alarma ha provocado una importante paralización de muchas actuaciones judiciales, sin perjuicio de que hayan tenido un papel destacado respecto de algunos asuntos de urgencia, que no permitían demora en el contexto de la emergencia sanitaria. Llama la atención que hasta el último momento no se hayan adoptado medidas específicas frente al colapso judicial³⁴, más allá de las adoptadas en el terrero de la gestión por parte del Consejo General del Poder Judicial³⁵.

La actuación más relevante a estos efectos se ha producido a resultas de demandas y recursos presentados frente a las Administraciones Públicas, especialmente frente a las competentes en materia de gestión de la asistencia sanitaria pública, en orden a las medidas especiales que se deberían adoptar para proteger frente al posible contagio del virus por parte del personal sanitario. Se trata de una actuación que en muchas ocasiones ha venido precedida por denuncias ante la Inspección de Trabajo, que ha desplegado una labor encomiable de asesoramiento y vigilancia de la salud en momentos tan delicados y complejos, pero que igualmente en paralelo ha provocado la existencia de importantes resoluciones judiciales en esta materia. Se trata de decisiones judiciales que en algunos caso se han adoptado como medidas cautelares en unos procesos que no permitían desarrollar con plenitud el correspondiente proceso judicial, particularmente abordando la necesidad de suministrar equipos de protección individual (EPI)

³⁴ Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril (BOE 29 de abril), de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Acuerdo Comunidad Valenciana, de 13 de marzo de 2020, recurso 57/2020.

³⁵ Instrucciones de 11 de marzo de 2020, del Consejo General del Poder Judicial, relativas a la prestación del servicio público judicial ante la situación generada por el COVID-19. (Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Informacion-COVID-19/Guias-y-Protocolos/Protocolo-COVID-19---Instrucciones-del-Consejo-General-del-Poder-Judicial-relativas-a-la-prestacion-del-servicio-publico-judicial-ante-la-situacion-generada>).

a dicho personal sanitario³⁶. Desde luego, se trata de una labor encomiable abordada por los Juzgados de lo Social, en una materia ciertamente compleja y delicada, para la que no existían apenas criterios interpretativos por parte de los Tribunales Superiores.

Por otro lado, se sucederán otra serie de pronunciamientos en lo que afecta a la interpretación y aplicación de las medidas laborales, especialmente respecto de los ERTes, a resultas de la intervención que a estos efectos han venido desarrollando tanto las autoridades laborales, como las entidades gestoras de la Seguridad Social. A estos efectos, aunque sea algo tardía, aparte de haber establecido ciertas preferencias en la tramitación de los procedimientos relacionados con el COVID-19³⁷, se ha acordado que la impugnación de los ERTes por causas económicas, técnicas organizativas o productiva se tramitará a través de la modalidad procesal de conflictos colectivos (arts. 153 ss LRJS)³⁸, criterio que no se entiende bien, pues probablemente hubiera resultado más acertado canalizarlo a través de la modalidad procesal de impugnación de los despidos colectivos (arts. 124 ss. LRJS).

En todo caso, para este tipo de situaciones, sería deseable articular algún tipo de mecanismo por medio del cual se pudiera acceder a conformar una doctrina unificada por parte del Tribunal Supremo, sin requerir para ello que la interposición del recurso de casación exija la aportación de una sentencia de contraste. Ello podría posibilitarse por vía de una interpretación amplia de los supuestos en los que el Ministerio Fiscal se encuentra legitimado para interponer el recurso cuando se “constate la dificultad de que la cuestión pueda acceder a unificación de doctrina según los requisitos ordinarios” y, sobre todo, cuando las normas cuestionadas “sean de reciente vigencia o aplicación” “y no existieran aún resoluciones recientes suficientes e idóneas sobre las cuestiones discutidas” (art. 219 LRJS). Tal fórmula requeriría que hubiera una posición activa por parte de los sindicatos u organizaciones empresariales de incitación a la intervención como legitimado activo por parte del Ministerio Fiscal. Otra posibilidad se encontraría en una reforma legislativa que atribuyese legitimación activa a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas para asumir directamente las funciones que actualmente se le atribuyen al Ministerio Fiscal en esa condición de incitador de la unificación de doctrina en estos supuestos y que, por tanto, no requiriese de la intermediación del Ministerio Fiscal

³⁶ A título ejemplificativo, Auto TSJ, Cataluña, 2 de abril de 2020, demanda 8/2020; Auto JS, Tenerife, de 23 de marzo de 2020, rec. 276/2020, ECLI: ES:JSO:2020:2ª; Auto JS, Guadalajara, 27 de marzo de 2020, rec. 235/2020, ECLI: ES:JSO:2020:5ª; Auto JS nº 41, Madrid, 19 de marzo de 2020, res. 30/2020, ECLI: ES:JSO:2020:3A; JS nº 39, Madrid, 1 de abril de 2020, rec. 370/2020, ECLI: ES:JSO:2020:21ª; Auto JS, Castellón de la Plana, 27 de marzo de 2020, rec. 222/2020, ECLI: ES:JSO:2020:9ª; Auto JS nº 1, León, 27 de marzo de 2020, rec. 239/2020, ECLI: ES:JSO:2020:10ª; Auto JS, Segovia nº 1, 27 de marzo, rec 222/2020, ECLI: ES:JSO:2020:6ª; Auto JS, Santander, 27 de marzo, rec 193/2020, ECLI: ES:JSO:2020:15ª; Auto JS, Plasencia, 1 de abril de 2020, rec. 148/2020, ECLI: ES:JSO:2020:23ª; Auto JS nº 5, Valladolid, 15 de abril de 2020, ECLI: ES:JSO:2020:43A. Cfr. MOLINA NAVARRETE, C., “EPI para Letrados de la Administración de Justicia; no y sí para el personal sanitario: ¿dobles varas de evaluar el riesgo?”, *CEF*. (disponible en: <https://www.laboral-social.com/COVID-19-EPI-para-letrados-administracion-justicia-no-y-si-para-personal-sanitario-dobles-varas-de-evaluar-el-riesgo.html>)

³⁷ Art. 7.1.d Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril.

³⁸ Art. 6 Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril.

habitualmente sobrecargado de trabajo y más volcado a la actuación en otros órdenes jurisdiccionales diversos del social.

10. MARGINALIDAD DE LA CONCERTACIÓN SOCIAL

A resultas del método descrito de elaboración legislativa, sobre la base especialmente de Reales Decretos-Ley de auténtica urgencia y en un contexto de aguda emergencia sanitaria, el procedimiento legislativo ha sido acelerado al máximo, con el evidente efecto derivado de una marginalidad muy perceptible de la concertación social.

Resulta significativo que, incluso antes de adoptarse las medidas laborales y sociales de referencia, las organizaciones sindicales y empresariales, antes incluso de que se produjera la declaración del estado de alarma, acordaron un documento consensuado por medio del cual trasladaban al Gobierno un conjunto de medidas orientativas al respecto, solicitando que estas medidas extraordinarias fueran discutidas en el seno de la mesa de diálogo social³⁹. Se trata de un documento que contenía medidas que en muchos de sus aspectos coincidían con las posteriormente adoptadas por el Gobierno: ERTes, protección de los trabajadores fijos-discontinuos, situaciones de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras, cierre de centros escolares, centros de día y restricciones de movilidad, teletrabajo. Posiblemente, sin haberse llegado a elevar dichas propuestas a la mesa de diálogo social, no haber existido canales informales de concertación social con el Gobierno, puede intuirse que las propuestas sindicales y empresariales tuvieron una importancia significativa, cuando menos respecto de las primeras medidas adoptadas. Esta circunstancia, aparte de la gravedad de la situación provocada por la diseminación del Covid-19, determinó en líneas generales un apoyo por parte tanto de las organizaciones sindicales como de las asociaciones empresariales más representativas a las medidas que se adoptaron desde el primer momento. Ciertamente, sucesivamente, otra serie de medidas gubernamentales fueron más criticadas, especialmente desde las esferas empresariales en el momento de acordar las medidas de reforzamiento más intenso de la paralización de la actividad económica.

A pesar de ello, lo cierto es que, la concentración en la intensa actividad desplegada por el Gobierno en la primera fase de implementación del estado de alarma, provocó que no funcionasen los mecanismos habituales de concertación social, ante decisiones de tanto calado en el ámbito tanto laboral como de Seguridad Social. Más aún, como un efecto reflejo derivado de lo anterior, el proceso de concertación social que se estaba desarrollando con carácter previo a la declaración del estado de alarma, orientado a las reformas estructurales de la legislación laboral en el marco de la puesta en práctica del programa del Gobierno de coalición, quedó totalmente interrumpido, en la medida en que las prioridades del conjunto de los poderes públicos e incluso sociales se habían alterado por completo.

³⁹ Documento de propuestas conjuntas de las organizaciones sindicales, CCOO y UGT, y empresariales, CEOE y CEPYME, para abordar, mediante medidas extraordinarias, la problemática laboral generada por la incidencia del nuevo tipo de coronavirus, 12 de marzo de 2020.

A pesar de ello, conforme la situación se “normalizó” desde el punto de vista de institucionalización de las decisiones políticas por parte del Gobierno, se han retomado los encuentros periódicos de celebración de la mesa de diálogo social, ahora desde la perspectiva de permitir un seguimiento del proceso de desarrollo de las medidas. Se trata de una recuperación del diálogo social que pasa a tener mayor contenido sobre todo en lo que afecta a la recuperación de la actividad productiva por parte de las empresas y, especialmente, en el modo de programar de forma paulatina la vuelta al trabajo en términos de lograr proporcionar efectividad al objetivo de reducir al máximo los riesgos de fuerte e irreversible destrucción del empleo.

11. MARGINAL INTERVENCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DE LA CONSULTA A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

Igualmente, dentro del ámbito del desarrollo de la autonomía colectiva, la urgencia con la que se han tenido que adoptar todas las medidas de referencia ha provocado que también haya pasado a un muy segundo plano la intervención tanto de la negociación colectiva como del ejercicio de las facultades de consulta a los representantes de los trabajadores.

De un lado, recordar cómo constituye una de las señas de identidad que se encuentran en el ADN de nuestro sistema de relaciones laborales el intenso diálogo constante entre normativa estatal y negociación colectiva, con reiteradas remisiones por parte de la Ley a la intervención de la negociación colectiva, a los efectos de que ésta última desempeñe un papel relevante en el desarrollo y aplicación al caso concreto de las medidas laborales establecidas legalmente. Pues bien, esta estrecha relación entre Ley y convenio colectivo ha desaparecido prácticamente por completo en la técnica jurídica de implementación de las medidas laborales para hacer frente al Covid-19. Cuando nos encontrábamos en una fase de recuperación del protagonismo de la negociación colectiva, tras la superación de la precedente crisis económica (cláusulas de jubilación forzosa, concreción de las reglas sobre registro de la jornada de trabajo, la extensión del deber de negociación de los planes de igualdad, subrogación contractual en la actividad de estiba y desestiba)⁴⁰, la necesidad de establecer una normativa de aplicación inmediata, sin poder esperar a la intermediación de complemento de la negociación colectiva, ha provocado una práctica desaparición de la intervención de los convenios colectivos, de modo que es un protagonista casi inexistente en la legislación laboral para la emergencia.

Más aún, la negociación colectiva ordinaria, que habitualmente tiene su momento más intenso en la primavera de cada año, se ha visto en la práctica suspendida en multitud de empresas. Prueba elocuente de ello es el reducido número de convenios colectivos registrados y publicados en los Boletines oficiales a partir de la declaración del estado de alarma⁴¹. Ya

⁴⁰ GÓMEZ GORDILLO, R., “La negociación colectiva en las reformas de 2018 y 2019”, *Temas Laborales*, nº147, 2019, págs 151 ss.

⁴¹ Centrados en el Boletín Oficial del Estado, desde la declaración del estado de alarma hasta finales de abril, sólo se ha llegado a publicar un convenio colectivo en el BEE de 18 de marzo y desde esa fecha se advierte una completa

indicamos que el estado de alarma no puede proceder a limitar el ejercicio de los derechos fundamentales, más allá de los relativos a la libertad de circulación o de permanencia de las personas. Eso sí, los efectos reflejos derivados de la libre circulación dificultan con mucho la continuidad de los procesos negociales en marcha. No cabe la menor duda de que en modo alguno se encuentran prohibidas las reuniones respecto de las actividades empresariales que mantengan su producción en régimen presencial y que, en todo caso, la negociación colectiva se encuentra estrechamente vinculada con el ejercicio del derecho a la acción sindical como contenido esencial del derecho fundamental a la libertad sindical. Incluso, nada impediría que el desarrollo de la negociación colectiva se mantuviese en régimen de reuniones a distancia. En todo caso, no es sólo que las limitaciones de la libre circulación hayan tenido un impacto indirecto en la práctica, sino que, por añadidura, han primado las urgencias derivadas de la necesidad de que las empresas, organizaciones empresariales e incluso de las propias representaciones sindicales hayan debido concentrar todos sus esfuerzos en el modo de actuar frente a un escenario económico, empresarial y laboral que se ha alterado sustancialmente. Tal lógica preferencia por la reacción frente al modo de actuar frente al Covid-19, ha provocado con naturalidad un impacto automático sobre los procesos ordinarios de negociación colectiva. Por último, vertiente probablemente más decisiva aún, el profundo cambio del escenario económico, empresarial y del empleo a resultas de la crisis económica derivada de la paralización de la actividad económica, con un panorama de enorme incertidumbre exigen un cambio en el diagnóstico de la situación y, por ende, un cambio en las posiciones de las partes respecto de los que pueden reclamar o aceptar en una mesa de negociación colectiva.

En definitiva, resulta más que comprensible y razonable que se haya abierto un paréntesis y, con el mismo, un temporal bloqueo de la negociación colectiva, hasta tanto no se superen mínimamente los elementos de incertidumbre respecto del inmediato futuro, incluso a la espera de un posible Acuerdo interconfederal de negociación colectiva de gestión futura de las relaciones laborales. Posiblemente ese hipotético Acuerdo interconfederal, de alcanzarse, será decisivo a los efectos de la reconstrucción económica del país, al extremo que constituirá una pieza clave de las medidas de reconstrucción, en su caso a consensuar en el ámbito político general, que, por tanto, igualmente volverán a atribuir una función decisiva a la negociación colectiva dentro de nuestro sistema de relaciones laborales.

De otro lado, destacar igualmente cómo la participación de los trabajadores en la empresa constituye un elemento central de nuestro sistema de relaciones laborales, con atribución de muy importantes competencias de información y consulta a los representantes de los trabajadores en la empresa, especialmente ante escenarios en los que las empresas se ven abocadas a adoptar medidas de reestructuración empresarial. Pues bien, también desde esa perspectiva se aprecia una marginalidad de los procesos de consultas con la representación de los trabajadores, respondiendo a ello una vez más el tipo de medidas laborales adoptadas en este contexto del estado de alarma. Una vez más las razones de urgencia y el superior protagonismo atribuido a la autoridad laboral en este contexto, como efecto derivado, ha provocado un venir a menos de la intervención de los representantes de los trabajadores en esta

paralización en el registro y publicación de convenios colectivos.

primera fase de respuesta a la paralización de la actividad productiva. Ante todo, el hecho de que se hayan canalizado las reestructuraciones por vía de las suspensiones de contratos y reducciones de jornada, ha provocado que los procedimientos de consultas en los despidos colectivos hayan pasado a ocupar un espacio casi marginal. Más aún, comoquiera que la inmensa mayoría de los ERTes se ha vehiculado a través de los justificados por causas de fuerza mayor, ello deriva en la ausencia de período de consultas, en tanto que el control básicamente se deriva a la comprobación de la concurrencia de la causa justificativa que se le atribuye a la Administración laboral. Adicionalmente, aunque los datos relativos a bajas en la afiliación a la Seguridad Social manifiestan una importante caída, la mayoría de estas bajas se han producido por vías extintivas en las que tampoco hay intervención de consulta por parte de los representantes legales de los trabajadores: resoluciones contractuales de contratos de trabajo temporales y despidos individuales de trabajadores fijos.

Finalmente, el hecho de que el establecimiento del trabajo a distancia como fórmula prioritaria en la medida en que sea posible, se ha introducido imponiendo un directo doble deber empresarial y de los trabajadores, que remite a una reorganización implementada por la vía estrictamente individual y, por tanto, sin contemplar nuestra legislación previa ni la de emergencia fórmula de intervención por parte de los representantes de los trabajadores. A estos efectos, la ausencia de protagonismo de los representantes de los trabajadores en los procesos de adaptación hacia trabajos a distancia, particularmente a fórmulas de trabajo semipresencial, constituye una gran carencia de nuestro ordenamiento jurídico, elemento que debería ser reconsiderado para la fase de la post-emergencia.

Como excepción a lo anterior, sólo dos situaciones vienen contempladas por las medidas laborales, que abren paso a una cierta intervención de consulta o negociación por parte de los representantes de los trabajadores en la empresa. En primer lugar, la previsión de que el modo de recuperación del permiso retribuido obligatorio para determinadas empresas que paralizaron su actividad en los primeros diez días de abril debe realizarse a través de negociación en un período de consultas abierto entre la empresa y la representación legal de los trabajadores⁴². En segundo lugar, el mantenimiento del período de consulta cuando la suspensión contractual vía ERTE se produzca por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas⁴³.

La principal novedad a estos efectos se encuentra en la introducción de unas nuevas reglas en orden a determinar el interlocutor en representación de los trabajadores para aquellos supuestos de empresas en los que no exista representación legal de los trabajadores, para estos dos supuestos: permisos retribuidos recuperables y ERTes por causas económicas. En efecto, las críticas que desde algunos sectores había provocado la designación de las comisiones ‘ad hoc’ para reestructuraciones empresariales a partir de la reforma laboral de 2012, ha determinado que se haya efectuado un intento de sindicalización del órgano de interlocución; en concreto, que ello se haya realizado vía la atribución de preferencia a la fórmula sindical, de modo que se atribuye en primera instancia a los sindicatos más representativos y a los sindicatos más

⁴² Art. 3.2 Real Decreto-Ley 10/2020, de 29 de enero.

⁴³ Art. 23 Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo.

representativos en el sector la facultad de designación de las comisión negociadores que protagonizan el período de consultas en estos casos. La previsión legal está falta de precisión, porque no concreta el modo a través del cual se constituye esta comisión negociadora, como debe actuar la dirección de la empresa a efectos de identificar a los concretos sujetos legitimados para intervenir en estos casos y conformarse la comisión en un plazo tan breve como el previsto legalmente. Por lo demás, aunque se trata de una típica fórmula técnicamente establecida dentro de este derecho para la emergencia, la verdad es que podría haberse mantenido la regla precedente de designación de la comisión, lo que puede augurar que ello se haya introducido como un a modo de experimento para, sucesivamente, incorporarlo a una previsión que otorgue carta de naturaleza permanente a una fórmula de estas características. Por ello, será oportuno, en cuanto se pueda, realizar una comprobación de los resultados que ello ha tenido en la aplicación práctica del sistema de designación de los interlocutores.

Por contraste con esa marginalidad de la intervención en clave de información y consulta a los representantes en la fase dura de la emergencia, y a pesar de todo lo anterior, es previsible que la siguiente fase, en la que se produzca la paulatina vuelta a la actividad económica y, con ella, una progresiva reincorporación al trabajo de quienes se encontraban con su relación laboral en suspenso, propicie una recuperación del protagonismo que le debe corresponder a los representantes de los trabajadores. En esta segunda fase por varias razones es lógico pensar que se produzca una intensificación de los procesos de información y consulta a los representantes de los trabajadores: derogación de la normativa de emergencia, mayor centralidad de los ERTes por causas económicas que los relativos a fuerza mayor, una necesidad de logro de un consenso en el seno de la empresa para afrontar el más que complejo proceso de adaptación empresarial a un escenario de crisis de empleo y, en el mejor de los casos, una reincorporación no fácil a la situación precedente, la necesidad de adoptar medidas de acompañamiento para que el final de los ERTes no desemboque en una pérdida definitiva de empleo por la vía de la adopción de otras medidas de reestructuración empresarial que comporten modificaciones de condiciones de trabajo, etc.

12. JUEGO DEL REPARTO COMPETENCIAL ESTADO-COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Para concluir resulta conveniente efectuar alguna reflexión respecto de la incidencia sobre el reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas respecto de las medidas adoptadas. A estos efectos, a grandes rasgos, puede que las medidas adoptadas hayan tenido escaso impacto sobre tal materia. A tal efecto, resulta clave que lo actuado ha sido sobre todo en el terreno legislativo, ámbito donde el Estado ostenta la competencia exclusiva en materia laboral (art. 149.7 CE). A mayor abundamiento, todas las acciones en materia de protección social se han canalizado a través de la ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social, donde igualmente concurre un claro título competencial del Estado (art. 149.1.17 C·E). En el campo laboral las actuaciones han sido sobre todo referidas a modalidades de contratación (trabajo a distancia), de conciliación de la vida laboral y familiar por la vía de la adaptación del horario de trabajo, de permisos retribuidos recuperables, de suspensión del contrato de trabajo y de reducción de jornada (expedientes temporales de regulación de empleo), extinción del contrato de trabajo (prórroga contratos temporales y ausencia de justificación de los despidos

objetivos y colectivos). Respecto de la Seguridad Social, la actuación se ha centrado en la ampliación de la noción de incapacidad temporal por accidente de trabajo⁴⁴, de la extensión de la acción protectora ante situaciones de desempleo (trabajadores suspendidos sus contratos por ERTes por fuerza mayor, extinción de contratos temporales, personal al servicio del hogar familiar, fijos-discontinuos, extinciones durante el período de prueba)⁴⁵, o bien de cese de actividad (trabajadores autónomos)⁴⁶, así como de compatibilidad del empleo agrario con el mantenimiento de las prestaciones⁴⁷. Más aún, los debates en torno a la propuesta del gobierno de introducción de un ingreso mínimo vital, lo sea de carácter coyuntural o de naturaleza permanente, igualmente se orientan por parte de la mayoría en orden a conformar una nueva contingencia que incorpore una nueva prestación no contributiva de Seguridad Social. En definitiva, todos los aspectos relacionados de medidas laborales y sociales se sitúan claramente en el terreno de la actuación estatal con base en títulos competenciales constitucionales de exclusividad normativa a favor del Estado.

A pesar de todo lo anterior, desde esta perspectiva normativa que estamos analizando en primer lugar, también merece la pena destacar que puntualmente se han podido producir algunas interferencias, que podrían valorarse como invasión competencial tanto de la intervención del Estado en el territorio de lo competencial autonómico, como igualmente, a la inversa, de la intervención de las Comunidades Autónomas en el espacio competencial estatal. Pongamos algunos ejemplos de lo uno y de lo otro.

Por lo que se refiere a la primera de las perspectivas, cabe señalar sobre todo la previsión conforme a la cual se efectúa un trasvase de los fondos destinados a la formación profesional ocupacional para sufragar los gastos adicionales comprometidos en materia de desempleo: “Con carácter excepcional y extraordinario, debido al impacto económico de las medidas aprobadas para hacer frente a la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, los ingresos derivados de la cotización por formación profesional obtenidos en el ejercicio 2020, podrán destinarse a la financiación de cualquiera de las prestaciones y acciones del sistema de protección por desempleo definidas en el artículo 265 del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, o para financiar programas que fomenten la contratación de personas desempleadas o les ayuden a recuperar empleo”⁴⁸. Esta previsión no cabe la menor duda de que es bienintencionada por parte del Gobierno, si bien puede presentar algunas dudas respecto de su constitucionalidad. En efecto, no puede desconocerse que nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que “la formación profesional no forma parte del Sistema de Seguridad Social, ni las cuotas abonadas

⁴⁴ Art. 5 Real Decreto-Ley 6/2020, de 10 de marzo (BOE 11 de marzo), respecto de los empleados contratados conforme al Estatuto de los Trabajadores; art. 11 Real Decreto-Ley 7/2020, de 12 de marzo (BOE 13 de marzo), respecto de los funcionarios públicos

⁴⁵ Art. 23 Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo; arts. 30 a 33 Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo; art. 22 y disp. final 8ª apartado 3 Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril.

⁴⁶ Art. 17 Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo.

⁴⁷ Art. 3 Real Decreto-Ley 13/2020, de 7 de abril.

⁴⁸ Disp. adic. 7ª Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo.

en tal concepto son recursos de la Seguridad Social integrados en su caja única”⁴⁹. Teniendo en cuenta que la ejecución de las competencias en materia de formación profesional forma parte de las competencias de las Comunidades Autónomas, las cantidades que provienen de la cuota por tal concepto tienen un destino finalista, de modo que su alteración no podría efectuarse por una mera operación de transferencia presupuestaria, que aboca a detraer fondos que deben ser destinados a tal fin y para el ejercicio de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas. Eso sí, también habría que tener en cuenta que los pronunciamientos dictados hasta el presente por el Tribunal Constitucional abordan conflictos positivos de competencia que se refieren a otros aspectos de las competencias autonómicas en materia de formación profesional. En todo caso, a mi juicio personal, la operación realizada presenta altas dosis de invasión, en la medida en que efectúa una desviación de fondos que son financiados por medio de una cotización dirigida específicamente a la formación profesional, que, como tal, no puede destinarse a otros fines y, como efecto reflejo produce un efecto de reducción material de la competencia autonómica en materia de gestión de la formación profesional, que le viene atribuida constitucionalmente por sus correspondientes Estatutos de Autonomía.

A mayor abundamiento, y al margen del debate competencial, también cabe efectuar una crítica de oportunidad, en la medida en que debilitar los fondos destinados a la formación profesional provoca una importante carencia en este frente, cuando es evidente que en el momento de la recuperación del empleo serán claves las políticas activas de empleo en este terreno. Probablemente la recuperación se convertirá por necesidad en una oportunidad para superar nuestra excesiva especialización en el sector turístico y hacer frente a las deficiencias detectadas en el sector industrial, que requerirá de un trasvase sectorial de población ocupada, que lógicamente tendrán que verse acompañadas de programas de reciclaje profesional. En definitiva, lo hecho plásticamente podría calificarse como una operación de “desvestir a un santo para vestir a otro”.

Por lo que refiere a la perspectiva inversa, a la posible invasión competencial por parte de las Comunidades Autónomas, cabría poner dos ejemplos.

Primer ejemplo, la previsión por parte de algunas Comunidades Autónomas de fijación de un plazo más amplio para resolver los ERTes por fuerza mayor, a la vista del plazo improrrogable y perentorio de 5 días establecidos por la norma estatal y al objeto de evitar el efecto indirecto derivado del efecto del silencio administrativo provocado por la superación de este plazo⁵⁰. Desde el punto de vista material se alega la imposibilidad de dictar en tiempo y forma dichas resoluciones a la vista del número tan elevado de expedientes presentados ante la Administración autonómica, al tiempo que tales asuntos presentan un impacto negativo de

⁴⁹ Por todas, STC 244/2012, de 18 de diciembre.

⁵⁰ Por todos, Orde de la Consejería de Economía, Empleo e Industria de 31 de marzo de 2020 (DOG de 2 de abril de 2020), pola que se acorda a ampliación do prazo máximo de resolución e notificación do procedemento de suspensión de contratos e redución de xornada por causa de forza maior que teñan a súa causa directa en perdas de actividade como consecuencia do COVID-19, incluída a declaración do estado de alarma, tramitados pola Secretaría Xeral de Emprego así como polas respectivas xefaturas territoriais en función dos respectivos ámbitos territoriais de afectación.

carácter estructural sobre el empleo. Desde el punto de vista jurídico se apela a la previsión contenida en la normativa reguladora del procedimiento administrativo común, que permite establecer de manera excepcional esta ampliación: “Excepcionalmente, cuando se hayan agotado los medios personales y materiales disponibles a los que se refiere el apartado 5 del artículo 21, el órgano competente para resolver, a propuesta, en su caso, del órgano instructor o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, podrá acordar de manera motivada la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación, no pudiendo ser éste superior al establecido para la tramitación del procedimiento”⁵¹. Como fundamento de aplicación de este precepto se aduce la jurisprudencia del Tribunal Supremo en una doble línea: de un lado, que éste interpreta que para adoptar dicha decisión basta una justificación clara y real de la dificultad para resolver en el plazo ordinario para que sea admisible⁵²; de otro lado, que igualmente se interpreta que la decisión puede adoptarse para un conjunto de expedientes⁵³. A nuestro juicio, la fundamentación en este caso no resulta sólida, por las siguientes razones. En primer lugar, porque la decisión autonómica omite referirse al requisito establecido legalmente, conforme al cual se exige que en todo caso el plazo establecido “no sea superior al establecido para la tramitación del procedimiento”, cuando en este caso se supera claramente ese límite. En segundo lugar, porque la premisa de partida es que se hayan comenzado a resolver esos expedientes y, en un determinado momento, se aprecie que se han agotado los medios personales y materiales, cuando aquí desde el primer instante se adopta esa decisión. En tercer lugar, porque la norma requiere que concurra una situación excepcional, pero debe ser una situación excepcional específica y diferente de la contemplada en la propia norma estatal que contempla en plazo de los 5 días, pues de lo contrario se solapa con la regla estatal a la que altera por completo; dicho de otro modo, la excepcionalidad no puede ser a secas la emergencia sanitaria, pues ello ya ha sido contemplado por la propia norma estatal. En definitiva, en este caso se va mucho más allá de una decisión que afecte a un conjunto de expedientes, por cuanto que afecta a la totalidad de expedientes de esta naturaleza, con lo cual materialmente lo que se hace es modificar el plazo establecido por la norma estatal, con invasión de la competencia exclusiva atribuida al Estado en materia laboral (art. 149.1.7 CE).

Segundo ejemplo, alguna Comunidad Autónoma, aprovechando la situación de excepcionalidad de la emergencia sanitaria, que viene a requerir la necesidad de proceder a una contratación rápida de empleados para atender a la asistencia sanitaria pública, admite que ello se lleve a cabo a través de una contratación administrativa: “Las personas integrantes de las listas de aspirantes a la contratación temporal podrán ser requeridas para su contratación en régimen administrativo en cualquier ámbito de contratación de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos”⁵⁴. Desde la perspectiva que

⁵¹ Art. 23.1 Ley 39/2015, de 1 de octubre (BOE 2 de octubre), del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

⁵² STS de 10 de julio de 2008, rec. 7144/2005; de 4 de marzo de 2009, rec. 3943 y de 20 de abril de 2011, rec. 6365. De contrario, STS 20 de septiembre de 2012, 5959/2010, ECLI:ES:TS:2012:6981.

⁵³ STS 20 de abril de 2011, rec. 6365.

⁵⁴ Art. 6.1 Decreto-Ley Foral 1/2020, de 18 de marzo (BOE de 9 de abril), por el que se aprueban medidas urgentes para responder al impacto generado por la crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19).

estamos analizando la materia, lo que debe resaltarse es que este tipo de reglas invaden la competencia estatal en materia de regulación de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (art. 149.1.18 CE), del mismo modo que afecta a la competencia estatal de aprobación del correspondiente estatuto de los funcionarios públicos, que debe regular entre otras cosas el acceso a la función pública (art. 103.3 CE). Desde esta perspectiva, es precisamente el Estatuto Básico del Empleo Público, quien regula las categorías de empleados públicos y el modo de acceso al empleo público⁵⁵. Pues bien, es claro que esta norma dentro de las categorías de funcionarios públicos sólo se contemplan los funcionarios públicos, el personal estatutario en el ámbito de la asistencia sanitaria y el personal laboral regido conjuntamente por el Estatuto de los Trabajadores y el propio Estatuto Básico del Empleado Público. En sentido negativo, dicha normativa no contempla y, por tanto, prohíbe, cualquier forma de contratación administrativa para integrar en el seno de cualquier Administración Pública a personal a su servicio. Ya desde 1983 quedó prohibido en nuestro ordenamiento la contratación administrativa en el sector público, sin que quepa buscar excusas de emergencia para hacer resurgir esta fórmula de la contratación administrativa. Por añadidura, hacerlo por medio de una normativa autonómica ha de entenderse que invade la competencia estatal en lo que conforman las bases del régimen jurídico del empleo público, en los términos antes referidos.

La última de las perspectivas a mencionar es la relativa al ejercicio de las competencias administrativas en materia laboral que, a tenor la atribución a las Comunidades Autónomas de la ejecución de la legislación laboral, les corresponde a éstas la asunción de todas las tareas que en este ámbito se le asignan a la Administración laboral con ocasión de las medidas laborales adoptadas en el marco de la emergencia sanitaria. Estas, esencialmente, se han concentrado en dos aspectos. El primero de ellos, el relativo a la constatación de la fuerza mayor en los ERTes por tal motivo. La actuación de control del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales desde la perspectiva de las medidas que se deben adoptar al objeto de evitar la propagación del virus.

Respecto del primero de ellos, no se produce ninguna alteración en el reparto competencia entre Estado y las Comunidades Autónomas desde esta perspectiva de la ejecución de la legislación laboral, en el ejercicio de una típica competencia de autorización administrativa. Baste, eso sí, recordar que la atribución competencial a las autonomías no es plena, por cuanto que la Administración General del Estado mantiene dos intervenciones relevantes. De un lado, con carácter general, tener presente que la autorización de los ERTes constituye un trámite imprescindible previo a la actuación posterior del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) a efectos del reconocimiento de la prestación por desempleo, así como de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) a efectos de la exoneración total o parcial de las cotizaciones empresariales por contingencias generales. Además, también tener en cuenta que cuando el ERTE afecta a una reestructuración empresarial que desborda el ámbito territorial de una

⁵⁵ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (BOE 31 de octubre).

Comunidad Autónoma, la competencia de constatación de la fuerza mayor le corresponde a la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social.

Desde esta perspectiva se echa en falta un mayor afianzamiento de un modelo de federalismo cooperativo en nuestro país, en este caso desde dos perspectivas. De un lado, la necesidad de que se acentúe la coordinación entre Administraciones concernidas por competencias diferenciadas pero que se influyen unas respecto de otras. De otro lado, cuando la competencia es compartida, como sucede respecto de las autorizaciones de los ERTes por fuerza mayor, sería muy conveniente la elaboración de criterios comunes de interpretación de la normativa establecida tanto en materia de requisitos para la resolución administrativa como en la tramitación del procedimiento administrativo, criterios que sean comunes a todas las Autonomías y Administración General del Estado. La primera perspectiva se encuentra bastante institucionalizada, a través de la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales⁵⁶, así como del Consejo Rector del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁵⁷. Sin embargo, la segunda de las perspectivas sólo funciona de manera informal y, por ende, no suficientemente institucionalizada. A estos efectos, aunque la Dirección General de Trabajo, en los términos que describimos en su momento, emite criterios informativos al respecto, que han tenido un destacado impacto en la implementación administrativa de las medidas laborales adoptadas con motivo del Covid-19, sin embargo, a estos efectos, no constituye una autoridad con competencia jerárquica respecto de las Comunidades Autónomas a estos efectos. Por tanto, las Comunidades Autónomas formalmente gozan de plena autonomía interpretativa en el ejercicio sus competencias de ejecución de la legislación laboral. A los efectos de evitar una dispersión interpretativa, a expensas de lo que con el paso del tiempo unifique la jurisprudencia a través de la actuación de los Tribunales de Justicia, sería conveniente que en una lógica de federalismo cooperativa, que la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales ampliara sus competencias más allá de los estrictamente conectado con las políticas de empleo y, sobre todo, que alguna instancia de cooperación entre las Comunidades Autónomas pudiera asumir esta labor de unificación de criterios interpretativos, lógicamente con pleno respecto a la actividad jurisdiccional que en nuestro ordenamiento jurídico le corresponde en exclusiva al poder judicial.

⁵⁶ Arts. 7 Ley 56/2003, de 16 de diciembre (BOE 17 de diciembre), de Empleo; Real Decreto 1722/2007, de 21 de diciembre (BOE 23 de enero de 2008), en materia de órganos, instrumentos de coordinación y evaluación del Sistema Nacional de empleo.

⁵⁷ Art. 29 Ley 23/2015, de 21 de julio (BOE 22 de julio), Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; arts. 4 ss Real Decreto 192/2018, de 6 de abril (BOE 7 de abril), por el que se aprueban los estatutos del Organismo Autónomo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La Unión Europea: limitación de la soberanía, al menos, dos beneficios colaterales

The European Union: limiting sovereignty, at least two collateral benefits

JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ*

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pablo de Olavide (España)

jimorper@upo.es

 <https://orcid.org/0000-0002-9363-1623>

Resumen: Se destaca que el ordenamiento jurídico de la Unión Europea por sus características y principios de relación con los ordenamientos de los Estados miembro ha ayudado poderosamente a encauzar, si no resolver por completo dos cuestiones pendientes en el derecho público español: la responsabilidad patrimonial del poder legislativo y la huida del derecho administrativo.

Abstract: *It is highlighted that the legal system of the European Union, due to its characteristics and principles of relationship with the laws of the member states, has powerfully helped to channel, if not completely resolve, two pending issues in Spanish public law: the patrimonial responsibility of the legislative power and the run away of administrative law.*

Palabras claves: responsabilidad patrimonial, legislador, contratos públicos, huida del derecho administrativo.

Keywords: *patrimonial responsibility, legislator, public contracts, the run away of administrative law.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR. 3. LA INCIDENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL PROBLEMA DE LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. 3.1. Una situación detectada hace tiempo sin soluciones a la vista. 3.2. La posible solución de la mano del derecho de la Unión Europea. 4. CONCLUSIÓN. 5. BIBLIOGRAFÍA.

Recepción: 15/05/2020

Aceptación: 02/06/2020

Cómo citar este trabajo: MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio, “La Unión Europea: limitación de la soberanía, al menos, dos beneficios colaterales”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, nº 1, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 43-61, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i1.3>.

* Ha sido Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz en los períodos 1980-81, 1983-1987 y 1990-92, y Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz durante los años 1994-2002. Ha sido Director del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Cádiz (2002) y dos veces Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz en los años 1986-1987 y 1995-98.

1. INTRODUCCIÓN

Ha sido frecuente en estos últimos años cifrar balances negativos sobre la pertenencia de España -y lo mismo otros estados- a la Unión Europea en el argumento de la merma de soberanía que comporta. Posiblemente la renuncia a la política monetaria por parte de los estados incorporados a la zona euro, entre ellos el Reino de España, sea el elemento más visible que expresa esta circunstancia. La discutible actitud de algún estado miembro ante euroórdenes emanadas de tribunales españoles en estos últimos tiempos, aunque el fenómeno no es nuevo, ha contribuido a alimentar estas posiciones, sin duda. Naturalmente, la consideración aislada de estas y otras deficiencias en el funcionamiento de la Unión Europea puede justificar los más variados juicios al respecto. Aunque no soy experto en las concretas materias aludidas, por más que como ciudadano tengo mi opinión al respecto, que dista bastante del argumentario de los descontentos, por lo que no comparto la actitud de los que genéricamente y presos de una, diría que comprensible nostalgia, denostan de una entidad que viene a detentar una soberanía propia compartiéndola así la con los estados nacionales¹.

Admitido el hecho de la merma de soberanía no por ello hay que lamentar una pérdida. Tan cierto como ello es que fuera un acto de ejercicio de soberanía lo que vinculó a España con la Unión en 1986, entonces aún la Comunidad Económica Europea. No creo, pues, que es más libre aquel que menos se compromete, sino el que valora sus compromisos y hace honor a ellos, mientras subsistan². Aunque no hubiera referéndum es una obviedad que la incorporación fue querida mayoritariamente por los españoles, se hizo de manera impecable conforme con la legalidad y aún hay quienes, deseando separarse de España, pretenden continuar su pertenencia en la Unión³.

Esta situación se manifiesta, entre otras concreciones, en la superposición a nuestro derecho tradicional de un nuevo orden normativo, el derecho comunitario o, ahora mejor, derecho de la Unión, a través de su supremacía y de su efecto directo, que de esta forma, completa, otorgándole un perfil original, al mismo derecho español, aún a pesar de las dificultades de integración que se han puesto de manifiesto⁴. En términos, quizá hoy en desuso, podríamos hablar de un crecimiento de la clásica pirámide kelsenniana precisamente por su cúspide.

¹ SARMIENTO, D., *El Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed., Marcial Pons, 2018, pág. 43.

² En cualquier caso, no conviene exagerar ni dejarse llevar por tópicos y eslóganes. Como muy bien se ha expuesto, las competencias que ejerce la Unión procedentes de los Estados son cedidas, no transferidas, por lo que en cualquier momento se puede producir una reversión en la situación (SARMIENTO, D., *El Derecho de la Unión Europea*, *op. cit.*, pág. 106 y 365 y ss.) Por otra parte, es lo que estamos viendo con el caso del Reino Unido, a cuyo respecto son muy interesantes las reflexiones de MANGAS MARTÍN, A., “Cuestiones Jurídicas en torno al Brexit: notificación, plazos, formación de la voluntad, orientaciones y revocación”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, nº 34, 2018, pág. 817.

³ Por lo que respecta a nuestro tema *cfr.* NIETO, A., “El Derecho comunitario europeo como Derecho común vulgar”, en *Revista de Administración Pública*, nº 200, mayo- agosto, 2016, en especial pág. 36.

⁴ NIETO, A., “El Derecho comunitario europeo como Derecho común vulgar”, *op. cit.* págs. 34-35.

A estas alturas todas estas afirmaciones podrían calificarse de obviedades, pero me parecía importante recordarlas en el comienzo de estas reflexiones, cuyo alcance se limita a poner de relieve la incidencia del derecho de la Unión en dos cuestiones o asuntos que se han venido arrastrando en nuestro derecho desde hace ya bastantes años: la culminación del proceso de sometimiento a responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, asunto, si se quiere más ligado al derecho constitucional y en la clásica cuestión *de la huida del derecho administrativo*, centrada naturalmente en esta rama del ordenamiento jurídico.

Desde la perspectiva apuntada la evidente merma de soberanía que el efecto directo y la supremacía del ordenamiento de la Unión sobre los estatales comporta, no puede considerarse una mala noticia antes, al contrario, traza los presupuestos indispensables para que en relación con las temáticas aludidas pueda avistarse una solución satisfactoria. Es sabido, pues, que soberanía y derecho son dos realidades de muy difícil coexistencia y éste sólo es posible en tanto que se limita a aquélla. La cuestión no es, pues, limitación o no, sino qué limitación⁵. A este respecto, no está de más recordar que la gran revolución que alumbró el estado de derecho se cifró precisamente en la privación de la soberanía al poder real centrándola en el legislativo, al par que se sometía al ejecutivo a la ley, expresión de la voluntad popular encarnada en aquél en un delicado juego de frenos y contrapesos que no es preciso recordar.

Es precisamente ésta la perspectiva pertinente para considerar en este momento el derecho de la Unión: un nivel normativo desde el que someter a exigencias jurídicas posibles veleidades de los poderes legislativos estatales inspiradas en muchas ocasiones más en la lógica del atajo político que de las exigencias de un orden jurídico fundamentado en la dignidad de la persona y el respeto a sus derechos. Con estas reflexiones no deseo sacralizar el derecho de la Unión y las soluciones concretas que aporta, pero aun reconociendo errores y deficiencias, no puede desconocerse su condición de garantía de los pilares fundamentales del estado de derecho.

2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR

No puedo ocultar que la lectura del art. 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de *Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y de Procedimiento Administrativo Común* me ha parecido siempre lo más parecido a un brindis al sol:

Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.

Conviene subrayar que este apartado, mantenido como el primer párrafo del art. 32. 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de *Régimen Jurídico del Sector Público* (LRJSP) representa la situación original de la regulación de esta materia en nuestro derecho. Aparentemente, al

⁵ En mi opinión la aludida limitación de la soberanía del Estado se justifica sobradamente en atención a los valores de la Unión (SARMIENTO, D., *El Derecho de la Unión Europea*, op. cit., pág. 46 y ss.).

menos, nada más inútil⁶, pues por lo que respecta a los actos legislativos de naturaleza expropiatoria, a los que se alude para excluirlos de su ámbito de aplicación, su indemnizabilidad viene impuesta por el propio concepto de expropiación, que consagra la Constitución (art. 33. 2), en consecuencia, la ley no aporta novedad alguna en lo que a ellos se refiere. Respecto de los actos legislativos de naturaleza no expropiatoria se deja muy claro que la *administración indemnizará cuando el legislador quiera y como quiera*. Es lo que se viene a decir⁷. No obstante, nada impide reconocer, como la autora citada en nota, que *la previsión, limitada de un derecho a indemnización por daños causados por la aplicación de leyes en la Ley 30/1992, ha servido para despejar algunas dudas en cuanto a la «posibilidad» de admitir un sistema de responsabilidad por actos legislativos, pero no para aclarar el alcance de esta responsabilidad*. De estas dudas es exponente un contexto jurisprudencial vacilante⁸ y no exento de contradicciones hasta diversas sentencias del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2000⁹, proceso que culmina precisamente casi diez años después de que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea con su sentencia de 19 de noviembre de 1991, la famosa sentencia Francovich, reconociera la responsabilidad de los Estados por daños ocasionados por el incumplimiento del Derecho comunitario como un principio inherente al Tratado. No creo, por tanto, que se pueda dudar de la existencia de alguna conexión y un cierto arrastre de la jurisprudencia española por la del Tribunal de Justicia de la Unión¹⁰. El fruto desde la perspectiva legal, de momento, es el reconocimiento de la responsabilidad por daños que se contiene en el artículo 32.3 LRJSP:

La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurran los requisitos previstos en los apartados anteriores:

a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurran los requisitos del apartado 4¹¹.

⁶ Sin embargo, parece que algunos autores ven aquí el reconocimiento de responsabilidad por daños causados por leyes constitucionales.

⁷ AHUMADA RUIZ, M.A., “Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 42, 2001, pág. 307. También muy crítico al respecto, GALÁN VIOQUE, R., “A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado legislador (Un nuevo intento introducido en el Proyecto de Ley de Régimen jurídico del sector público de limitar el alcance de la responsabilidad del Estado Legislador, esta vez en su vertiente del ilícito legislativo)”, *Documentación Administrativa*, nueva época, nº 2, 2015.

⁸ Son de destacar en este punto las reticencias de un importante sector de la doctrina administrativista frente a la jurisdicción de los tribunales contencioso-administrativos para decidir acciones de condena contra el legislador (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Civitas, 2005, pág. 115 y ss.).

⁹ La propia sentencia resalta esta vinculación: “*Responde sin duda esta normación a la consideración de la responsabilidad del Estado legislador como un supuesto excepcional vinculado al respeto a la soberanía inherente al poder legislativo*”.

¹⁰ “*Existe, en efecto, una notable tendencia en la doctrina y en el derecho comparado a admitir que, declarada inconstitucional una ley, puede generar un pronunciamiento de reconocimiento de responsabilidad patrimonial cuando aquélla ocasione privación o lesión de bienes, derechos o intereses jurídicos protegibles*” (STS 29 de febrero de 2000).

¹¹ Art. 32. 4 LRJSP: “*Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma con rango de ley declarada*

b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5¹².

No es mi intención acometer un análisis crítico de este precepto. Hay muchas aportaciones doctrinales muy estimables, algunas de las cuales cito a lo largo de estas páginas, también una extensa jurisprudencia, que, sin perjuicio de momentos de vacilación y oscuridad, constituye un valioso antecedente para enjuiciar el texto legal. Solamente quisiera hacer algunas reflexiones que se sitúan en la periferia de esta temática pero que nos pueden permitir calibrar de forma ponderada y realista la influencia en este aspecto del derecho de la Unión Europea:

A) En primer lugar, creo conveniente subrayar el hecho histórico del papel que ha desempeñado la Unión Europea en el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. En el supuesto de la responsabilidad por daños derivados de incumplimiento de norma del derecho de la Unión la influencia de éste es una obviedad. En el otro, responsabilidad derivada de daños ocasionados por ley declarada inconstitucional, la relación es indirecta pues, efectivamente, a su reconocimiento llegó de la mano de la jurisprudencia española, pero no cabe duda que el derecho de la Unión propició el entorno adecuado para su aceptación¹³. Esta circunstancia es especialmente relevante si consideramos el vacío constitucional que nos afecta en este aspecto, al no existir en la Constitución Española de 1978 referido a la responsabilidad patrimonial del legislador, un precepto equivalente al art. 106. 2 por lo que atañe a la indemnizabilidad de daños procedentes del funcionamiento de los servicios públicos ni al art.121 respecto de los causados por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Como es sabido, la responsabilidad del legislador no tiene ninguna expresión de reconocimiento específico, al margen del genérico sometimiento de los poderes públicos a responsabilidad consagrado en su art. 9. 3, por tanto, sin mención alguna a consecuencias de carácter patrimonial¹⁴.

inconstitucional, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada”.

¹² Art. 32.5 LRJSP: “*Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes:*

a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.

b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.

c) Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares”.

¹³ En los antecedentes de la sentencia que vengo citando, ésta se hace eco de la evolución del principio de responsabilidad en el Derecho de la Unión.

¹⁴ MORENO MOLINA, J. A., “Las novedades en la regulación por las leyes 39 y 40/2015 de la responsabilidad patrimonial y la potestad sancionadora de las administraciones públicas”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 179, 2016.

B) Junto a la satisfacción que suscita la constatación antes expresada surge el impacto de las indudables carencias:

a) Es obvio que la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y normas posteriores que la fueron desarrollando y complementando hasta culminar en el art. 106. 2 CE marcaron unas pautas difícilmente superables en cuanto a nivel de protección contra daños procedentes de la acción, en el sentido más amplio de esta expresión, del poder ejecutivo¹⁵. En lenguaje coloquial podríamos decir que se puso el listón muy alto. Es por esto que, desde mi punto de vista, resulta difícil justificar las limitaciones procesales (agotamiento de vías de recurso en determinadas circunstancias) y de fondo (vulneración suficientemente caracterizada de norma comunitaria) que finalmente ha acogido nuestro legislador, como desde muy respetables instancias se vienen aduciendo con la finalidad de filtrar los supuestos indemnizables.

No quiero decir con ello que deba necesariamente indemnizarse cualquier daño antijurídico sino que, en mi opinión, las circunstancias condicionantes de la indemnizabilidad sólo pueden configurarse desde la perspectiva del propio daño –no prescrito- y de lo exigible en cada momento al autor del mismo, en nuestro caso las administraciones públicas o el poder legislativo¹⁶. Atender a otros condicionamientos, como los de carácter financiero, sólo puede admitirse como una declaración de impotencia y aceptarlos como una quiebra del sistema que se puede justificar de la forma que se desee.

En este sentido me parece criticable la exigencia de que para que proceda la indemnización por daños derivados de actos administrativos dictados al amparo de ley posteriormente declarada inconstitucional o de norma declarada contraria al derecho de la Unión, el particular *haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada*. Esta exigencia impuesta por la LRJSP tiene su antecedente inmediato en la STJUE de 26 de febrero de 2010 cuyo apartado 48 no puede ser más contundente¹⁷. Se rectifica así la jurisprudencia española que no venía exigiendo este

¹⁵ No desconozco las actitudes revisionistas producidas en los últimos años del siglo pasado desde distintos sectores, ni creo que la regulación española de esta materia sea perfecta, pero es indudable que se creó un sistema con unos rasgos muy definidos que fácilmente puede constituir un paradigma (COBREROS MENDAZONA, E., *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, Iustel, 2015, pág. 235).

¹⁶ En este sentido COBREROS ha recordado “*la paulatina admisión jurisprudencial de un cierto margen de tolerancia, sobre todo en el ejercicio de potestades discrecionales. Y sin perjuicio, asimismo, de algunas peculiaridades o especificidades que iban detectándose en determinados ámbitos, como puede ser, por ejemplo, el de la responsabilidad sanitaria, donde se puede apreciar, por un lado, cierto rigor al exigir un comportamiento no amparado por la lex artis ni por el nivel de los conocimientos o de la técnica, y, por otro lado, la introducción de un novedoso (entre nosotros) concepto indemnizatorio, como es el de la pérdida de oportunidad (sanitaria, en el caso)*” (COBREROS MENDAZONA, E., “La pertenencia a la Unión Europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial”, en *Revista de Administración Pública*, nº 200, pág. 317).

¹⁷ “*El Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia dictada con arreglo al artículo 226 CE sólo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha ley, mientras que tal regla no es de aplicación*”

requisito para reconocer el derecho a indemnización en los casos de daños derivados de actos administrativos cubiertos por una ley declarada posteriormente inconstitucional y si cuando se trataba de daños producidos por actos contrarios al derecho de la Unión.

Una lectura apresurada de estos hechos lleva, sin duda, a considerar en este punto al derecho de la Unión como obstaculizador del derecho a la indemnización y por tanto a cerrar las puertas a la misma, pero esta conclusión es, sin duda, precipitada¹⁸, pues ha sido el legislador español quien ha impuesto el mencionado requisito tomando al derecho de la Unión como coartada. Como se ha dicho, la regulación vigente ha producido *un giro radical, de carácter restrictivo en relación con la práctica jurisprudencial existente*¹⁹. Ciertamente la mencionada STJUE rechaza la disparidad de requisitos procedimentales para reclamar indemnización por daños derivados de norma declarada inconstitucional y de incumplimiento del derecho de la Unión, respectivamente. El texto citado en nota no puede ser más claro²⁰, pero de él no puede extraerse la consecuencia que deduce el legislador español de 2015.

En efecto, no parece razonable que si el Tribunal Supremo²¹ ha sostenido que no puede considerarse una carga exigible al particular recurrir un acto adecuado a una ley posteriormente declarada inconstitucional por la presunción de constitucionalidad de que goza la ley y porque los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad²², el legislador se desentienda y exija tal requisito, para no incurrir en la situación de discriminación que entraña exigirlo en los supuestos de incumplimiento del derecho de la Unión.

Al margen de si nos encontramos ante dos situaciones diferentes, lo que desestima el Tribunal de la Unión y apoya una importante doctrina²³, es la situación de perjuicio de las reclamaciones

a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma ley declarada por el órgano jurisdiccional competente”.

¹⁸ GALÁN VIOQUE, R., “A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado legislador (Un nuevo intento introducido en el Proyecto de Ley de Régimen jurídico del sector público de limitar el alcance de la responsabilidad del Estado Legislador, esta vez en su vertiente del ilícito legislativo)”, *op. cit.*

¹⁹ COBREROS MENDAZONA, E., “El diálogo judicial para la construcción de la responsabilidad patrimonial del estado por leyes contrarias al derecho de la unión europea”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 22, 2018, pág. 468.

²⁰ COBREROS MENDAZONA, E., “La pertenencia a la Unión Europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial”, *op. cit.*, pág. 331.

²¹ STJUE, de 26 de enero de 2010, apartado 18, citando al propio Tribunal Supremo español: “*En estas circunstancias, si el agotamiento previo de las vías de recurso administrativas y judiciales contra el acto administrativo lesivo se exigiera como requisito para poder interponer una reclamación de responsabilidad patrimonial basada en la infracción de la Constitución, se impondría a los justiciables la carga de impugnar el acto administrativo dictado en aplicación de la ley supuestamente inconstitucional utilizando, en primer lugar, la vía administrativa y, en segundo lugar, la vía contenciosa, agotando todas las instancias hasta que uno de los órganos jurisdiccionales que conocen del asunto decida finalmente formular la cuestión de inconstitucionalidad de dicha ley ante el Tribunal Constitucional. Tal situación sería desproporcionada y tendría consecuencias inaceptables”.*

²² COBREROS MENDAZONA, E., “La pertenencia a la Unión Europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial”, *op. cit.*

²³ CORTÉS MARTÍN, J.M., “Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho comunitario Europeo*, enero-abril, 2010, pág. 593; ALONSO GARCÍA, R., “La responsabilidad patrimonial del

por incumplimiento del derecho de la Unión lo que se condena, por ello la ley española pudo y debió optar por la solución inversa, que no le hubiera sido reprochada por el derecho de la Unión, y no exigir el mencionado requisito procedimental en ninguno de los casos. Me cuesta trabajo pensar que con ello se hiciera peligrar la Hacienda Pública española. Por otra parte, el límite temporal previsto en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 34 LRJSP²⁴ deja a salvo las exigencias más elementales de seguridad jurídica y, dada la premiosidad que suele aquejar a nuestro Tribunal Constitucional, dejará fuera de la indemnizabilidad una gran cantidad de casos. Al margen de lo discutible para algunos²⁵ de esta última limitación la acumulación de ambas no deja de ser redundante²⁶.

De ahí que cupiera justamente, la solución inversa a la finalmente adoptada por el legislador, esto es, no imponer el requisito en cuestión en ninguno de los supuestos del apartado 3 del art. 32 LRJSP citado más atrás. Esta era la solución por la que se inclinara el Tribunal Supremo²⁷ que, como se ha dicho²⁸, ha sido enmendado por el legislador animado, tal vez, por el apoyo de una importante mayoría de la doctrina administrativista.

Por lo que respecta a los requisitos de fondo es apreciable que la LRJSP no mantiene el mismo criterio de la unificación que debería llevar bien a suprimir los que exige el TJUE para la responsabilidad derivada de infracción del derecho de la Unión o matizar de la misma forma la regulación de la responsabilidad derivada de daños producidos por leyes declaradas inconstitucionales, que la ley no matiza de ninguna manera. En efecto, la lectura del art. 32. 5 a) y b) revela dos requisitos de fondo que no se contemplan en su apartado 4. Hay, por tanto,

Estado-legislador, en especial en los casos de infracción del Derecho comunitario: a propósito del auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 y la cuestión prejudicial planteada al TJCE (C-118/08)", en *Cuadernos de Derecho Local*, nº 19, 2009, pág. 181 y ss.

²⁴ Solo se indemnizarán los daños producidos "en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley o el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea".

²⁵ GALÁN VIOQUE, R., "A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado legislador (Un nuevo intento introducido en el Proyecto de Ley de Régimen jurídico del sector público de limitar el alcance de la responsabilidad del Estado Legislador, esta vez en su vertiente del ilícito legislativo)", *op. cit.*

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, *op. cit.*, págs. 272 y ss.

²⁷ Entre otras, la STS 4975/2010, de 17 de septiembre de 2010: "Sentado lo anterior puede afirmarse que no constituye obstáculo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por parte de la COOPERATIVA DE ARMADORES DE PESCA DEL PUERTO DE VIGO, SOCIEDAD COOPERATIVA LIMITADA, el hecho de que se aquietara con las regularizaciones tributarias practicadas por la Inspección de Tributos en las liquidaciones tributarias relativas al IVA en las que se había aplicado la regla de prorrata posteriormente declarada contraria al Derecho comunitario por la STJCE de 6 de octubre de 2005"; GUICHOT REINA, E., "La responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación española a la luz de los principios de equivalencia y efectividad", en *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 60, 2016; COBREROS MENDAZONA, E., "El diálogo judicial para la construcción de la responsabilidad patrimonial del estado por leyes contrarias al derecho de la unión europea", *op. cit.*, pág. 439.

²⁸ GUICHOT REINA, E., "La responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación españolas a la luz de los principios de equivalencia y efectividad", *op. cit.*

una clara disparidad en la regulación de uno y otro supuesto²⁹. Pero creo que no puede criticarse al legislador en este punto y en cualquier caso no me parece aceptable una crítica que conduzca a una unificación de regímenes de carácter restrictivo a la manera como ha sucedido con los requisitos procesales como sostiene una doctrina muy estimable por otra parte³⁰. Las razones que se esgrimen para justificar una regulación restrictiva son muy valorables, sin duda, pero, en mi opinión, si no se manejan con extrema cautela pueden concluir en la frustración de la funcionalidad de la institución misma³¹.

A la hora de formular un juicio sobre esta cuestión conviene no olvidar cual es el fundamento o causa justificativa de estas indemnizaciones. No es esta la sede adecuada para extenderse en este aspecto. Es cierto que se han formulado distintos fundamentos de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas que bien podrían trasladarse a los supuestos que contemplamos. No tengo duda de que si la responsabilidad de los entes públicos se justifica como un mecanismo de control o como una especie de seguro general, como se ha dicho, las regulaciones restrictivas pueden tener alguna razonable justificación, pero si de lo que se trata es de salvaguardar el principio de igualdad ante las cargas públicas, como a mí me parece, no son posibles las restricciones o limitaciones basadas en razones de conveniencia por más atinadas que sean, habrá que indagar un remedio para tales circunstancias, si en un momento dado la indemnización fuera imposible.

Hace ya años se arguyó contra el régimen de la responsabilidad objetiva de las Administraciones públicas el posible detrimento de la Hacienda pública. Algunos vaticinaban una especie de cataclismo provocado por la cantidad de indemnizaciones que las administraciones públicas tendrían que satisfacer. No ha sido así. Y me atrevo a asegurar que no será así. No podemos pensar, y menos en el caso del legislador, que la situación normal va a ser la de actos inconstitucionales o contrarios al Derecho de la Unión y que además causen daños efectivos y evaluables económicamente. Esto siempre ha ocurrido y ocurrirá, pero en circunstancias normales serán situaciones aisladas y perfectamente asumibles, como hasta ahora. En cualquier caso, no parece que sean asimilables a las posibilidades de causar daños por el funcionamiento de los servicios públicos (art. 106. 2 CE), las que puedan derivar de la acción de otros poderes constitucionales.

²⁹ COBREROS MENDAZONA, E., “El diálogo judicial para la construcción de la responsabilidad patrimonial del estado por leyes contrarias al derecho de la unión europea”, *op. cit.*, pág.472.

³⁰ Por todos, COBREROS MENDAZONA, E., “El diálogo judicial para la construcción de la responsabilidad patrimonial del estado por leyes contrarias al derecho de la unión europea”, *op. cit.*, pág.474.

³¹ “*Pretende, cualquiera que sea la naturaleza del acto ilícito de que se trate, evitar que el riesgo de tener que cargar con las indemnizaciones de los daños alegados por las personas interesadas menoscabe la capacidad de la institución de que se trate de ejercer plenamente sus competencias en vista del interés general, tanto en el marco de su actividad normativa o que implique decisiones de política económica como en la esfera de su competencia administrativa, sin que recaigan sobre terceros, no obstante, las consecuencias de incumplimientos flagrantes e inexcusables*”(COBREROS MENDAZONA, E., “La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los estados por el incumplimiento del derecho de la unión europea”, en *Revista de Administración Pública*, nº 196, 2015, pág. 19).

b) Me parece también razonable resaltar lo que percibo como un curioso titubeo a la hora de imputar la responsabilidad: ¿es el responsable el Estado legislador? ¿lo son las administraciones públicas por actos amparados en normas de su respectivo legislador? Así mientras en el primer párrafo del apartado 3 del art. 32 se reconoce la responsabilidad de las administraciones públicas por actos legislativos de naturaleza no expropiatoria –planteamiento arrastrado desde 1992- los requisitos novedosos se configuran directamente como supuestos de responsabilidad del legislador. Sin embargo, en todos estos casos está siempre presente la intermediación de un acto administrativo. Tal vez por eso es coherente que quien paga es la administración y quien resuelve es el Consejo de Ministros (art. 92 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas), así como que quien materialmente causa el daño es la administración pública, aunque sea a través de un acto de aplicación de la ley inconstitucional o vulnerando el ordenamiento de la Unión Europea.

La situación es ciertamente ambigua: de un lado la causa del daño es el acto administrativo. En un sistema de responsabilidad objetiva la administración autora debería asumir su responsabilidad, mas mientras la ley de cobertura no se declare inconstitucional tal daño no sería indemnizable por no ser antijurídico y el particular tendría el deber de soportarlo. Ahora bien, desaparecida la cobertura que la ley posteriormente declarada inconstitucional proporcionaba, el daño deviene antijurídico y, en consecuencia, indemnizable. Se produce, por tanto, una confluencia de responsabilidades que justifica, a mi juicio, la solución adoptada por el legislador, además de otras razones obvias de carácter práctico.

Por último, se echa en falta el supuesto de responsabilidad del legislador por daños derivados de la propia ley sin la interposición de la acción administrativa a pesar de que ha habido casos³². Me parece difícil de que, ni siquiera en estos casos se pueda prescindir de la interposición de la administración a la hora de indemnizar. No imagino indemnizaciones importantes con cargo al presupuesto de las Cámaras legislativas del nivel que sea.

Esta cuestión, cuya trascendencia práctica quizá sea mínima, encierra sin embargo una carga teórica importante y es que, a mi juicio, no cabe hablar de una responsabilidad patrimonial autónoma del poder legislativo, no hay responsabilidad del legislador la responsabilidad es de la organización política en su conjunto, el estado o la comunidad autónoma por acto legislativo. La que afirmado así podría considerarse una simpleza conecta con otro problema de fondo que, si hay no parece preocupar en demasía, hizo correr ríos de tinta en el pasado: ¿Es la personalidad del estado o de la administración? Evidentemente al margen de lo que diga el derecho positivo, pero esto excede el propósito de estas líneas.

3. LA INCIDENCIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL PROBLEMA DE LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

³² GALÁN VIOQUE, R. “A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado legislador (Un nuevo intento introducido en el Proyecto de Ley de Régimen jurídico del sector público de limitar el alcance de la responsabilidad del Estado Legislador, esta vez en su vertiente del ilícito legislativo)”, *op. cit.*.

3.1. Una situación detectada hace tiempo sin soluciones a la vista.

No puedo olvidar que hace cincuenta años una de mis primeras lecturas de derecho administrativo, siendo aún estudiante de la licenciatura, fuera esa importante y brillante obra del profesor CLAVERO ARÉVALO, *Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas*. Recientemente ha sido recordada por algunos³³. Todavía puedo decir que me impresionó por su clarividencia, rigor expositivo y sencillez en la expresión. Pero para ser justo, también debo confesar que me desconcertó. Para una mente libre, entonces, de todo tipo de prejuicios de carácter técnico y dogmático, resultaba difícil entender lo que me parecía algo así como una especie de *esquizofrenia del derecho*, una huida del derecho administrativo propiciada por el propio derecho administrativo: una incoherente situación de división. El derecho administrativo surgido para dar respuesta a las necesidades y exigencias de la vida jurídica de la administración, terminaba abdicando de su fuerza normativa y llamando al derecho privado en su auxilio para la consecución de sus propias finalidades. Las invocaciones de la flexibilidad y agilidad de las normas del derecho estatutario frente al derecho general y, sobre todo, el desembarco final en el derecho privado, que en aquella obra se describen, no me parecieron otra cosa que la confesión más rotunda del fracaso del propio derecho administrativo. Entonces no entendía la tensión entre la acción del legislador y las recomendaciones y críticas de la doctrina³⁴. Pero lo que siempre he tenido claro es que para un sector del ordenamiento jurídico regido por el principio de legalidad la corrección de esta deficiencia era una batalla perdida sin la colaboración del legislador. Ésta naturalmente ha estado muy lejos de producirse³⁵ a pesar de los más encomiables esfuerzos en que se empeñaran diversos autores ofreciendo fórmulas y criterios como solución. Ha tenido que ser el derecho gris de la burocracia de Bruselas³⁶ el que de una forma bastante eficaz ha permitido un encauzamiento del problema, pues no me atrevo a afirmar su total erradicación. Sin perjuicio de su falibilidad y contingencia, hoy por hoy, podemos hablar de una considerable contracción del mismo.

De momento la supremacía del derecho de la Unión Europea en un considerable recorte de las posibilidades soberanas del legislador español, viene a ayudarnos a encarar una situación que desde la perspectiva interna es sencillamente irresoluble, al menos a día de hoy en nuestro derecho positivo. Para ilustrar estas reflexiones conviene recordar algunas de las reacciones doctrinales más sobresalientes formuladas en la última década del siglo XX, tal vez el momento

³³ SÁNCHEZ MORÓN, M., “El retorno del derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, nº 206, 2018; GAMERO CASADO, E., “Régimen de los actos separables de los contratos privados del sector público; especial referencia a las entidades instrumentales con personalidad de derecho privado”, en *Contratación Administrativa Práctica*, nº 163, septiembre-octubre, 2019.

³⁴ DEL SAZ CORDERO, S., “La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, en *Revista de Administración Pública*, nº 133, 1994, pág. 57.

³⁵ CHINCHILLA MARÍN, C., “El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, nº 200, 2016, pág. 367.

³⁶ CHINCHILLA MARÍN, C., “El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo”, *op. cit.*, pág. 367.

de mayor agudización del problema³⁷ y, al propio tiempo de mayor sensibilidad frente al mismo. Estas reacciones doctrinales aunque no de modo exclusivo, quedaron aglutinadas en torno al *Congreso homenaje al Profesor M. F. Clavero Arévalo* con motivo de su jubilación celebrado en Sevilla en otoño de 1991³⁸. Quisiera destacar tres posiciones en torno a esta problemática³⁹.

A) La que reacciona frente al mencionado fenómeno esgrimiendo una pretendida reserva constitucional de derecho administrativo y de la jurisdicción contencioso-administrativa que dejaría el uso de las fórmulas privatísticas al margen de las soluciones admisibles en el marco de nuestra Constitución⁴⁰. No hay duda de que ésta sería una respuesta contundente de poder articularse efectivamente. Pero, pese a los esfuerzos de su autora, no es fácil hallar en la CE esa genérica reserva. Pues, si bien es cierto que la Constitución impone el sometimiento de la administración al derecho (art. 103. 1) -algo tan obvio que da rubor el recordarlo-, en ninguna parte de su texto puede encontrarse la precisión de que haya de tratarse de una rama concreta del mismo, como es el derecho administrativo. Ni la mención constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa en el art. 153 c) -excesivamente coyuntural y colateral- puede considerarse como una garantía institucional en su favor, ni la alusión a indudables principios e instituciones específicos del derecho administrativo, e incluso reservas sobre materias específicas a regímenes determinados convencionalmente ubicados en el derecho administrativo, pueden considerarse apoyos suficientes en favor de esa reserva genérica que, de existir, pienso que erradicaría por completo el problema⁴¹.

La autora de esta tesis tiene sin embargo a favor dos innegables aciertos. De un lado, la propia tesis presupone la necesidad de una ordenación jerárquica de los ordenamientos, el ordenamiento constitucional y la legalidad ordinaria que de existir situaría extramuros de la constitucionalidad las normas legales que contuvieran esas remisiones. Pero, como digo, tal no existe en nuestro derecho pues la Constitución no exige más que el sometimiento al derecho y el derecho privado lo es, no al derecho administrativo. Mas lo que no impone nuestro derecho interno si lo exige el derecho de la Unión Europea, en aquel momento derecho comunitario. A este respecto es de destacar que DEL SAZ cita alguna jurisprudencia comunitaria que ya en

³⁷ Una excelente exposición del desarrollo del desarrollo del sometimiento al derecho privado y correlativa contracción de la aplicación del derecho administrativo en el funcionamiento de las administraciones públicas puede encontrarse en DEL SAZ CORDERO, S., "La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas", *op. cit.*

³⁸ Especial interés revisten MARTIN RETORTILLO, S. "Las empresas públicas: reflexiones del momento presente", publicado después en *Revista de Administración Pública*, número 126, 1991; y VILLAR PALASI, J.L., "Tipología y Derecho estatutario de las Entidades instrumentales de las Administraciones públicas", *Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, 1994.

³⁹ Para una exposición mucho más detalladas del enfrentamiento doctrinal en este punto puede verse DEL SAZ CORDERO, S., "La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas", *op. cit.*

⁴⁰ DEL SAZ CORDERO, S. "Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional". En *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Civitas, 1992, pág. 174.

⁴¹ DEL SAZ CORDERO, S., "Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional", *op. cit.*, págs. 179 y ss.

1993 condenaba al Reino de España por no utilizar en determinados supuestos procedimientos públicos de selección de contratistas⁴².

Además, deseo destacar en este momento que esta autora apunta una solución⁴³ que, andando el tiempo, ha sido acogida por nuestro derecho positivo en la vigente 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* (LCSP) en su art. 41.2.a) que me referiré más adelante, sin duda bajo la presión del derecho de la Unión

B) Otra posición doctrinal en su momento tomaba como punto de partida el que la aplicación del derecho privado, a fin de cuentas también derecho, no representa una ocasión para la consagración de inmunidades y, en consecuencia no tendría que suponer necesariamente una huida del derecho y dadas las ventajas que se podrían conseguir con esta aplicación, sería beneficiosa pues, según los autores que sostienen esta tesis, existen mecanismos suficientes en el propio derecho privado y en el sometimiento a la jurisdicción ordinaria para evitar el riesgo de huida del derecho y refugio en la inmunidad, que es, en definitiva, lo que se trata de evitar⁴⁴.

En efecto, tras apurar las posibilidades de las modulaciones que el derecho privado experimenta ante la presencia de las administraciones públicas por exigencia del Código civil, el derecho comunitario y la Constitución, se concluía en que realmente la huida del derecho administrativo no es nada más que la huida de “*las grandes leyes administrativas. Al abandonarlas el legislador confía el derecho administrativo a su fuente originaria: la jurisprudencia de los Tribunales. Este fenómeno nos obliga a recordar que el Droit administratif es una obra pretoriana; y que nuestra propia experiencia histórica enseña que la jurisprudencia del Consejo Real, y los Reales Decretos de conflictos tuvieron un protagonismo indudable en la creación de las instituciones e institutos propios del Derecho administrativo, luego plasmados en la obra legislativa que se condensó en determinados momentos, como la Revolución Gloriosa, la Restauración, la década de 1920, o los años 50.*

La huida de las leyes administrativas lleva a que deba ser la jurisprudencia la que, en el intersticio de los textos legales de las leyes civiles mercantiles y laborales, cree un Derecho adecuado para las Administraciones públicas⁴⁵”.

Con independencia de que no puede afirmarse que la jurisprudencia haya jugado entre nosotros un papel de la amplitud que de las palabras citadas se desprende -otra cosa es lo que ocurriera en Francia y el protagonismo del *Conseil d'Etat*, incluso algunas actuaciones concretas de la

⁴² DEL SAZ CORDERO, S. “La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, *op. cit.*, págs. 88 y ss.

⁴³ DEL SAZ CORDERO, S., “La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, *op. cit.*, pág. 92.

⁴⁴ BORRAJO INIESTA, I., “El intento de huir del Derecho administrativo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 78, 1993.

⁴⁵ BORRAJO INIESTA, I., “El intento de huir del Derecho administrativo”, *op. cit.*, pág. 242.

jurisprudencia española- y de que, pese a lo que digan, la historia no se repite, no deja de ser valiosa la metodología que se sugiere: se trata de abordar la renovación del derecho administrativo a partir de un derecho privado que acerca sus modos de actuar a principios tradicionales del derecho público⁴⁶. La realidad demuestra que este planteamiento no ha sido suficiente porque la raíz del mal siempre ha estado en las preferencias del legislativo. También en estas tesis merece destacarse la referencia al derecho comunitario que entonces de una forma incipiente y en la actualidad de manera decisiva va a constituir la solución al problema que planteamos, al menos, en este momento.

C) Una tercera posición intentó en el pasado acometer la reacción frente al problema que nos ocupa mediante una reordenación de los tipos de entes públicos de carácter instrumental, en torno al concepto de organismo autónomo. Junto con la redefinición de estos tipos, eliminando algunas figuras organizativas de perfiles confusos y de difícil justificación -las sociedades estatales-, es necesario predeterminedar los criterios que permitan el sometimiento de la actividad administrativa al derecho privado, excluyendo la que *supongan ejercicio de poderes soberanos*. En relación con éstos, nunca habrá razones suficientes que justifiquen el uso del derecho privado.

Al margen de los supuestos que se determinasen claramente, el uso del derecho privado y las formas societarias sólo tendrían sentido en el ámbito de servicios o actividades que se presten en régimen de concurrencia. Ahí la experiencia -especialmente inglesa- ha demostrado que la vieja idea de la *publicatio* o reserva al Estado de todo servicio o sector ha quedado superada a medida en que se van superando los llamados *monopolios naturales*⁴⁷.

También se quiso ver en el art. 2.2 de la ya derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común*⁴⁸, una reacción frente al fenómeno que trato⁴⁹. La caracterización como administraciones públicas de estos entes; su sujeción al derecho administrativo para el ejercicio de sus potestades públicas y las limitaciones que parecen desprenderse para el empleo del derecho privado en el ámbito no reservado al derecho administrativo, se ha dicho, son reglas acreedoras de especial relevancia. La doctrina en si es acertada, pero no podía superar el defecto de fondo del sistema: todo dependía de un legislador no siempre dispuesto a colaborar.

⁴⁶ En este sentido me parecen muy sugerentes las consideraciones que realiza VILLAR PALASI, J. L. en "Tipología y Derecho estatutario de los entes instrumentales de las Administraciones públicas", *Libro homenaje al Profesor M. F Clavero Arévalo*, Civitas, 1994.

⁴⁷ SALA ARQUER, J.M., "Huida al Derecho privado y huida del Derecho", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº75, 1992.

⁴⁸ "Las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas tendrán asimismo la consideración de Administración pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación".

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo*, I, Civitas, 1993, pág. 391; LÓPEZ RAMÓN, F., "Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas", en *Revista de Administración Pública*, nº 130, 1993, págs 113 y ss.

En este contexto nos encontrábamos ante un problema insoluble desde una perspectiva jurídica o, por mejor decir, ante un problema que propiamente no debe plantearse en términos jurídicos si se desea llegar a una solución⁵⁰. O bien que para llegar a una solución aceptable era necesario arbitrar un mecanismo que sometiese al legislador a aceptar tan atinadas razones como se encuentran en todos los planteamientos doctrinales consignados. Ese orden jurídico ha sido precisamente el derecho de la Unión.

3.2. La posible solución de la mano del derecho de la Unión Europea

Recientemente varios autores⁵¹ han subrayado el crucial papel que el derecho de la Unión Europea ha jugado en encauzar, si no superar por completo, el problema que nos ocupa. De estos estudios se desprende que el derecho de la Unión está cercenando las posibilidades de huida del derecho administrativo en dos frentes importantes. Por un lado, el de la creación de entes con sustrato público y que rigen su actuación por el derecho privado y, por otro, la imposición de procedimientos públicos de contratación más allá del ámbito de las administraciones públicas para abarcar el mucho más amplio de los entes integrados en el sector público.

Por lo que respecta a la legislación de contratos, desde principios de la última década del siglo pasado la UE a impulsos primero de la jurisprudencia, después a través de diversas directivas ha forzado una corrección de las normas internas que ha obligado a extender el marco de la contratación pública de las administraciones públicas –*ley de contratos de las administraciones públicas*– a otros sujetos. Primero entes públicos con independencia de su forma mediante la acuñación del concepto de *poder adjudicador*, incluido en nuestro derecho en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, hasta la previsión del artículo 41. 2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de que tendrán *la consideración de actos administrativos los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no sean Administraciones Públicas, así como los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la presente Ley*, dicho de forma más expresa, se pueden considerar actos administrativos actos procedentes de sujetos privados, medida que si no revolucionaria⁵², como se dicho, si es trascendental a efectos

⁵⁰ En definitiva, esta parece ser la conclusión a que llegan GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo I*, op. cit., pág. 390.

⁵¹ CHINCHILLA MARÍN, C., “El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, nº 200, 2016; SÁNCHEZ MORÓN, M., “El retorno del derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, nº 206, 2018; y GAMERO CASADO, E., “Régimen de los actos separables de los contratos privados del sector público; especial referencia a las entidades instrumentales con personalidad de derecho privado”, en *Contratación Administrativa Práctica* nº 163, septiembre-octubre, 2019.

⁵² SÁNCHEZ MORÓN, M., “El retorno del derecho administrativo.”, en *Revista de Administración Pública*, nº 206, pág 64 (en nota 35) ha recordado que “en Francia, por ejemplo, el Conseil d’État reconoce la naturaleza de actos administrativos a las decisiones *adoptadas por organismos de derecho privado en el cumplimiento de misiones de servicio público que implican el ejercicio de prerrogativas públicas desde el arrêt Monpeurt, de 31 de julio de 1942, y el arrêt Magnier, de 13 de enero de 1961*”.

de rectificar la deriva que consideramos pudiendo hablarse del retorno del derecho administrativo⁵³.

También se ha señalado como las normas de la Unión Europea con ocasión de la reforma del sistema europeo de cuentas nacionales y regionales, que se concreta en el denominado SEC-2010, aprobada por el Reglamento (UE) 549/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013 han impuesto un importante bloqueo a la posibilidad, hasta ahora prácticamente incondicionada, de crear incluso por ley entes públicos regidos por el derecho privado y, en consecuencia, impone la necesidad de la aplicación del derecho administrativo si no se financian mayoritariamente con ingresos de mercado. Así se ha recogido en el artículo 103.1 LRJSP referido a las entidades públicas empresariales. Esta previsión recorta también las posibilidades de las sociedades mercantiles estatales (art. 113 LRJSP) que en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública. No obstante, son criticables y de difícil compatibilidad con el derecho de la Unión la posibilidad contemplada en el art. 103. 3 de que las entidades públicas empresariales puedan ejercer potestades administrativas aunque se limite su ejercicio a aquellos órganos de éstas a los que los estatutos les asigne expresamente esta facultad (art.105. 1) o en el art 113, aunque sea excepcionalmente, como allí se indica, respecto de las sociedades mercantiles estatales.

Ninguno de estos preceptos tiene la consideración de norma básica, pero el contenido traspuesto del derecho de la Unión alcanza y vincula también a las legislaciones autonómicas a la hora de regular estas materias. De esta manera queda claro el ámbito en que los entes del sector público pueden acudir al derecho privado.

4. CONCLUSIÓN

Cualquier lector informado puede advertir enseguida que en este trabajo no hay aportación alguna novedosa. Es más, me atrevo a afirmar que no obtendría una evaluación positiva de la CAYCIT u organismo similar si aquella no existe ya, para otorgar sexenios de investigación. Soy perfectamente consciente. Pero este trabajo, el último antes de mi jubilación y posiblemente el último sin más y terminado en pleno confinamiento provocado por la pandemia del COVT 19, no tiene esa finalidad.

Estas páginas no tienen otra finalidad que subrayar la trascendencia de uno de los dos acontecimientos más relevantes para el derecho administrativo en estos casi cincuenta años en que he convivido con él: la Constitución de 1978 y nuestra incorporación a la Unión Europea, entonces Comunidad Económica Europea, en 1986. Y lo hago, realizando especialmente este último, precisamente cuando los populismos de uno y otro signo, lo cuestionan y muy especialmente cuando, en ocasiones, el comportamiento de los socios europeos puede parecer, o incluso ser, decepcionante.

⁵³ GAMERO CASADO, E., “Régimen de los actos separables de los contratos privados del sector público; especial referencia a las entidades instrumentales con personalidad de derecho privado”, *op. cit.* pág. 10.

Acaso se me puede tildar de exagerado, pero estoy convencido de que la Unión Europea es el acontecimiento más positivo que ha sobrevenido a Europa desde el advenimiento del cristianismo. Lo afirmo consciente de sus actuales limitaciones y deficiencias, por lo que creo que todos los europeos en la medida de nuestras fuerzas tenemos el deber de apoyar una estructura jurídico política que ha posibilitado al menos setenta y cinco años sin guerras en la gran parte de Europa en que nos ha tocado vivir, además, en un entorno de libertad y democracia envidiable en la mayor parte del mundo. A partir de ahí estoy dispuesto a reconocer todo tipo de insuficiencias y deficiencias que no hacen sino indicar el largo camino que aún queda por recorrer.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AHUMADA RUIZ, M.A., “Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 42, 2001.
- ALONSO GARCÍA, R., “La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, en especial en los casos de infracción del Derecho comunitario: a propósito del auto del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 y la cuestión prejudicial planteada al TJCE (C-118/08)”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm.19, 2009.
- BORRAJO INIESTA, I., “El intento de huir del Derecho administrativo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 78, 1993.
- CHINCHILLA MARÍN, C., “El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, nº 200, 2016.
- COBREROS MENDAZONA, E., “El diálogo judicial para la construcción de la responsabilidad patrimonial del estado por leyes contrarias al derecho de la unión europea”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 22, 2018.
- COBREROS MENDAZONA, E., “La pertenencia a la Unión Europea y su repercusión en la responsabilidad patrimonial”, en *Revista de Administración Pública*, nº 200, 2016.
- COBREROS MENDAZONA, E., *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, Iustel, 2015.
- COBREROS MENDAZONA, E., “La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los estados por el incumplimiento del derecho de la Unión Europea”, en *Revista de Administración Pública*, nº 196, 2015.
- CORTÉS MARTÍN, J.M., “Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho comunitario Europeo*, enero-abril, 2010.

- DEL SAZ CORDERO, S., “La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, en *Revista de Administración Pública*, nº 133, 1994.
- DEL SAZ CORDERO, S., “Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional”, en *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Civitas, 1992.
- GALÁN VIOQUE, R., “A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado legislador (Un nuevo intento introducido en el Proyecto de Ley de Régimen jurídico del sector público de limitar el alcance de la responsabilidad del Estado Legislador, esta vez en su vertiente del ilícito legislativo)”, en *Documentación Administrativa*, nueva época, nº 2, 2015.
- GAMERO CASADO, E., “Régimen de los actos separables de los contratos privados del sector público; especial referencia a las entidades instrumentales con personalidad de derecho privado”, en *Contratación Administrativa Práctica*, nº 163, 2019.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Civitas, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. /FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo*, I, Civitas, 1993.
- GUICHOT REINA, E., “La responsabilidad del Estado legislador por infracción del Derecho de la Unión Europea en la jurisprudencia y en la legislación español a la luz de los principios de equivalencia y efectividad”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 60, 2016.
- LÓPEZ RAMÓN, F., "Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas", en *Revista de Administración Pública*, nº 130, 1993.
- MANGAS MARTÍN, A., “Cuestiones Jurídicas en torno al Brexit: notificación, plazos, formación de la voluntad, orientaciones y revocación”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, nº 34, 2018.
- MARTÍN RETORTILLO, S., “Las empresas públicas: reflexiones del momento presente”, en *Revista de Administración Pública*, nº 126, 1991.
- MORENO MOLINA, J.A., “Las novedades en la regulación por las leyes 39 y 40/2015 de la responsabilidad patrimonial y la potestad sancionadora de las administraciones públicas”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 179, 2016.
- NIETO, A., “El Derecho comunitario europeo como Derecho común vulgar”, en *Revista de Administración Pública*, nº 200, mayo- agosto, 2016.
- SALA ARQUER, J.M., "Huida al Derecho privado y huida del Derecho", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 75, 1992.

SÁNCHEZ MORÓN, M., “El retorno del derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, nº 206.

SARMIENTO, D., *El Derecho de la Unión Europea* (2ª edición), Marcial Pons, 2018.

VILLAR PALASÍ, J.L., “Tipología y Derecho estatutario de las Entidades instrumentales de las Administraciones públicas”, en *Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*. Civitas, 1994.

Homofobia y ley penal: la homosexualidad como paradigma de peligrosidad social en el Derecho penal español (1933-1995)

Homophobia and criminal law: homosexuality as a paradigm of social dangerousness in Spanish criminal law (1933-1995)

JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO
Profesor Emérito. Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Cádiz

juan.terrabillos@uca.es

 <https://orcid.org/0000-0002-5361-3009>

Resumen: La Ley de Vagos y Maleantes (1933) constituye el primer tratamiento sistemático de la peligrosidad social en el Derecho español. Su vigencia se prolongó hasta 1970, en que fue sustituida por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, vigente a su vez hasta 1995. Así, el concepto de peligrosidad social y sus consecuencias, las medidas de seguridad, tuvieron reconocimiento jurídico-positivo en tres regímenes políticamente incompatibles: República, dictadura franquista, democracia constitucional. Por encima de las diferencias de los sucesivos marcos normativos, la homosexualidad fue considerada paradigma de peligrosidad, y como tal fue definida, etiquetada y excluida. Cada modelo político aportó su propio argumentario ideológico, pero el resultado común fue -si es que no sigue siendo- la exclusión de un colectivo cuya única peligrosidad radicaba en el hecho de entender la autonomía sexual de modo distinto a los estereotipos hegemónicos en cada caso. Los mecanismos de disciplina y control se revistieron con ropajes jurídico-penales, pero la definición de su presupuesto nuclear -la peligrosidad- y la implementación del sistema sancionatorio -las medidas de seguridad- se asentaron siempre en principios incompatibles con los que caracterizan al Derecho penal democrático.

Abstract: *The Ley de Vagos y Maleantes (1933) constitutes the first systematic treatment of social dangerousness in Spanish law. It remained in force until 1970, when it was replaced by the Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, which remained in force until 1995. Thus, the concept of social dangerousness and its consequences, the safety measures, were legally and positively recognized in three politically incompatible regimes: the Republic, the Franco dictatorship and constitutional democracy. Beyond the differences of the successive normative frameworks, homosexuality was considered a paradigm of dangerousness, and as such was defined, labeled and excluded. Each political*

Recepción: 21/05/2020

Aceptación: 22/05/2020

Cómo citar este trabajo: TERRADILLOS BASOCO, Juan María, "Homofobia y ley penal: la homosexualidad como paradigma de peligrosidad social en el Derecho penal español (1933-1995)", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, nº 1, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 63-102, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i1.4>.

model contributed with its own ideological argument, but the common result was - if it isn't still- the exclusion of a collective whose only dangerousness lay in the fact of understanding sexual autonomy in a different way from the hegemonic stereotypes in each case. The mechanisms of discipline and control were dressed up in legal-criminal clothing, but the definition of their nuclear assumption-dangerousness - and the implementation of the sanctioning system - safety measures - were always based on principles that were incompatible with those that characterize democratic criminal law

Palabras claves: degradación moral, desviación, dictadura, homosexualidad, neuro-psiquiatría, peligrosidad social, política criminal excluyente.

Keywords: *moral degradation, deviance, dictatorship, homosexuality, neuropsychiatry, social dangerousness, exclusionary criminal policy.*

Sumario: INTRODUCCIÓN. 1. ESTIGMATIZACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD. 1.1. Anomalía médico-psíquica. 1.2. Depravación moral. 1.3. Degradación política. 2. CRIMINALIZACIÓN DEL HOMOSEXUAL: LA PELIGROSIDAD. 2.1. El constructo ideológico. 2.2. El reflejo normativo. 2.2.A. Peligrosidad de la homosexualidad. 2.2.B. Peligrosidad por actos homosexuales. 3. DISCIPLINA Y CONTROL: LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. 3.1. Medidas. 3.2. Procedimientos. 3.3. Aplicación. 4. LA SUPERACIÓN CONSTITUCIONAL. 5. EPÍLOGO. 6. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Los homosexuales entran en el ordenamiento punitivo español, como susceptibles de ser declarados en “*estado peligroso*”, con la Ley de 15 de julio de 1954, reformadora de la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933 (en adelante, LVM), quizá el corpus legal más representativo del modelo político-criminal de la II República.

Es la ley que dio carta de naturaleza en el ordenamiento español a las categorías “peligrosidad social”, como presupuesto, y “medidas de seguridad”, como consecuencia. Aunque la LVM no incluyó, *expressis verbis*, la homosexualidad en su inicial catálogo de supuestos de estado peligroso, la praxis policial y judicial no encontró demasiados obstáculos para imponer, aplicando criterios interpretativos de enorme laxitud, medidas de seguridad a los homosexuales como incursos en alguno de los apartados del art. 2º.

Es en esa praxis, en la posterior positivización de sus propuestas, en el argumentario aportado por las ciencias experimentales y, sobre todo, en la dialéctica erística del debate ideológico suscitado sobre la materia, donde se pueden rastrear los postulados rectores de los procesos de estigmatización (I), criminalización (II) y sanción (III) del homosexual.

1. ESTIGMATIZACIÓN DE LA HOMOSEXUALIDAD

El proceso de definición, a efectos político-criminales, de la homosexualidad, gestado en el tránsito del siglo XIX al XX, fue tributario de un fondo cultural histórico enraizado en el integrismo clerical, al que se sumaron elementos de estigmatización aportados por una medicina bio-eugenésica connivente con el poder y por las consignas victoriosas difundidas por dos

dictaduras, encabezadas por los generales Primo de Rivera y Franco, para las que la seña de identidad de la españolidad era, especialmente para la segunda, “*el machismo orgánico*”¹.

En ese marco, la homosexualidad no es considerada como una opción personal en materia sexual, sino como el peligroso precipitado de la degradación física, psíquica, moral y política que, según el discurso oficial de la postguerra, habría llegado a su zenit en el período republicano. Desde esa perspectiva se abordó la tarea no de conocer la homosexualidad, como dato ontológico, sino de connotarla negativamente, de estigmatizarla, en el plano definicional-valorativo.

El acercamiento a la cuestión obliga, pues, al análisis tanto del objeto estigmatizado como de las características del poder etiquetador: las “*imágenes turbadoras*” asociadas al delito son creación de las agencias institucionales llamadas a afrontarlas, y, en reacción especular, “*la existencia de las segundas se legitima solo con la existencia de las primeras*”².

1.1. Anomalía médico-psíquica

La conceptualización de la homosexualidad como estigma se aborda, en las primeras décadas del siglo XX, recurriendo a las metodologías propias de “*la gran narración criminológica, según la cual se puede producir conformidad a través del tratamiento de la desviación*”³. Se aceptaba, en efecto, el “*modelo de transformación*”: como los efectos (incluidos crimen y criminal) tienen causas, es posible acabar con aquellos neutralizando estas. Y la tarea de identificar las causas determinantes de la homosexualidad se afronta, paradigmáticamente, desde la perspectiva científico-empírica, con criterios médicos.

Lo que supuso introducir en el análisis una *conditio sine qua non* de progreso, por cuanto el método científico requiere someter cada paso a la crítica, fundamentada en contrargumentos de la misma naturaleza (médica) que los de la argumentación. Tras los pasos del pre-galeno de la “*Extracción de la piedra de la locura*”⁴, se trataba no de aceptar la enfermedad como castigo divino, sino de identificar sus causas terrenales, para intentar ponerle remedio.

Ya en la segunda mitad del siglo XIX la pericia médica se había asegurado su presencia en el proceso penal, al que aportaba criterios de identificación y evaluación de los elementos determinantes de la inimputabilidad. Así había llegado a España el “*alienismo*”, procedente de Francia, donde, de la mano de Esquirol, se había generalizado la utilización de conceptos biológicos y psiquiátricos en la justicia penal⁵. Y en el primer tercio del XX, los sectores más

¹ OLMEDA NICOLÁS, F., *El látigo y la pluma*, Editor Digital: Polifemo 7, Madrid, 2013, p. 30 (<http://assets.esppdf.com>, consulta: 21/5/2020).

² GALLO, E., y RUGGIERO, V., *Il carcere immateriale*, Edizioni Sonda, Torino, 1989, p. 134.

³ DE GIORGI, A. *Tolerancia cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control*, Virus Editorial, Barcelona, 2005, pp. 46-51.

⁴ TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Ensayos sobre arte y crimen*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 107-108.,

⁵ FOUCAULT, M., *Un caso de parricidio del siglo XIX presentado por Michel Foucault*, Tusquets, Barcelona

solventes de la neurología y de la psiquiatría -dinámicos investigadores y divulgadores de los avances científicos en materia de “perversiones sexuales”- pasaron de la superchería a la investigación, abandonando el plano mágico-religioso, en el que se venía radicando desde Job la enfermedad, para asentarse en el sistema científico.

Así, en 1966 era aplicable a España la constatación, reivindicada a nivel global por KRICH, de que, si bien con anterioridad se había venido considerando al homosexual “*como una figura desvaída, hereditariamente corrompido y dominado por el vicio de una masturbación excesiva..., un libertino ahíto, saciado de disipación heterosexual, hoy día, la homosexualidad se trata como síntoma*”⁶.

No obstante, el éxito de la edición española de la obra colectiva *Los homosexuales vistos por sí mismos y por sus médicos*, con firmas como las de KRICH, FREUD, HISRSCHFELD o JUNG, no logró consolidar el axioma metodológico de que los análisis sobre la homosexualidad deberían situarse en el plano científico. De ello da prueba, en la introducción al volumen, el médico FRUTOS CARABIAS, que, revistiendo sus opiniones con la pátina del sicoanálisis, se despachaba contra la homosexualidad masculina -la femenina no importaba, ya que “*la actividad sexual en la mujer no es, a menudo, necesaria*”- calificándola de “*relación sexual perversa*”, en la que siempre se detecta “*un odio intenso... por el partenaire*”, y en la que, a cada orgasmo, subsigue “*una gran angustia, con miedo a la muerte y pánico a la condenación eterna*”⁷.

La ubicación del debate en el seno de la ciencia médica, con ser un paso importante, no significó situarlo en un universo pacífico y valorativamente aséptico, ya que el estudio de la homosexualidad como expresión de conducta desviada o anormal, exige someterla a contraste con un modelo que responda a “*lo normal, lo mayoritario, los valores aceptados*”⁸, es decir, con una referencia ideológica. De este modo, la cuestión sexual se constituye en objeto de los saberes médicos, progresivamente institucionalizados, pero integrada en el debate más general acerca de la salud colectiva, sobre el que, en la época, incide un poderoso elemento nacido en la incipiente biopolítica interventora: la medicina social, como “*ciencia y regulación de las circunstancias patógenas medioambientales*”, que fue utilizada como sustento científico de las políticas eugenésicas⁹. El asesinato de Hildegart Rodríguez Carballeira por parte de su madre da cuenta de en qué medida las tesis eugenistas habían penetrado el tejido cultural de la II República¹⁰.

1976, p. 9.

⁶ KRICH, A.M., “Prefacio” a *Los homosexuales vistos por sí mismos y por sus médicos*, (edit. Krich, A.M.), Morata, Madrid, 1966, p. X.

⁷ FRUTOS CARABIAS, L., “Introducción a la versión española”, *Los homosexuales vistos por sí mismos y por sus médicos* (edit. Krich, A.M.) Morata, Madrid, 1966, pp. 4-6.

⁸ QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 32

⁹ VÁZQUEZ GARCÍA, F.J., *La invención del racismo. Nacimiento de la biopolítica en España 1600-1940*, Akal, Madrid, 2009, pp. 203 y 210.

¹⁰ Entre otras reconstrucciones históricas del hecho, ver DOMINGO, C., *Mi querida hija Hildegart*, Destino,

La medicina y la psiquiatría de la época proyectan una imagen no homogénea de la homosexualidad.

Por un lado, es considerada característica innata, según las propuestas del influyente, en la época, HIRSCHFELD¹¹, cuyo entendimiento de la homosexualidad como patología sexual de origen orgánico¹² se aproxima a las construcciones del positivismo criminológico italiano, especialmente las de LOMBROSO, médico y, por ende, garante del saber científico¹³, que llevaron a sus colegas españoles a centrarse en el estudio de las diferencias somáticas entre sexos. Por otro lado, enfoques sociológicos, importados de la medicina social alemana¹⁴ y vinculables al positivismo criminológico de FERRI, fueron desarrollados en España por SALILLAS o BERNALDO DE QUIRÓS.

Pero serían las orientaciones psicológicas y psicoanalistas las que, desde una posición dominante, vendrían a completar el andamiaje de los estudios “científicos” sobre la homosexualidad.

GREGORIO MARAÑÓN Y POSADILLO, en este período la figura más reconocida, encabezó la orientación científicista y, en esa medida, humanitaria. A espaldas de la extendida afición a la descalificación ética o a la condena jurídica, prefirió orientar su trabajo hacia la explicación de “*la transgresión de los homosexuales*” a partir de “*la posibilidad de una indiferenciación del instinto*”¹⁵.

En torno a los años veinte, MARAÑÓN, profundo conocedor de la psicología y el psicoanálisis norteamericanos y europeos del momento, formuló todo un sistema teórico explicativo de los estados sexuales, tomando como base, sin desdeñar *in totum* la eficacia etiológica del entorno, sus estudios endocrinológicos, que le llevan, en coincidencia parcial con FREUD, a la consideración de la homosexualidad como producto de la insuficiente diferenciación sexual: “*la intersexualidad es una fase obligada y pasajera- aunque no siempre definitivamente pasajera- de la evolución normal; en tanto que la homosexualidad es un episodio aberrante de esa evolución... El homosexual es simplemente el hijo de un extravío evolutivo. No es un*

Barcelona, 2008. FERNÁN GÓMEZ, F., dirigió el film *Mi hija Hildegart*, y GRANDES, A., noveló *la vida de Aurora Rodríguez*, en *La madre de Frankenstein*, Tusquets, Barcelona, 2020.

¹¹ HIRSCHFELD, M., “El homosexual como sexo intermedio”, en *Los homosexuales vistos por sí mismos y por sus médicos*, (edit. Krich, A.M.) Morata, Madrid, 1966, p. 177.

¹² JIMÉNEZ DE ASÚA, L., “Epílogo”, a HERNÁNDEZ-CATÁ, A., *El Ángel de Sodoma*, 2ª ed., Mundo Latino, Madrid, 1929, p. 243.

¹³ MARISTANY, L., *El gabinete del doctor Lombroso (Delincuencia y fin de siglo en España)*, Anagrama, Barcelona, Madrid, 1973, p. 31.

¹⁴ VÁZQUEZ GARCÍA, F.J., *La invención del racismo. Nacimiento de la biopolítica en España 1600-1940*, op. cit. p. 208.

¹⁵ PINILLOS, J.L., “Marañón, transgresor de su época”, en *La evolución de la sexualidad y los estados intersexuales*, (edit. Botella Llusía, J., y Fernández de Molina, A.), Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 1997, p. 62.

enfermo ni un monstruo, ni tampoco un delincuente, aun cuando pueda delinquir como el individuo de sexo más perfecto"¹⁶.

La consecuencia político-criminal es obvia: *"las anomalías del sexo no se combaten extirpándolas por la violencia, sino cegando la fuente que las origina"*¹⁷. Cualquier forma de criminalización es no solo, en el plano científico, *"una insensatez"*, sino también, en el social, *"una táctica a más de inhumana, notoriamente contraproducente"*¹⁸, pues lo que se requiere son terapias dirigidas a superar la indiferenciación sexual. Si la homosexualidad es, como la diabetes, una anomalía que en absoluto se vincula al crimen, compete a la sociedad no castigar penalmente, sino intentar rectificar el instinto "torcido", recurriendo a la medicina¹⁹.

Incidiría en la materia SANCHIS BANÚS, fautor, con JIMÉNEZ DE ASÚA de la fórmula de inimputabilidad acorde con las *"concepciones de la psiquiatría moderna"*²⁰ recogida en el Código Penal (en adelante, CP) de 1932: *"el enajenado y el que se halle en situación de trastorno mental transitorio"*. A propósito de la homosexualidad, el psiquiatra mantiene que el proceso predominante en la producción de las neurosis *"no es la libido, sino la represión del instinto sexual ejercida por la censura y favorecida por la educación"*. En consecuencia, el homosexual solo podrá evitar las inclinaciones mórbidas cuando haya superado todas las fases del desarrollo sexual que concluye en la heterosexualidad²¹.

Estos aportes de origen médico-psiquiátrico ratifican, en buena medida, las propuestas político-criminales más generales adelantadas cincuenta años antes por el krausismo, que había hecho suya la aportación de RÖDER de que la intervención penal ha de tener por objetivo, en lugar de reprimir, aportar medios racionales y necesarios para *"ayudar á la voluntad, injustamente determinada, de un miembro del Estado, á ordenarse por sí misma"*²².

La inmediata consecuencia es, como hiciera el correccionalismo, sobre todo el de DORADO MONTERO, hacer de la intervención penal una providencia útil y amable, más terapia que castigo²³. Las investigaciones criminológicas de SALDAÑA en materia de sexualidad,

¹⁶ MARAÑÓN, G., "Prólogo" a HERNÁNDEZ-CATÁ, A., *El Ángel de Sodoma*, 2ª ed., Mundo Latino, Madrid, 1929, p. 32.

¹⁷ MARAÑÓN, G., "Prólogo", op. cit., pp. 29-30.

¹⁸ MARAÑÓN, G., *La evolución de la sexualidad y los estados intersexuales*, Ediciones Arcos, Madrid, 1951, p. 129.

¹⁹ MARAÑÓN, G., *Los estados intersexuales en la especie humana*, Javier Morata, Madrid, 1929, p. 127.

²⁰ Código Penal de 1932, Exposición de Motivos. V.

²¹ PÉREZ SALMÓN, C., "Sanchís Banús y el psicoanálisis: historia de una relación", en *Revista de Historia de la Psicología*, 3-4, 2003, p. 522.

²² RÖDER, C.D.A., *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho Penal*, 3ª ed., Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1876, p. 344.

²³ TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Vigencia del derecho penal del krausismo", en AA.VV., *Jornadas Homenaje a Giner de los Ríos*, Universidad de Jaén, Jaén, 1999, p. 44.

desarrolladas sobre todo en *La Sexología: ensayos* (1930), vinieron a concretar la estrategia frente a la anormalidad sexual: lo procedente no son las penas del CP de 1928, sino medidas de seguridad adecuadas al caso, por ejemplo, tratamiento psiquiátrico en establecimientos adecuados.

En dirección bien contraria a la de la investigación, en sus distintas vertientes, otros, intentaron, simplemente, encubrir la superchería o la descalificación moral con el oropel de lo científico.

A este objetivo se plegó el discurso pseudo-médico de NAVARRO FERNÁNDEZ, psiquiatra y savonarola de burdeles, que, ya en los prolegómenos de la dictadura de Primo de Rivera, había implementado una campaña “sanitaria” contra las manifestaciones de homosexualidad, peligro grave para el modelo de hombre nuevo, tan reivindicado - en cuanto “*conquista del verdadero humanismo, propia de la civilización cristiana*”²⁴- por los corifeos de la dictadura²⁵.

En aval de conclusiones igualmente inocuizadoras, VALLEJO NÁGERA, médico que llegaría a dirigir los Servicios Psiquiátricos del Ejército franquista, pergeñó el andamiaje “científico” al discurso racista oficial del régimen sobre las bases de las doctrinas alemanas de la “biología criminal”²⁶, que le permitieron identificar las íntimas relaciones entre marxismo y enfermedad mental y abrazar las políticas eugenésicas aplicadas por el nazismo a los homosexuales²⁷. De ahí surgió su propuesta más definitiva: la asexualización de los psicópatas -título de su conocida publicación de 1934-, que, en el caso de los psicópatas sexuales, habría de revestir la forma de esterilización, medida eugenésica idónea para “*infanticidas, violadores, homosexuales y pervertidos de todas las categorías, de manera que, en realidad, pierde poco la sociedad al privar del derecho de la paternidad a tales desechos de presidio*”²⁸.

La tarea inocuizadora es confiada por el psiquiatra que llegó a ser conocido como el “Mengele español” no a los médicos ni a los biólogos, sino a los juristas²⁹. La propuesta, aparentemente contradictoria viniendo de un psiquiatra, es, sin embargo, coherente. Los homosexuales y los pervertidos, a diferencia de violadores o infanticidas, quedan definidos no por sus hechos, como matar bebés o violar, sino por su condición personal: la perversión, etiqueta más moral que

²⁴ PEMÁN, J. M^a, *El hecho y la idea de la Unión Patriótica*, Imprenta Artística Sáez Hermanos, Madrid, 1929, p. 184.

²⁵ CLEMINSON, R., “Marginados dentro de la marginación: prostitución masculina e historiografía de la sexualidad (España, 1880-1930)” en *Las figuras del desorden. Heterodoxos, proscritos y marginados. Actas del V Congreso de Historia Social de España*, (coord. Castillo, S., y Oliver, P.), Siglo XXI, Madrid, 2006, pp. 326-328.

²⁶ TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Construcción y enseñanza del Derecho penal del Nuevo Estado. Los orígenes del Código Penal de 1944”, en *Modelos de Derecho del Trabajo y cultura de los juristas*, (coord. Baylos Grau, A.), Bomarzo, Albacete, 2014, p. 207.

²⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 252 y 271.

²⁸ VALLEJO NÁGERA, A., *La asexualización de los psicópatas*, Medicina, Madrid, 1934, p. 89.

²⁹ VALLEJO NÁGERA, A., *La asexualización de los psicópatas*, op. cit., p. 89.

psíquica, que les convierte en criminalmente peligrosos, ha de ser afrontada por el Derecho punitivo y no por la medicina³⁰.

Más tarde, LÓPEZ IBOR, a partir de 1957, desarrollaría sus propuestas de considerar a la homosexualidad como una modalidad de perversión, opuesta a la normalidad ética, entendida como arquetipo ideal, no en sentido estadístico sino valorativo³¹. Y en 1968, el año del mayo francés o la primavera de Praga, publicaría *El libro de la vida sexual*, en el que, desde su perspectiva psiquiátrica, defendía que el homosexual es más enfermo que delincuente; a pesar de lo que no elude aplicarle etiquetas morales descalificantes: el coito anal, por ejemplo, solo es concebible entre “*individuos muy degenerados éticamente*”³².

Se cierra así el círculo vicioso de la estigmatización médica de la homosexualidad: de la neurología y la psiquiatría, que pretenden servirse de una metodología científica, se regresa a la descalificación moral y política, delegando en la ideología la construcción de los criterios de identificación del homosexual y, en consecuencia, de los medios a utilizar en su curación/eliminación.

1.2. Depravación moral

La vieja convicción, viva desde la España barroca, de que “*el sodomita, interrumpe el orden natural establecido por Dios, donde los humanos deben propagar su fe mediante su propia reproducción*”³³, ha permanecido en el tiempo. Y todavía a principios del siglo XX, BERNALDO DE QUIRÓS podía dejar constancia de la hostilidad que la población patria desplegaba frente a las repugnantes prácticas homosexuales³⁴.

Con todo, conviene no incurrir en la simplificación, tantas veces interesada, de identificar la parte con el todo. La valoración social no era monolítica: se mostraba más tolerante en las grandes ciudades -en las que “*la ideología del bloque dominante había perdido su función hegemónica*”³⁵ -, y más inquisitorial en los núcleos rurales o en ciudades menores, donde seguían imponiendo sus códigos morales el clero y el funcionariado.

Respecto al primero, hay que recordar que la simbiosis entre Iglesia católica y franquismo fue “*absoluta*”, de modo que el nacionalcatolicismo “*inspiró la protección penal de una determinada moral sexual y la tradicional discriminación de la mujer y de la*

³⁰ TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Ensayos sobre arte y crimen*, op. cit., p. 81.

³¹ MORA GASPAS, V., *Al margen de la naturaleza. La persecución de la homosexualidad durante el franquismo. Leyes, terapias y condenas*, Debate, Barcelona, 2016, pp. 68-69.

³² LÓPEZ IBOR, J. J., *El libro de la vida sexual*, Danae, Barcelona, 1968, p. 568.

³³ TOMÁS Y VALIENTE, F., “El crimen y el pecado contra natura”, en *Orientaciones. Revista de homosexualidades*, 1, 2001, p. 109.

³⁴ BERNALDO DE QUIRÓS, C., y LLANAS AGUINALED, J. M^a, *La Mala Vida en Madrid. Estudio psicosociológico*, B. Rodríguez Sierra, Madrid, 1901, p. 283

³⁵ TUÑÓN DE LARA, M., *La II República. I*, Siglo XXI, Madrid, 1976, pp. 13-14.

homosexualidad”³⁶. En cuanto al funcionariado, exprimió las posibilidades de utilizar la satanización de la homosexualidad para consolidar y fortalecer un modelo de ciudadanía civil coherente con las características del caballero católico.

El estigma moral no procedía, sin embargo, solo del integrismo político o religioso. Los programas de educación del cuerpo y de la salud propios del regeneracionismo -en sus múltiples y, en muchas ocasiones, no homologables vertientes-, le habían allanado el camino.

Así, la Institución Libre de Enseñanza, que asumió los objetivos de regeneración desde una perspectiva progresiva, asignó a la escuela, y no a la familia escasamente formada, el deber de promocionar, en régimen de coeducación, el ejercicio físico y el acercamiento a la naturaleza. Tanto el cuerpo como los afectos, las emociones y la voluntad se constituyen en blancos prioritarios de la acción pedagógica, dirigida, en palabras de COSSÍO, a “*crear sujetos vigorosos de cuerpo y alma, cultos y varoniles*”³⁷.

La entronización de la virilidad como modelo se corresponde, en efecto, con el difuso anhelo regeneracionista de “producción” de un nuevo tipo de español, libre de la degeneración histórica que tan nefastas consecuencias había acarreado al país. “*Fuera sensible -se lamenta un obscuro DE MAEZTU- que estos preciosos síntomas de renacimiento quedáran reducidos á débiles gritos vaginales, faltos de un cerebro poderoso que supiera hacer de ellos la fortísima voz de una nación*”³⁸.

Se ha imputado al regeneracionismo que, en alguna de sus vertientes, para llevar adelante su propósito de “*limpieza de la cultura y la raza españolas*”, se decantara “*por destilar un odio específico muy sanguinario hacia la homosexualidad*”³⁹. La tacha solo está justificada si referida a los sectores del heterogéneo movimiento regeneracionista que buscaron el origen de la decadencia nacional en el plano sexual, centrados en una tan miope como limitadora obsesión por la virilidad perdida.

La recuperación regeneracionista de la masculinidad, propia del hombre nuevo -antecedente tanto del *uomo nuovo* mussoliniano⁴⁰ como del primoriverista- y crisol de las esencias

³⁶ PORTILLA CONTRERAS, G., “Colaboración de la Iglesia católica en la represión penal de la masonería y el comunismo durante el franquismo”, en *Revista Penal. México*, 3, 2012, pp. 193-195.

³⁷ VÁZQUEZ GARCÍA, F.J., y CLEMINSON, R., *Los invisibles. Una historia de la homosexualidad masculina en España, 1850-1939*, Comares, Granada, 2011, p. 155.

³⁸ DE MAEZTU, R., *Hacia otra España*, Imp. y Enc. de Andrés P. Cardenal, Bilbao, 1989, p. 233. (<http://www.memoriadigitalvasca.es/handle/10357/5225>, consulta:21/05/2020).

³⁹ MORA GASPAS, V., *Al margen de la naturaleza. La persecución de la homosexualidad durante el franquismo. Leyes, terapias y condenas*, op. cit., p.26.

⁴⁰ QUIROGA FERNÁNDEZ DE SOTO, A., “Educación para la ciudadanía autoritaria. La nacionalización de los jóvenes en la dictadura de Primo de Rivera”, en *Historia de la Educación. Revista Interuniversitaria*, 27, 2008, p. 92.

españolas, exige una implicación activa de toda la sociedad frente a la degradación representada por el “moro”, asociado a la sodomía, y el anarquista, proclive al afeminamiento⁴¹.

Y así, la criminalización en el CP de 1928 -el del general Primo de Rivera- de la homosexualidad, tan detestada por la derecha política como la pornografía, “*arma certera -en valoración de PEMÁN- de infalible acierto psicológico, para minar por su cimiento familiar todo el orden social*”⁴², respondía a la retórica regeneracionista que exigía poner freno a la decadencia nacional, actuando contundentemente sobre la cuestión sexual.

El régimen surgido de la guerra civil heredaría y potenciaría la entronización de esa virilidad, con la consiguiente postergación de las mujeres, “*esas madres cristianas que trajeron al mundo a los alféreces provisionales*”, instrumento al servicio del macho, como teorizara Enrique HERRERA ORIA⁴³. Lo que tuvo como consecuencia la diferenciación valorativa entre dos presuntas modalidades de homosexualidad: el afeminado que la ejercía de forma pasiva era considerado invertido, depravado o incluso peligroso, según el plano -médico, moral, jurídico- en el que se situara el sujeto estigmatizante. Y se tachaba de pervertido -pero no de anormal- al que practicaba la sodomía de forma activa, manteniendo su estatus de masculinidad⁴⁴.

1.3. Degradación política

La “inversión” sexual es contagiosa y, por tanto, peligrosa, pero no solo para la salud: también para la paz ciudadana, por su vinculación con el crimen, insistentemente pregonada por los medios más influyentes de la derecha política. Lo que impone que debe ser afrontada, sobre todo, desde el control policial y penal.

La construcción del homosexual incorpora, así, otro elemento: a su condición de pervertido y/o anormal y a su aberrante integración en el “sexo débil”, se añade la descalificación por el sustrato político en el que nace y crece.

El lapso de tiempo que va desde la debacle de 1898 hasta la consolidación del franquismo en la postguerra registra los anhelos oficialistas por reinstaurar los perfiles de la virilidad como antídoto a la degeneración colectiva que todos -de regeneracionistas a fascistas- denuncian y combaten. Con la consiguiente etiquetación del homosexual desde las trincheras políticas, en las que se le cuelga el sambenito de enemigo.

La propuesta cuenta con antecedentes en el pensamiento peligrosista, por ejemplo en los análisis lombrosianos de fines del XIX, “*que alineaban en un mismo recinto, el de la psicología*

⁴¹ QUIROGA FERNÁNDEZ DE SOTO, A., *Haciendo españoles: la nacionalización de las masas en la Dictadura de Primo de Rivera (1923-1930)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 270.

⁴² PEMÁN, J. M^a, *El hecho y la idea de la Unión Patriótica*, op. cit., p. 218.

⁴³ HERRERA ORIA, E., *Historia de la Educación Española desde el Renacimiento*, Veritas, Madrid, 1941, pp. 490 y 436-439.

⁴⁴ MORA GASPAS, V., *Al margen de la naturaleza. La persecución de la homosexualidad durante el franquismo. Leyes, terapias y condenas*, op. cit. pp.38-39.

morbosa y anormal, al hombre criminal, al loco, al desequilibrado y al neurótico, al revolucionario anarquista y al mismísimo creador u hombre de genio”⁴⁵.

Atribuir peligrosidad al disidente político -enemigo, en los regímenes totalitarios- no es, pues, novedoso. Y enemigo ha de ser, forzosamente, quien encarna los rasgos convencionales de la feminidad y, por ende, alimenta el declive de la virilidad patria.

Para detenerlo, la Unión Patriótica, el partido único en la dictadura de Primo de Rivera, que había recuperado algunas asociaciones reaccionarias ya periclitadas, como las Juntas de Defensa, e incorporado otras nacidas al socaire del pronunciamiento militar de 1923, asumió la tarea de extender e imponer la integración nacional en torno a los nuevos valores, objetivo que define al partido: *“la Unión Patriótica es una ‘conducta organizada’; pero una conducta, ha explicado muchas veces su Jefe nacional, social, ciudadana, apolítica*”⁴⁶.

La labor de adoctrinamiento desplegada pasaba, además de por la censura de la prensa, por la de la enseñanza, *“que debe ser formación y moldeamiento espiritual que tiende a la formación, como dice Ortega y Gasset de un tipo ideal de hombre. Y el tipo ideal de hombre español, dotado de un sentido superior de solidaridad, que la enseñanza patria debe formar con afán, no puede lograrse sin cultura y formación religiosa*”⁴⁷.

Y cuando la enseñanza, teleológicamente dirigida, no haya logrado imponer ese tipo ideal, *“la Raza precisa privar a los indeseables de los derechos ciudadanos mientras no se hayan regenerado mediante la reeducación*”⁴⁸. Hasta tanto se corone con éxito el taumatúrgico procedimiento, los indeseables quedan excluidos de la titularidad de derechos, en aras, claro, de la “Raza”.

Especialmente compete a la Universidad española -de la que queda excluida la mujer, que *“debe ocuparse de los trabajos de casa y prepararse para su futura misión de madre*”⁴⁹- la formación de *“los millares de intelectuales hispánicos que están llamados a difundir la esencia del espíritu español a más de cien millones de hombres que hablan la lengua calificada por Carlos V de única digna de hablar con Dios*”⁵⁰.

No se consiguió llevar la esencia de lo español a tan amplias capas de población foránea. Y tampoco se consiguió salir del analfabetismo, que afectaba, entre el 30 y el 40%, a la población

⁴⁵ MARISTANY, L., *El gabinete del doctor Lombroso (Delincuencia y fin de siglo en España)*, op. cit., p. 14.

⁴⁶ PEMÁN, J. M^a, *El hecho y la idea de la Unión Patriótica*, op. cit., p. 67.

⁴⁷ PEMÁN, J. M^a, *El hecho y la idea de la Unión Patriótica*, op. cit., pp. 312-313.

⁴⁸ VALLEJO NÁGERA, A., *Eugenesia de la Hispanidad y regeneración de la raza*, Editorial Española, Burgos, 1937, p. 129.

⁴⁹ HERRERA ORIA, E., *Historia de la Educación Española desde el Renacimiento*, op. cit., p. 437.

⁵⁰ PEMARTÍN, J., *Los valores históricos de la Dictadura española*, 2^a ed., Publicaciones de la Junta de Propaganda Patriótica y Ciudadana, Madrid, 1929, p. 448.

española⁵¹, convirtiéndola en dócil receptor de los mensajes simplificadores, siempre orientados a neutralizar los problemas sociales mediante la identificación y expiación de un enemigo, el otro, el distinto, fácilmente satanizable.

En su fase franquista, la aplicación de la LVM estuvo también sustentada en un inmenso aparato de propaganda dirigido a consolidar los mismos paradigmas vacuos -macho de acendrada hombría, mitad monje-mitad soldado, patriota y heredero de un imperio, de inmaculada raza y dogmas paleocristianos-, incompatibles todos ellos con la condición homosexual. Frente al *“mimetismo extranjerizante, la rusofilia y el afeminamiento...”* el régimen iba a oponer *“el viril heroísmo de la juventud en acción, que tan generosa sangre derrama en el frente por el rescate definitivo de la auténtica cultura española”*⁵².

La virilidad es valor que no germina en el bando republicano, tal como obscenamente, proclamara QUEIPO DE LLANO, uno de los generales vencedores de la contienda civil: *“Nuestros valientes legionarios y regulares han enseñado a los rojos lo que es ser hombre. De paso también a las mujeres de los rojos, que ahora por fin han conocido hombres de verdad, y no castrados milicianos. Dar patadas y berrear no las salvará”*⁵³.

El franquismo, que no había desperdiciado las posibilidades de estigmatización del homosexual como enfermo o inmoral⁵⁴, avanzó también en la línea política de exclusión: una vez reducido el mundo político a la tensión bélica amigo-enemigo, identificado aquel con los valores del Movimiento, y este con la herencia del bolchevismo y de sus temblorosos aliados burgueses, el homosexual solo podía germinar en este segundo bando. Así lo sintetiza CASTELLANOS SANTAMARÍA, uno de los cerebros de la organización policial de postguerra, subrayando la superposición de la militancia política enemiga y la perversión carnal: *“la revolución roja en marcha abismal, trágica, hacia el triunfo, estaba sembrada en las grandes densidades de población con la semilla de las milicias socialistas, veneros de ayuntamientos carnales nefandos, favorecidos, como no, por el monstruo masónico, o tropeles del alcohol y de la equivocación o la depravación”*⁵⁵.

La psiquiatría “nacional” también aportó su grano de arena al argumentario legitimante de la eliminación del enemigo político como personaje espurio incompatible con el nuevo orden. De ello, denuncia GONZÁLEZ DURO, *“se encargaron unos cuantos psiquiatras, henchidos de fervor patriótico, demostrando ‘científicamente’ que los ‘marxistas’ eran inferiores mentales,*

⁵¹ TAMAMES, R., *La República. La Era de Franco*, Alianza Editorial-Alfaguara, Madrid, 1973, p. 142.

⁵² Preámbulo a la *Ley de Reforma de la Enseñanza Media, de 20 de septiembre de 1938*.

⁵³ SILVA BARRERA, E., y MACÍAS SANTIAGO, S., *Las fosas de Franco, los republicanos que el dictador dejó en las cunetas*, Temas de Hoy, Madrid, 2003, pp. 131-132.

⁵⁴ UGARTE PÉREZ, F. J., “Las bases ideológicas de la represión”; en *Una discriminación universal. La homosexualidad bajo el franquismo y la transición* (edit. Ugarte Pérez, F. J.), Egales Editorial, Barcelona-Madrid, 2008, p. 69.

⁵⁵ CASTELLANOS SANTAMARÍA, P., *Policía integral o policía nacional sindicalista*, Imprenta Católica F.G. Vicente, Valladolid, 1939, p. 76

morales y espirituales, psicópatas antisociales que propendían a la subversión del ‘orden natural’ de las cosas”⁵⁶.

La representación de la homosexualidad como degradación política no es exclusiva de la postguerra. Todavía en los albores de la “transición”, la alucinación de MAURICIO KARL (seudónimo de Mauricio Carlavilla), sintetizada en su *Sodomitas*⁵⁷, que conoció sucesivas reediciones desde 1956 a 1973, confirma la vigencia de la identificación sodomía-comunismo-peligrosidad. Y no solo entre sus lectores: en las Cortes franquistas, el procurador VILLEGAS GIRÓN, mantuvo en 1970, en su defensa del art. 2, núm. 3 del proyecto de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (en adelante, LPRS), que “*afortunadamente somos una raza en que los hombres son hombres y las mujeres, mujeres. Y lo que no queremos es que existan estos espécimen (sic) híbridos*”⁵⁸.

2. CRIMINALIZACIÓN DEL HOMOSEXUAL: LA PELIGROSIDAD

2.1. El constructo ideológico

La construcción del sistema teórico de identificación y exclusión del homosexual como sujeto peligroso, nace en los estudios criminológicos del tránsito del siglo XIX al XX.

Es el momento de penetración del positivismo, ya consolidado como corriente filosófica y como metodología, en las ciencias penales. Las propuestas metafísicas, ancladas en un pretendido Derecho natural, son sustituidas por el estudio empírico del delincuente, como sujeto con determinadas características orgánicas, que el primer positivismo criminológico se encargó de estudiar con la fiebre clasificadora propia de la época. LOMBROSO, en Italia, y, unos años antes, CUBI I SOLER, en España, serían los corifeos de esta línea de trabajo, complementada por los autores -PRINS, VACCARO, FERRI-, que investigaron los factores sociales determinantes de la peligrosidad del sujeto⁵⁹. La esperable consecuencia fue, tanto en las elaboraciones científicas como en los trabajos legiferantes, la identificación de ociosos, enajenados, huelguistas, anarquistas, vagabundos y prostituidos, como sujetos situados frente al sistema penal.

En España, las propuestas de la *Scuola Positiva* encontrarían un eco específico, pasado por el tamiz del krausismo de GINER DE LOS RIOS, y terminarían por cristalizar en el correccionalismo de DORADO MONTERO, el título de cuya obra más significativa –*El Derecho protector de los criminales*– constituye la enunciación de todo un programa tuitivo y

⁵⁶ GONZÁLEZ DURO, E., *Los psiquiatras de Franco. Los rojos no estaban locos*, Planeta, Madrid, 2008, p. 10.

⁵⁷ KARL, M., *Sodomitas*, NOS, Madrid, 1956.

⁵⁸ BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES, Diario de Sesiones. Comisión de Justicia, sesión de 22.06.1970, p. 17.

⁵⁹ TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Regulación española de las medidas de seguridad y garantías individuales*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980, pp. 36-46.

humanista, basado en la “justicia de bata blanca”⁶⁰. Pero buena parte del argumentario excluyente del peligroso, elaborado por la doctrina militante en el positivismo criminológico, terminaría por ser apropiado por las formas totalitarias de organización del poder punitivo. Tal como muestra el ejemplo de FERRI -iniciado en el socialismo jurídico italiano⁶¹ para llegar a convertirse en estrategia de la política criminal del fascismo⁶²-, la deriva totalitaria era el destino anunciado de una doctrina que había hecho renuncia expresa de las garantías penales y procesales, y que se movía en una dirección autoritaria, servil a los requerimientos de la defensa social⁶³

Los estudios criminológicos de BERNALDO DE QUIRÓS ya habían allanado el camino, al vincular, “*de modo exageradamente explícito*”, ejercicio de la prostitución y homosexualidad, lo que permitía considerar a esta como socialmente peligrosa, en términos que alcanzarían su paroxismo a finales de la década de 1920, con la revista *Sexualidad*, publicada por NAVARRO FERNÁNDEZ y publicitada como instrumento de regeneración de la raza y la cultura españolas a través de la eliminación del “*peligroso social*” homosexual y de su propensión a cometer crímenes⁶⁴.

De hecho, la incorporación de la peligrosidad al CP de 1928 no respondió a los impulsos tuitivos del correccionalismo, sino a la influencia, políticamente más afín, de la corriente defensiva-utilitaria del positivismo criminológico.

2.2. El reflejo normativo

El CP de 1928 –calificado por la Exposición de Motivos (VI) de su sucesor de 1932 como conjunto de “*normas facciosas*” o “*estatuto penal espurio*”- en su parte general (Libro Primero), afronta la peligrosidad del homosexual implícitamente, al dar respuesta punitiva a circunstancias y situaciones a las que, en el contexto cultural e ideológico de la época, la homosexualidad era fácilmente reconducible. Así, agravan la responsabilidad del condenado su “*vida depravada*” (art. 67.1^a) y su “*ociosidad o vagancia*” (art. 67.5^a); datos que pueden ser indicativos de peligrosidad criminal y legitimadores de la imposición de medidas de seguridad; entre ellas, las de internamiento y retención (art. 90).

Su art. 71 define el “*peligro social criminal*” como “*el estado especial de predisposición de una persona, del cual resulte la probabilidad (sic) de delinquir*”. Y cuando los tribunales hicieren,

⁶⁰ TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Vigencia del derecho penal del krausismo”, op. cit., pp. 37-40.

⁶¹ NAVARRO DE PALENCIA, A., *Socialismo y Derecho criminal*, Reus, Madrid, 1919, p. 132.

⁶² TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Regulación española de las medidas de seguridad y garantías individuales*, op. cit., pp. 43-45.

⁶³ MODONA, G. N., “Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale”, en *Democrazia e Diritto*, 4, 1977, p. 672.

⁶⁴ VÁZQUEZ GARCÍA, F.J., y CLEMINSON, R., *Los invisibles. Una historia de la homosexualidad masculina en España, 1850-1939*, op. cit., pp. 240 y 120-121.

en sus sentencias condenatorias, “*declaración de peligro social criminal*”, podrán imponer al condenado las medidas de seguridad procedentes.

Frente a los comportamientos homosexuales, el Código primorriverista, que “*con torpeza anacrónica... no responde a concepción médica alguna, ya que sus redactores, sin guía ni norte, han caminado ciegos por una ruta desconocida*”⁶⁵, incorpora una respuesta alejada del debate científico de la época. Bajo la rúbrica de “*delitos de escándalo público*”, castiga, en su art. 616, al que “*habitualmente o con escándalo, cometiere actos contrarios al pudor con personas del mismo sexo*”. A observar que la fórmula tipificadora, alternativa comporta que las prácticas homosexuales habituales sean típicas siempre, aunque, en contradicción con la rúbrica, no den lugar a escándalo, definido en los términos del art. 617. También se castiga con pena agravada al responsable, con víctimas o partenaires del mismo sexo, de delitos de abusos deshonestos sobre adultos (art. 601) o sobre menores (art. 775).

El republicano CP de 1932 tipificaba, como delitos contra la honestidad diversas conductas - abuso deshonesto “*de persona de uno u otro sexo*” (art. 432), ofensa al pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo (art. 433), favorecimiento de la corrupción de menores (art. 440)-, en las que los comportamientos homosexuales tienen fácil acomodo.

Cierto es que la represión va dirigida tanto a comportamientos homo- como heterosexuales, ya que unos y otros pueden resultar idóneos para afectar al bien jurídico proclamado por la rúbrica del Título X -la honestidad-, pero cierto es también que la proliferación de elementos típicos valorativos (abuso, deshonestidad, buenas costumbres, grave escándalo, vicio, etc.) facilitaría, en la época, juicios de desvalor más intenso cuando los hechos a examen incorporasen elementos homosexuales.

La LVM respondía a un paradigma diferente al del Código, al prever la imposición de medidas de seguridad a los sujetos declarados en estado peligroso, entre los que no se encontraban los homosexuales. Lo que condicionó que su persecución hubiera de realizarse acudiendo a otras etiquetas (conductas escandalosas, inmorales, etc.) menos específicas.

La Circular de la Fiscalía General de la República, de 12 de marzo de 1934, respalda este proceder interpretativo: la homosexualidad se integra en otras tipologías próximas (prostitución, rufianismo, etc.) consideradas, *per se*, peligrosas, con independencia de que los comportamientos enjuiciados sean o no constitutivos de delito y de que permitan vaticinar la comisión de delitos futuros o la simple marginalidad del sujeto. La peligrosidad predelictual y meramente social es el elemento sobre el que pivota todo el sistema, y así, en opinión de la Fiscalía, “*rufianes y proxenetas, traficantes con la ajena honestidad para satisfacer la lujuria de otros, constituyen el inmundo pináculo de la suprema ignominia humana, el parasitismo de la prostitución y de la liviandad. Explotadores de seres infelices... sus indignas actividades, principal factor de la prostitución que promueven espiando, sitiando y captando a la ingenuidad, la ligereza y la necesidad, son siempre socialmente peligrosas, ya tengan o no*

⁶⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., “Epílogo”, cit., pp. 245-246.

tipicidad delictiva y ya se ejerciten respecto de mujeres o de hombres, de mayores o de menores de edad, descubierta o clandestinamente”.

En cualquier caso, si la LVM no exigía explícitamente la consideración de la homosexualidad como supuesto de estado peligroso, habilitante de la imposición de medidas de seguridad, sino que la admitía implícitamente, el Reglamento de 3 de mayo de 1935 amplió extraordinariamente -en contradicción flagrante con las exigencias del principio de legalidad- el ámbito de aplicación, al entender incursos en el catálogo de sujetos peligrosos a quienes *“por su forma de vida habitual, dedicada a actividades inmorales, demuestran un estado de peligrosidad por analogía con lo dispuesto en la Ley”* (art. 1.G).

A su vez, el Código de Justicia Militar, de 1945 (art. 352) mantuvo el abuso deshonesto homosexual como delito autónomo *“contra el honor militar”*.

Pero había de ser la Ley de 15 de julio de 1954 la que introdujera en la LVM la etiqueta explícita: podrán ser declarados en estado peligroso los homosexuales, rufianes y proxenetas, agrupados todos ellos en el nuevo art. 2º, núm. 2º, por más que, criminológicamente, se trate de tipologías bien diferenciadas.

La nueva legalidad hace *tabula rasa* de la posible diferenciación, propuesta incluso por CUELLO CALÓN -inspirador de leyes penales de las dictaduras primoriverista y franquista, y admirador de MEZGER por su condición de adepto al nacionalsocialismo⁶⁶- entre los casos en que *“la conducta sexual anormal proviene de factores biológicos, de anomalías y defectos glandulares congénitos”*, necesitados de *“curación y ajuste de su personalidad”* y los de *“prostituidos, hondamente depravados, muchos de ellos habituales de los bajos fondos criminales”*, acreedores, en cuanto peligrosos, de *“eficaces medidas de protección social”*⁶⁷. En la LVM, desde 1954 son peligrosos, sin distinciones, todos los homosexuales.

Hacia poco tiempo que el primer franquismo, superadas las huelgas de enero de 1951 en Cataluña, había dejado atrás la etapa de la economía autárquica y del racionamiento, e iniciado, a impulsos de su integración en la política de bloques en que cristalizó la “guerra fría”, un lento pero irreversible proceso de liberalización económica. El cambio, sin embargo, no se tradujo en un mayor respeto a la diversidad: a pesar de la innegable, aunque limitada, liberalización intelectual⁶⁸, el retroceso en la lucha contra la heterodoxia en materia sexual, representado por la reforma de la LVM, se asienta en un contexto mundial conservador, marcado políticamente por la “guerra fría”, potenciada además por el estallido de la guerra de Corea (1950), que

⁶⁶ TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Construcción y enseñanza del Derecho penal del Nuevo estado. Los orígenes del Código Penal de 1944”, op. cit., p. 216.

⁶⁷ CUELLO CALÓN, E., “Referencias históricas y de derecho comparado sobre la represión de la homosexualidad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, VII.3, 1954, p. 501. pp. 498-501

⁶⁸ DÍAZ GARCÍA, E., *Pensamiento español en la era de Franco (1939-1975)*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 63.

incrementó la importancia militar de España como eslabón seguro y socio fiable en el cerco occidental a la amenaza comunista⁶⁹.

La solidez del bloque ideológico regresivo comenzó, sin embargo, a resentirse a partir de los sesenta, cuando la liberalización económica y la apertura de fronteras favorecieron el intercambio de mercancías y personas, pero también el de información.

La emigración por razones laborales empujó en el mismo sentido, pero, por razones no solo cuantitativas, con menor fuerza que el turismo.

La afluencia masiva de turistas, y, por tanto, de costumbres sexuales desviadas respecto a la ortodoxia carpetovetónica, comportaba el riesgo de contagio de una degradante promiscuidad foránea que el régimen, aunque deslumbrado por el aporte de divisas, no estaba dispuesto inicialmente a aceptar de buen grado, y en 1958, desde la Dirección General de Seguridad se impulsó la *“veda hispánica del uso del bikini”*. Pero la reivindicación nostálgica de los viejos valores hubo de ceder ante el impulso de los ingresos aportados por unos visitantes, mayoritariamente jóvenes, que introdujeron sus modelos de liberación sexual, inconformismo, ruptura generacional, indiferencia religiosa, y emancipación femenina⁷⁰. Las nuevas formas de entender las relaciones sexuales conectaban, además, con las reivindicaciones de inspiración democrática, incipientes aunque duramente reprimidas, ya instaladas en el interior, sobre todo en los campus universitarios. La revisión de las escalas de valores integristas operada en la década de los sesenta respondió más que a las directrices emanadas del Boletín Oficial del Estado, a la penetración, por ósmosis, de los valores foráneos.

Años más tarde, en 1970, la LPRS vendría a constituir, como exhibe su Preámbulo, una puesta al día de la LVM, que, si bien había supuesto un avance constatable, necesitaba adecuarse a *“los cambios acaecidos en las estructuras sociales, la mutación de costumbres que impone el avance tecnológico, su repercusión sobre los valores morales, las modificaciones operadas en las ideas normativas del buen comportamiento social y la aparición de algunos estados de peligrosidad característicos de los países desarrollados que no pudo contemplar el ordenamiento de mil novecientos treinta y tres”*.

Es importante reparar en cómo la LPRS acepta que una de las razones que avalan su reforma para alcanzar el objetivo de determinar mejor las *“categorías subjetivas de peligro”*, radica en *“las modificaciones operadas en las ideas normativas del buen comportamiento social”*. Dicho de otro modo: la peligrosidad personal no deriva tanto de las características del individuo, sino de criterios que le son ajenos, y que dependen de modelos normativos elaborados en las instancias con poder para definir qué comportamientos son socialmente adecuados y cuáles no. Si GINER había mantenido que cada época de la Historia tiene su Derecho natural propio, DORADO llega a afirmar que *“son delincuentes aquellos individuos que hayan sido declarados*

⁶⁹ TAMAMES, R., *La República. La Era de Franco*, op. cit., pp. 460.461.

⁷⁰ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, E. M., “El auge del turismo europeo en la España de los años sesenta”, en *Arbor*, CLXX. 669, 2001, pp. 208 y 220.

*tales oficialmente, por medio de sentencia judicial; todos los demás son honrados...Son delitos aquellos actos que el más poderoso prohíbe ejecutar y cuya realización conmina con penas. Es decir, que el concepto de delito es de esta suerte un concepto impuesto*⁷¹. Y a esta realidad, trasladada del ámbito del delito al de la peligrosidad, se adecúa la LPRS.

La LPRS modificó, y de manera relevante, la configuración del supuesto de estado peligroso, que dejó de ser una característica personal -la homosexualidad- para radicarse en unos comportamientos concretos: su art. 2 dispone que *“Son supuestos del estado peligroso los siguientes: Tercero. Los que realicen actos de homosexualidad”*.

La Ley 43/1974, de 28 de noviembre, modificó determinados artículos de la LPRS, sin incidencia directa relevante en el tema ahora objeto de estudio, pero la Ley 77/1978, de 26 de diciembre, coetánea con la entrada en vigor de la entonces nueva Constitución democrática, procedió a la derogación del apartado tercero del art. 2 LPRS, con lo que las prácticas homosexuales dejaron de constituir el presupuesto legitimante de la imposición de medidas de seguridad.

2.2.A. Peligrosidad de la homosexualidad

La Ley de 15 de julio de 1954, al modificar el art. 2º de la LVM, consagró la represión expresa y autónoma de la homosexualidad: *“Podrán ser declarados en estado peligroso... Segundo: Los homosexuales (sic), rufianes y proxenetas”*. La grafía del BOE refleja el distanciamiento cultural entre legislador y realidad legislada.

Aunque los homosexuales habían venido siendo consuetudinariamente perseguidos en aplicación de los tipos de escándalo público o de abusos deshonestos, el legislador reivindica la necesidad de su represión personal específica: *“la producción de hechos que ofenden la sana moral de nuestro país por el agravio que causan al tradicional acervo de buenas costumbres, fielmente mantenido en la sociedad española, justifican la adopción de medidas para evitar su difusión”* (Preámbulo).

La decisión político-criminal de positivizar la represión autónoma del homosexual no carece de relevancia, por cuanto el control, ya formal (debilitado por el silencio legal) ya informal, genera en el colectivo controlado mecanismos de resistencia más o menos eficaces, que quedan, sin embargo, neutralizados cuando el control pasa a ser inequívocamente institucional y queda legitimado como manifestación del indiscutido *ius puniendi*.

La respuesta penal de la reforma de 1954 a la homosexualidad es ejemplo de peligrosidad meramente social. El art. 2 declara peligrosos a los homosexuales junto a rufianes y proxenetas, pero mientras estos quedan definidos por su comportamiento con proyección externa, la condición homosexual es producto de una descalificación personal. Rufián y proxeneta, en efecto, trafican con otros y obtienen beneficios; se lucran ilícitamente de la prostitución ajena. Y, con ello, no solo cometen delitos; además pueden suministrar indicios de que los seguirán

⁷¹ DORADO MONTERO, P., *Bases para un nuevo Derecho Penal*, Gallach, Barcelona 1923, p. 21.

cometiendo (peligrosidad criminal). Pero el homosexual se limita a compartir su sexualidad con individuos del mismo sexo, a los que no agrede, coacciona o explota. La única peligrosidad que puede generar su condición es la probabilidad de seguir dirigiendo su práctica sexual a los mismos objetivos. Solo amenaza con *“la producción de hechos que ofenden la sana moral de nuestro país por el agravio que causan al tradicional acervo de buenas costumbres, fielmente mantenido en la sociedad española”*. Y esto le resulta al legislador intolerable.

Se persigue, pues, a *“sujetos caídos al más bajo nivel moral”* para que, corregidos y reformados, salgan de la degeneración. No importa -en una ley penal (i)- la proximidad o alejamiento del homosexual respecto al delito: se trata, explica el Preámbulo de la ley, de *“proteger la paz social y la tranquilidad pública contra las actividades no constitutivas de delito o cuya delincuencia consta, pero no puede ser inmediatamente probada, de sujetos que, por su habilidad, escapan a través de las mallas de la Ley o eluden su aplicación, por cuya causa constituyen un serio peligro para una ordenada vida de la colectividad”*.

La homosexualidad queda así configurada como el paradigma de supuesto de peligrosidad personal -no se define por lo que se hace, sino por lo que se es-, predelictual -no requiere prueba, y ni siquiera comisión, de un delito previo- y social, por cuanto la persistencia en la condición homosexual, manifestada al exterior o no, constituye una amenaza para el *“tradicional acervo de buenas costumbres”*.

El basamento teórico se aproxima más que a los aportes del positivismo criminológico, a las propuestas político-criminales, gestadas en MEZGER y en la Escuela de Kiel, de responsabilidad por el carácter o por la conducción de vida: tesis negadoras, en definitiva, del derecho a vivir de forma equivocada, lo que legitimaría ser tratado como enfermo o como enemigo⁷².

Una vez más, la norma penal va a desplegar objetivamente la función no de tutela de bienes jurídicos a través de la neutralización preventiva del peligroso, sino la de cohesión ideológica del colectivo propio, a través de la estigmatización de los “otros”, labor especialmente rentable, por fácil, cuando la cuestión sexual suplanta, como objeto de reflexión político-criminal, a la cuestión penal.

2.2.B. Peligrosidad por actos homosexuales

Cuando la LPRS (art. 2º B, tercero) declara *“en estado peligroso”* a *“los que realicen actos de homosexualidad”*, introduce un modelo distinto al de su predecesora, la LVM: configura un tipo de hecho, frente al anterior tipo de autor. Se trata, dice el Preámbulo (IV) -reincidiendo en el dislate gráfico en que incurrió el legislador de 1954-, de poner el acento en los *“actos de homoxesualidad”* para eliminar toda posible ambigüedad de la figura, que ha quedado objetivada por la referencia a los hechos.

⁷² FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Historia del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 496.

Mientras en otros supuestos la declaración de estado peligroso requiere la valoración de una forma de vida o de una determinada personalidad (toxicómanos, menores moralmente pervertidos), o la habitualidad de comportamientos (prostitución, mendicidad, ebriedad), en el caso de la homosexualidad, la validez de la etiqueta de peligroso se deduce en la LPRS mecánicamente de los actos homosexuales. Lo que no es detalle trivial, por cuanto las medidas de seguridad -al menos hasta la bizarra argumentación en sentido contrario de la LO 5/2010, Preámbulo IV⁷³- deben responder a las características personales de un sujeto, no a sus comportamientos concretos, que, como mucho, podrán tener valor indiciario, pero no constitutivo, de peligrosidad⁷⁴. Como ya en su momento se advirtió en doctrina, la LPRS optó, en este punto, por la imposición de medidas de seguridad por lo que se hace, no por lo que se es, en contra de lo exigido por la coherencia científica⁷⁵.

Cierto es que, en las resoluciones de las Salas de Apelación de Peligrosidad, la declaración de peligrosidad del homosexual se asentaba no solo en el pilar de los actos de “*inversión sexual*” -entendiendo por tales los de “*ayuntamiento carnal*” entre personas del mismo sexo, y “*en general, los tocamientos lascivos de toda índole efectuados por invertidos sexuales entre sí*” -, sino también en el de las características personales, esto es, en la indudable peligrosidad social derivada de la “*perversidad o desviación del instinto sexual*”. Pero la exigencia de este segundo elemento es pura tautología: se deduce mecánicamente de la reiteración de comportamientos homosexuales a través de los cuáles “*se incide en el buen orden social*”⁷⁶. La argumentación es circular y vacua: los hechos son, a la vez, indiciarios y constitutivos de peligrosidad.

La entrada en vigor de la Constitución, y sobre todo, el espíritu garantista que, a su tenor, ha de impregnar todo el sistema penal, obligó al Tribunal Constitucional a ciertos pronunciamientos -fundamentalmente las sentencias 23/1986 y 21/1987⁷⁷- que, en la práctica, hicieron de la LPRS una norma inaplicable. Porque al declarar la vigencia del principio de postdelictualidad, excluyeron, del catálogo de supuestos de estado peligroso, los predelictuales, entre ellos la realización de actos homosexuales; y, al hacer lo propio con el principio *non bis in idem*, limitaron el campo de eventuales sujetos peligrosos a los inimputables: los imputables, peligrosos o no, eran castigados con pena, y yuxtaponer otra consecuencia de aflicción similar con el mismo fundamento supondría incurrir en la proscrita doble sanción⁷⁸.

⁷³ ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010* (dir. Álvarez García, F.J., y González Cussac, J.L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 150-151.

⁷⁴ JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1976, p. 203.

⁷⁵ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “Aspectos substantivos de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970”, en AA.VV., *Temas Penales*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1973, p. 227.

⁷⁶ JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, op. cit., pp. 204-205.

⁷⁷ Sentencias del Tribunal Constitucional 23/1986, de 14 de febrero, ECLI:ES:TC:1986:23; y 21/1987, de 19 de febrero, ECLI:ES:TC:1987:21.

⁷⁸ TERRADILLOS BASOCO, J.M. “Capítulo XI. Las medidas de seguridad”, en MAPELLI CAFFARENA, B., y TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pp. 202-203.

3. DISCIPLINA Y CONTROL: LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

3.1. Medidas

Las medidas reservadas por el art. 6, 2º de la LVM, a partir de la Ley de 15 de julio de 1954, para los “homosexuales” (sic), junto a rufianes, proxenetas, mendigos profesionales, explotadores de la mendicidad ajena o de menores, enfermos mentales o lisiados, son “a) *Internado en un establecimiento de trabajo o Colonia Agrícola. Los homosexuales (sic) sometidos a esta medida de seguridad deberán ser internados en, Instituciones especiales, y, en todo caso, con absoluta separación de los demás. b) Prohibición de residir en determinado lugar o territorio y obligación de declarar su domicilio. c) Sumisión a la vigilancia de los Delegados*”.

La finalidad de las medidas es tanto preventivo-general, “*garantía colectiva*”, como especial, “*aspiración de corregir a sujetos caídos al más bajo nivel moral. No trata esta Ley de castigar, sino de proteger y reformar*” (Preámbulo).

Las colonias agrícolas habían quedado reguladas en el Reglamento para la aplicación de la LVM, de 3 de mayo de 1935, aprobado bajo el gobierno de Lerroux una vez yugulada la “Revolución de Asturias” por los regulares y legionarios dirigidos por el general Franco. Su art. 4 dispone que las colonias “*se establecerán en regiones en que haya facilidades de explotar grandes extensiones de terreno, aplicándose los adelantos modernos de maquinaria, y pudiendo el Estado poner al frente de los trabajos, para el mejor éxito de los mismos, Ingenieros, Peritos o prácticos, o procurar su asesoramiento y dirección. Se procurará destinar a estos Establecimientos a los peligrosos de origen rural, empleándoles en operaciones que los hagan aptos para que, una vez regenerados, puedan ser obreros útiles en las faenas agrícolas*”.

El art. 25 del Reglamento es más concreto en cuanto a contenidos del tratamiento, por más que sea difícil establecer la relación de las prácticas que se promocionan con la superación de la homosexualidad de los peligrosos internados: “*En las Colonias agrícolas se procurará perfeccionar a los que a ellas sean destinados en las prácticas que posean, adiestrarles en el manejo de los útiles y maquinaria agrícola modernas y capacitarles con conocimientos complementarios tales como análisis, mejoras y enmiendas de tierras, seleccionado de semillas, abonos, conservación y aprovechamiento de productos, ganadería, avicultura, cunicultura, apicultura e industrias derivadas, siempre que ello sea posible*”.

Al regular los procedimientos de revisión de las medidas de seguridad, el Reglamento preveía la posibilidad de decretar un nuevo internamiento “*si el asegurado reincidiese en sus malas costumbres o sigue demostrando inclinación al vicio y a la frecuentación de lugares reprobables o al trato con gente de su antigua condición*” o en atención a su “*resistencia para el trabajo y su tendencia a la vagancia o a practicar actos reprobables, al alcoholismo, perversiones sexuales, prostitución, protección de actos inmorales o trato con maleantes de todas clases*”. No es descabellado entender que, si el sistema de ejecución obliga al interno homosexual peligroso a compartir establecimiento solo con otros homosexuales igualmente

peligrosos, las posibilidades de que rehúya la frecuentación o el trato con “gente de su antigua condición” o con otros “maleantes”, son más que escasas.

En cualquier caso, estos programas reinsertadores específicos se integran en marcos de tratamiento más complejos y ambiciosos, en los que es primordial la formación religiosa: “*La creación en el sujeto peligroso de una conciencia religiosa cuando carece de ella o es insuficiente -advierte OLESA-, constituye una condición indispensable para restaurar en sí mismo el orden moral, necesario antecedente para la eliminación de su personalidad anti o asocial... Religión, trabajo, asistencia médica y psiquiátrica e instrucción cultural son los medios de ejecución que al combatir las causas del estado peligroso posibilitan la futura integración del individuo peligroso en la Sociedad*”⁷⁹.

De acuerdo con lo previsto en el Reglamento de 1935, una Orden del Ministerio de Justicia de 15 de enero de 1954 crea, a la vista de “*la necesidad de un nuevo Establecimiento de Defensa social*” una colonia agrícola para el tratamiento de Vagos y Maleantes en Tefía, en la isla de Fuerteventura.

La colonia nace en los terrenos de un aeródromo en desuso, cedidos por el Ministerio del Aire, en los que seis funcionarios del Cuerpo de Prisiones y doce presos iniciarían inmediatamente los trabajos de acondicionamiento de las viejas instalaciones. El pedregoso desierto majorero iba a ser, a partir de entonces, el escenario cruel de una de las páginas más negras de la historia penitenciaria española⁸⁰.

Antes, entre 1940 y 1947, el campo de concentración de Nanclares de Oca -un conjunto de barracones construido por un destacamento de prisioneros de guerra- había dado cobijo a cientos de homosexuales, condenados en aplicación de la LVM, antes de que el Derecho contemplara expresamente la homosexualidad como supuesto de estado peligroso. Los encarcelados fueron sometidos a trabajos forzoso, especialmente en la construcción de infraestructuras viarias.

Por su parte, el Reglamento de Prisiones, modificado por el Decreto 162/1968, de 25 de enero, disponía que “*los establecimientos de cumplimiento o de corrección destinados al cumplimiento de sentencias que impliquen privación de libertad comprenderán: al Centros hospitalarios y asistenciales, ... Centros de psicópatas, de perversos sexuales, de deficientes mentales y, en general, todos aquellos en que se preste una asistencia de carácter no específicamente penitenciaria*” (art. 5). Precizando, en línea con las propuestas criminológicas institucionales del momento⁸¹, que “*por exigencias de un tratamiento hospitalario o asistencial serán destinados... : g) a establecimientos de perversos*

⁷⁹ OLESA MUÑIDO, F.F., *Las medidas de seguridad*, Bosch, Barcelona, 1951, p. 163.

⁸⁰ SOSA MACHÍN, M.A., *Viaje al centro de la infamia*, Anroart, Las Palmas de Gran Canaria, 2006, p. 81.

⁸¹ LAGUÍA ARRAZOLA, A., “Homosexualidad y delincuencia mentalmente anormal”, en *XI Curso Internacional de la Sociedad Internacional de Criminología. Los delincuentes mentalmente anormales. Conferencias y Comunicaciones*, (edit. Castro, B.F., y Cobo del Rosal, M.), Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Madrid, 1961-1962, p. 393.

sexuales, los conocidos como homosexuales genuinos o congénitos y los homosexuales de hábito” (art. 23).

Una vez aprobada la LPRS y su Reglamento de aplicación (13 de mayo de 1971) se dispuso el cumplimiento de las medidas de seguridad para homosexuales en las cárceles de Huelva y Badajoz, destinadas, respectivamente, a invertidos “pasivos” y “activos”⁸².

La previsión específica de aislamiento de los grupos de homosexuales, en contra del régimen previsto para el resto de sujetos peligrosos, es reflejo de la ideología subyacente: ya no se trata de evitar que puedan desplegar su peligrosidad criminal -que habría quedado neutralizada por el internamiento- en la sociedad, sino también en los ámbitos carcelarios, porque el homosexual es peligroso, como es inmoral o enfermo- *per se*, en cualquier ambiente y en cualquier condición.

De ahí que no se le sitúe en marcos plurisexuales, aptos en principio para su integración en la sexualidad “sana”, en la convicción de que terminará corrompiéndolos, Antes bien, se le obliga al contacto, excluyente de otras alternativas, con internos igualmente homosexuales, ámbito que no parece el más idóneo para su recuperación. Lo que no encierra contradicción, pues el tratamiento -aislamiento y disciplina laboral, por tiempo indeterminado aunque sin exceder de tres años- no va dirigido a que el homosexual pueda, una vez superada su peligrosidad, llevar una vida en libertad alejada del delito, sino a que deje de actuar como tal.

La infradotación de medios estructurales -garantizada por la ausencia de previsiones presupuestarias en el momento de aprobación de la LVM⁸³- es una constante durante su período de vigencia, a lo largo del cual, *de facto*, los establecimientos especializados son suplidos por cárceles comunes⁸⁴. Y, cuando se pretende la ejecución de las medidas de seguridad en los especializados, como Tefía, los tratamientos quedan reducidos a los efectos aflictivos de la pena privativa de libertad⁸⁵, incrementados con la obligación de trabajar hasta la extenuación en condiciones de alimentación y salubridad deplorables. De esta suerte, la situación de los presos homosexuales no difería en exceso de los presos comunes,⁸⁶ tanto en los establecimientos *ad hoc* como en las prisiones de cumplimiento de penas, en las que aquellos sufrieron, además,

⁸² ALTMANN, W., “Vicio repugnante en lo social, aberración en lo sexual, perversión en lo psicológico y defecto en lo endocrino. Un ensayo bibliográfico sobre la homosexualidad y los homosexuales bajo la dictadura franquista”, en *Iberoamericana*, 22, 2006, pp. 196-197.

⁸³ FAIRÉN GUILLÉN, V., “Prevención y represión desde el punto de vista procesal”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1, 1971, p. 48.

⁸⁴ SABATER TOMÁS, A., *Gamberros, homosexuales, vagos y maleantes (Estudio jurídico-sociológico)*, Editorial Hispano Europea, Barcelona, 1962, pp. 37-38.

⁸⁵ FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Memoria 1967, p. 59.

⁸⁶ ARNALTE BARRERA, A., “Galería de invertidos, vida cotidiana de los homosexuales en las cárceles de Franco”, en *Orientaciones. Revista de las homosexualidades*, 7, 2004, p. 104.

formas específicas de trato vejatorio o degradante, ya por parte de compañeros celosos de la moralidad o aprovechados chantajistas, ya por parte de ímprobos carceleros⁸⁷.

3.2. Procedimientos

El poder de etiquetación en razón de criterios tan evanescentes como son todos los aplicables en el ámbito de la peligrosidad social, y más si se trata, en concreto, de determinar qué comportamientos homosexuales pueden tener relevancia penal, de decidir cuándo es sólido un pronóstico de peligrosidad personal derivado de la condición de homosexual del sujeto, y, finalmente, de imponer aquellas medidas de seguridad adecuadas para lograr su resocialización, requiere disponer de un procedimiento idóneo. Que, en la mentalidad de los sucesivos cuerpos legisladores, era tanto como un procedimiento que acogiese generosamente valoraciones extrapenales y que les diera cauce flexible, aligerando, en nombre de la eficiencia preventiva, los estándares requeridos para diagnosticar y pronosticar con rigor científico y con garantías jurídicas.

Al respecto, el Preámbulo de la LPRS, constata que, *“en el plano procesal, la Ley [LVM] arbitró un procedimiento ajustado a un criterio de simplicidad y urgencia. Las medidas de seguridad, en resumen, tendían a apartar temporalmente de la vida social al peligroso, pero con el fin de darle educación y lograr su readaptación a la sociedad, confiriendo intervención a los órganos jurisdiccionales en la comprobación de los resultados del tratamiento impuesto”*.

La declaración de peligrosidad y la aplicación de medidas de seguridad es, pues, un acto jurisdiccional, dirigido, en opinión de OLESA, a la averiguación de los hechos justificantes de la condición de homosexual del sujeto enjuiciado. Ya que *“su existencia íntima sin ninguna proyección externa sería irrelevante ante la Ley por la imposibilidad absoluta de constatación y conocimiento”*⁸⁸.

En garantía del principio de jurisdiccionalidad, el art. 10 de la LVM atribuye la competencia para declarar el estado peligroso y para aplicar las correspondientes medidas de seguridad, a *“los actuales Jueces de Instrucción o los que especialmente sean designados para estas funciones”*.

Solo la limitación de recursos con los que había de comenzar a caminar la nueva ley, puede explicar la atribución a unos mismos jueces de procesos preventivos y represivos. Se trataba de aplicar a la peligrosidad sin delito, que la LVM *“admitió por primera vez en el mundo y ello - proclama FAIRÉN- debe enorgullecernos como españoles”*, un procedimiento construido para llegar a imponer penas por el delito cometido: *“Es sencillamente absurdo”*⁸⁹.

⁸⁷ OLMEDA NICOLÁS, F., *El látigo y la pluma*, op. cit., pp. 181-182.

⁸⁸ OLESA MUÑIDO, F.F., *Las medidas de seguridad*, op. cit., 152.

⁸⁹ FAIRÉN GUILLÉN, V., “Prevención y represión desde el punto de vista procesal”, op.cit., 1, 1971, pp. 9-10.

A pesar de que el art. 10 de la ley sugería la apertura de un proceso de selección de jueces basado en el principio de especialización, lo cierto es que solo en Madrid y Barcelona se establecieron jueces especializados, manteniéndose en los demás casos una acumulación no discriminante, en cuya virtud los juzgados pasaron a ser tricéfalos: “*de primera instancia en lo civil; de instrucción, en lo criminal -represivo- y de primera instancia para Vagos y Maleantes*”⁹⁰.

La Ley 43/1974 modificó el art. 8 de la LPRS -heredero, a su vez, del comentado art. 10 de la LVM- para conferir “*la facultad de declarar el estado peligroso e imponer las respectivas medidas de seguridad... exclusivamente a la jurisdicción ordinaria a través de los Juzgados de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de cometido único, con la sede y el ámbito territorial que se establezcan*”.

El procedimiento garantizaba la presencia del presunto peligroso en todas las etapas de la primera instancia, con asistencia letrada a partir de la fase de propuesta de pruebas, que solo podrían tener por objeto o “*la demostración de que el denunciado ha vivido, durante los cinco años anteriores, de un trabajo o medio de subsistencia legítimo*”, o “*la inexactitud de los hechos que consten en el expediente y la tacha de los testigos que la hayan aducido*” (LVM, art. 13). Lo que, de hecho, viene a significar que la prueba de solvencia económica cierra prácticamente las puertas a la apreciación de peligrosidad, mientras que, en sentido contrario, la constatación de carencia de medios las abre. La observación es directamente aplicable al primero de los supuestos de peligrosidad, que, además, dio nombre a la ley: los vagos habituales, cuya caracterización como peligrosos dependía, en primer lugar, de su condición de indigentes; en otro caso, su desafección al trabajo no era síntoma de peligrosidad, sino de capacidad económica⁹¹. Pero, también en el campo de la homosexualidad, el primer dato que reflejan los expedientes incoados a los internados en la Colonia Agrícola de Tefía es el relativo a su condición de sujetos indigentes o de ingresos irregulares y escasos.

Una vez practicadas las pruebas, y producidas las alegaciones procedentes por parte del Ministerio Fiscal y el presunto peligroso -ya que nadie más, ni siquiera el denunciante, podían ser parte-, se dictaría resolución en forma de sentencia (art. 14).

En caso de recurso -solo procedería el de apelación “*ante la Audiencia provincial correspondiente o ante las Salas que al efecto se designen*” (art. 15)-, las diligencias acordadas se practicaban “*con o sin intervención de las partes, según el Tribunal determine*”.

En términos generales, la doctrina procesalista del momento calificó al procedimiento de aplicación de la LVM -no modificado en sus principios por la LPRS-, de inquisitivo, con todas las características que autorizan tal calificación: posibilidad de apertura a iniciativa de la Policía

⁹⁰ FAIRÉN GUILLÉN, V., “Prevención y represión desde el punto de vista procesal”, op. cit., p. 18.

⁹¹ TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Un supuesto de estado peligroso: la vagancia habitual”, en *Materiales*, 10, 1978, p. 88.

o de denuncia de particulares, secreto, unicidad de juez instructor y sentenciador, principio de escritura, doble instancia, y admisión de la “prisión provisional”⁹².

3.3. Aplicación

Con carácter general, puede afirmarse que el aparato penal represor inaugurado por la LVM no tuvo la aplicación ilimitada para la que, prescindiendo de formas y garantías, había sido diseñado.

El control policial de la calle -favorecido por el entendimiento de la delación como deber patriótico, practicado sobre todo por militantes falangistas privados⁹³- fue mucho más intenso que el jurisdiccional. Así, mientras las redadas y detenciones pudieron ser numerosas, con alrededor de cincuenta mil personas fichadas, los expedientes con resolución condenatoria solo se abrieron “*en contadas ocasiones*”⁹⁴.

La situación económica del homosexual funcionó como poderoso filtro de selección, de suerte que las sentencias condenatorias quedaron reservadas, de hecho, para los indigentes⁹⁵. Y no sin razón: “*los bujarrones -se ha observado- constituyen el colectivo que crea el Estado franquista para reprimir a los malos homosexuales pobres, y este colectivo considerado delincuente constituye el principal foco del primer período de aplicación de la Ley de Peligrosidad... con ecos de prácticas anteriores de la Ley de Vagos y Maleantes, donde clase social y homosexualidad también venían conectadas*”⁹⁶.

En efecto, la mayoría de funcionarios, empleados o hijos de “familias bien” que, tras su detención en urinarios públicos, “bares de ambiente” o parajes urbanos recónditos pasaban por comisaría, salían en libertad sin más consecuencias que una amonestación, una detención de horas o días, una paliza o las consabidas vejaciones, aunque frecuentemente no fueron consecuencias alternativas, sino acumulativas⁹⁷. Por su parte, el art. 352 del Código de Justicia Militar, de 1945, que castigaba el sexo entre varones, conoció idéntica lenidad discriminatoria cuando hubo de aplicarse a jefes y oficiales⁹⁸.

De este modo, la LVM fue utilizada “*con finalidades gubernativas (de orden público) y muy ajenas al propósito criminológico con el que se había dictado*”. De hecho, los objetivos

⁹² FAIRÉN GUILLÉN, V., “Prevención y represión desde el punto de vista procesal”, op. cit., pp. 20-22.

⁹³ OLMEDA NICOLÁS, F., *El látigo y la pluma*, op. cit., p. 113.

⁹⁴ CHAMOULEAU, B., *Tiran al maricón. Los fantasmas queer de la democracia (1970-1988)*, Akal, Madrid, 2017, p. 171.

⁹⁵ MORA GASPAR, V., *Al margen de la naturaleza. La persecución de la homosexualidad durante el franquismo. Leyes, terapias y condenas*, op. cit., p. 16.

⁹⁶ CHAMOULEAU, B., *Tiran al maricón. Los fantasmas queer de la democracia (1970-1988)*, op. cit., p. 165.

⁹⁷ ARNALTE BARRERA, A., “Galería de invertidos, vida cotidiana de los homosexuales en las cárceles de Franco”, op. cit., p. 104.

⁹⁸ OLMEDA NICOLÁS, F., *El látigo y la pluma*, op. cit., p. 130.

criminológicos se revelaron prontamente inaccesibles “*por falta de personal idóneo y de establecimientos adecuados para su puesta en práctica, lo cual llevó a que los tribunales de justicia –con gran sensibilidad- se mostraran reacios a aplicar la LVM*”⁹⁹.

Ya JIMÉNEZ DE ASÚA había advertido, en 1933, que “*La cifra elevadísima dada por los periódicos sobre hipotéticos sujetos a quienes la ley alcanza, me hace pensar que las Autoridades y los Jueces creen que a todo el que encaje en las categorías del artículo 2.º se le debe sentenciar como temible. Apresurémonos a decir que no. El artículo 2.º comienza diciendo que “podrán ser declarados en estado peligroso”; pero no que fatalmente lo han de ser*”¹⁰⁰.

Según los cálculos de la Asociación de Ex-Presos Sociales, cerca de cuatro mil personas fueron privadas de libertad por ser homosexuales durante el franquismo, aunque la cifra es susceptible de correcciones, por cuanto solo a una parte de ellos se les aplicó la LVM¹⁰¹ o, más tarde, la LPRS, mientras que otros, sobre todo antes de 1954, sufrieron sentencias condenatorias por la comisión de delitos de escándalo público o relacionados con la prostitución.

El tránsito de la LVM a la LPRS se tradujo en una mayor presión punitiva: si en 1969 el número de personas sometidas a medidas de seguridad era de ochocientos cuatro, en 1971 ascendió a mil ciento treinta. Con todo, y quizá por la reiteradamente denunciada -incluso por la Fiscalía del Tribunal Supremo- parquedad de medios, los Jueces de Peligrosidad tropezaron, al aplicar la Ley de 1970, con numerosas dificultades, a las que, seguramente, se añadiría “*una elogiabile prudencia*” al enjuiciar¹⁰², limitando así el alcance de unos preceptos en los que, a espaldas de los principios de legalidad y taxatividad, cabía todo.

Lo que viene a corroborar una afirmación anterior, en el sentido de que las leyes represoras de la homosexualidad, más allá de la negación arbitraria de derechos fundamentales a través de sentencias condenatorias, desplegaron su eficacia en un plano paralelo y más difuso: el de la uniformización social en torno a valores queridos -por instrumentales- a los sectores hegemónicos, por medio de la estigmatización de chivos expiatorios cuya peligrosidad era nula para los bienes jurídicos fundamentales, pero muy alta para las formas autoritarias de poder, político o ideológico, cuya sola legitimación esgrimible radicaba en su capacidad para garantizar el pensamiento y la emoción únicos, a través de implacables cruzadas contra la insurgencia y la desviación.

El programa de integración social asentado en la unicidad ideológica convivió con -o quizá exigió- el implacable trato dispensado, tanto en Tefía como en Nanclares, Huelva, Huesca o

⁹⁹ JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la regularización de las medidas de seguridad en el Nuevo Código Penal Español”, en *Jueces para la Democracia*, 25, 1996, p. 47.

¹⁰⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., “Ley de Vagos y Maleantes. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 163, 1933, p. 632.

¹⁰¹ LAGUÍA ARRAZOLA, A., “Homosexualidad y delincuencia mentalmente anormal”, op. cit., p. 393.

¹⁰² JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, op. cit., p. 303.

Badajoz, a los internos homosexuales. El trabajo forzoso, la pobreza de instalaciones y medios de subsistencia, el trato vejatorio, cuando no abiertamente delictivo de compañeros y carceleros, componían un marco inhumano que integraba también las prácticas de tortura *ad hoc*.

No pueden resultar extraña la referencia a las relaciones entre privación de libertad y tortura: “esta última no toma al cuerpo como mero objeto, lo usa como trámite material que conduce a la destrucción de la psique. No tiene como objetivo el de constreñir al individuo a confesar, sino el de aniquilarlo, negarle sensibilidad y cualidad humana. La tortura representa una forma de anti-terapia: se dirige a hacer pedazos la unidad de la persona... Destrucción y manipulación están respecto a tortura y cárcel como en una ecuación de variables cruzadas”¹⁰³. Lo que resulta mucho más evidente cuando el campo de observación está constituido por sujetos privados de libertad precisamente por el modo en que utilizan sus cuerpos.

La irregular aplicación al homosexual de leyes que nacieron con inequívoca vocación represiva -recuérdese la connotación terrorífica que en los ámbitos carcelarios tuvo durante décadas la LVM, conocida como “la Gandula”- guarda estrecha relación con el carácter no monolítico de la valoración social de la homosexualidad y de la reacción institucional frente a ella.

En efecto, la represión de la homosexualidad suscitó, ya en la primera mitad del siglo XX, significativas resistencias. Inicialmente por parte de psicólogos, psiquiatras, médicos (MARAÑÓN, RODRÍGUEZ LAFORA, por ejemplo), que, sin abandonar su valoración negativa del fenómeno, reivindicaron que las políticas dirigidas a su eliminación prescindieran de los castigos penales y se situaran en el plano científico, con el consiguiente despliegue de medios curativos o asistenciales.

Simultáneamente se fue gestando el rechazo social a la satanización del homosexual. En esta línea, la publicación en España del *Corydon* (1929), donde GIDE reivindica la superioridad del homosexual socrático, abrió un ámbito de controversia, al que se sumaron otras voces relevantes. Muy didáctica resulta, al respecto, la segunda edición (1929) de *El Ángel de Sodoma*, de HERNÁNDEZ-CATÁ, con prólogo MARAÑÓN y epílogo de JIMÉNEZ DE ASÚA, en la que confluyen literatura, psiquiatría y ciencias penales para proponer alternativas dirigidas a la superación, por parte del homosexual, de la tragedia a que le condena su marginación social¹⁰⁴.

La biopolítica autoritaria de las dos dictaduras no solo topó con la oposición crítica de minorías de alto nivel cultural; también con la resistencia social a la represión. De suerte que, a pesar de su contundencia, el control institucional fue incapaz de encuadrar disciplinariamente a la población. La penalización de las prácticas homosexuales tuvo múltiples efectos simbólicos, pero no solo no pudo reducirlas, sino que tampoco pudo sustraer la cuestión a la controversia pública.

¹⁰³ GALLO, E., y RUGGIERO, V., *Il carcere immateriale*, cit., p. 104.

¹⁰⁴ TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Ensayos sobre arte y crimen*, op. cit., pp. 67-85.

En el marco de la II República, se registra, sobre todo en los círculos intelectuales de la izquierda política, una progresiva tolerancia frente a la homosexualidad, que no llegó a garantizar la normalización de las prácticas sexuales “diferentes”, pero sí colaboró a la visibilización del fenómeno, particularmente potenciada por las vanguardias artísticas y la estética sexualmente ambigua del modernismo¹⁰⁵.

La dictadura de Franco erigió un muro ideológico frente a la homosexualidad, pero un muro con fisuras incluso en el período inmediatamente postbélico, como consecuencia de la fuerte inclinación de la Falange española, al igual que otros movimientos fascistas europeos, hacia un esteticismo masculino en cuyo marco “*tanto el ideal del cuerpo fuerte y sano y la escenificación de una masculinidad superior a la femenina como la camaradería amistosa en el ambiente militar trascendían una y otra vez el límite entre lo sentimental y lo físico*”¹⁰⁶. Mientras, en el discurso oficial se presentaba la homosexualidad como práctica “*desvirilizadora*”, pues un hombre solo podía tener sexo con mujeres, la estética, basada en el modelo nacionalsocialista, era decididamente homófila¹⁰⁷.

Simultáneamente, se desarrolló un incipiente movimiento feminista de resistencia, que opuso al ideal franquista de esposa/madre, sumisa al varón, infravalorada y dependiente¹⁰⁸, la realidad de una mujer que asume su rol de ciudadana titular de derechos en términos de tendencial igualdad. Con el lejano antecedente de *La Tribuna* (1882), de PARDO BAZÁN, reivindicadora de la mujer como sujeto político y sindical¹⁰⁹ pero también como persona autónoma que se afirma frente al varón¹¹⁰, el feminismo español consolida su andadura en la década de los años veinte.

Con todo, los ámbitos de visibilidad del homosexual quedaron muy recortados por el franquismo¹¹¹, que, en sus últimas fases, recluyó a los invertidos en guetos más o menos recónditos, susceptibles de fácil control policial¹¹². Quizá como reflejo de los cambios registrados, a partir de los años cincuenta, tanto en la construcción teórica como en la praxis de la criminología, el poder disciplinario cede terreno al poder de control, y el sistema penal se dirige, más que a la recuperación del condenado por medio de penas/medidas útiles, a la neutralización de los sujetos no útiles. Cambia también la referencia teleológica, que no es ya

¹⁰⁵ MIRA NOUSSELLES, A., “Modernistas, dandis y pederastas: articulaciones de la homosexualidad en la “edad de plata”, en *Journal of Iberian and Latin American Studies*, 7.1., 2001, p. 65.

¹⁰⁶ ALTMANN, W., “Vicio repugnante en lo social, aberración en lo sexual, perversión en lo psicológico y defecto en lo endocrino. Un ensayo bibliográfico sobre la homosexualidad y los homosexuales bajo la dictadura franquista”, op. cit., p. 203.

¹⁰⁷ OLMEDA NICOLÁS, F., *El látigo y la pluma*, op. cit., p. 93..

¹⁰⁸ GARCÍA MOYA, M., “Las purgas silenciadas del franquismo y estalinismo”, en *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, 11, 2013, pp. 73-92 (<http://hispanianova.rediris.es/11/HN2013.pdf> , consulta: 21/05/2020).

¹⁰⁹ TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Ensayos sobre arte y crimen*, op.cit., p. 29.

¹¹⁰ PARDO BAZÁN, E., *La Tribuna*, 3ª ed., Cátedra, Madrid, 1981, p. 232

¹¹¹ GONZÁLEZ DURO, E., “Psiquiatrización de la marginación”, en *Grupos marginados y peligrosidad social* (edit. López Linage, J.), Campo Abierto Ediciones, Madrid, 1977, p. 179.

¹¹² CHAMOULEAU, B., *Tiran al maricón. Los fantasmas queer de la democracia (1970-1988)*, op. cit., p. 171.

la producción de individuos disciplinados, sino la observación y direccionamiento de los colectivos de riesgo¹¹³.

El elemento esencial de la transición del modelo de disciplina al de control es la supeditación de los objetivos preventivo-especiales, que actúan a través de la inocuización y la reinserción, a la denominada por MELOSSI, en 1966, “*la función teatral... representación moral en la que se manifiestan los misterios del bien y del mal específicos de un cierto tejido social...*”. Receptores de esa teatralización no son, en consecuencia, los más próximos a la tentación de delinquir, sino la mayoría social: “*Es esa mayoría a la que es realmente importante controlar, no porque los individuos que la componen tengan la intención o la oportunidad de protagonizar comportamientos criminalizables, sino porque, en su conjunto, podrían llevar a cabo comportamientos desviados o ilícitos, a menudo de naturaleza no penal, que constituirían, aun cuando sólo fuera por su cantidad, un peligro mucho más grave para la estabilidad del orden social, y, por tanto, para los intereses y los valores que este garantiza*”¹¹⁴.

Es cierto que la débil criminología española de la época seguía anclada en los modelos disciplinarios, pero la realidad política que apuntaba hacia la definitiva inhabilitación de las descalificaciones morales como criterio de exclusión, y hacia la consciencia de que el control resultaba más eficiente que la imposible curación del invertido, llevó a la salida de la homosexualidad del catálogo de supuestos de peligrosidad social –con la Ley 77/1978- y a la definitiva implantación de métodos de prevención situacional, ejercida mediante el “*control de las periferias, los ambientes de riesgo, lugares donde se concentran la mayor cantidad de excluidos del sistema productivo*”, lo que legitima que los sectores más vulnerables de población -en este caso, los homosexuales-, etiquetados como riesgosos, queden sometidos a los programas de exclusión más idóneos¹¹⁵.

4. LA SUPERACIÓN CONSTITUCIONAL

Los comicios legislativos de 15 de junio de 1977 fueron el marco idóneo para que los partidos políticos concurrentes, y no solo los de la izquierda, convirtieran a la derogación de la LPRS en uno de los *leit motiv* de la campaña electoral¹¹⁶.

La Ley 77/1978, de 26 de diciembre -la Constitución entró en vigor el 29- eliminó del catálogo de supuestos de estado peligroso la realización de los actos de homosexualidad, pero no el ejercicio habitual de la prostitución ni los comportamientos insolentes, brutales o cínicos con notorio menosprecio a las normas de convivencia social. El marco constitucional debería

¹¹³ DE GIORGI, A., *Tolerancia cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control*, op. cit., pp. 46-51.

¹¹⁴ MELOSSI, D., “Ideología y derecho penal: ¿El garantismo jurídico y la criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?”, en *Pena y Estado: función simbólica de la pena* (dir. Bustos Ramírez, J.), Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 1995, p. 62.

¹¹⁵ YOUNG, J., *La sociedad “excluyente”. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad Tardía*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 78.

¹¹⁶ TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Peligrosidad Social y Estado de derecho*, Akal, Madrid, 1981, p. 63.

haberse traducido en el completo alejamiento entre opciones sexuales y Derecho represivo, pero lo cierto es que las categorías punitivas franquistas pudieron, en el nuevo contexto normativo, seguir operando como instrumento de “*delimitación de lo social en términos morales*”¹¹⁷, con la consiguiente posibilidad de inclusión de lo homosexual en el ámbito de lo asocial o amoral.

Finalmente, el CP de 1995 declararía: “*1. Quedan derogados: ...c) La Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social con sus modificaciones posteriores y disposiciones complementarias*” (Disposición derogatoria única, 1 c).

La Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, normalmente conocida como Ley de la Memoria Histórica (en adelante, LMH), constituye el último paso general en el largo proceso de revisión desde la Constitución de los excesos de la dictadura franquista durante y después de la guerra civil.

Ya la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, había cercenado las posibilidades de puesta en marcha en España de una justicia “transicional”; y las inevitables transacciones políticas del momento –que algún sector ha calificado de mera “*operación cosmética*”¹¹⁸- se tradujeron en una “*ley de punto final*”, que, sorprendentemente, antecede a cualquier eventual proceso judicial sobre hechos de la época¹¹⁹.

Pero la “transición”, precisamente por ser tal, no dejó cerradas todas las cuestiones litigiosas surgidas en el pasado inmediato y, ya en período constitucional, seguía resultando imprescindible la reparación de algunos de los frutos de la Guerra civil y la Dictadura más abiertamente incompatibles con el nuevo orden¹²⁰.

El art. 1.1 de la LMH enfatiza la orientación reparatoria y se fija, como objetivo general: “*reconocer y ampliar derechos a favor de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil y la Dictadura, promover su reparación moral y la recuperación de su memoria personal y familiar*”.

El reconocimiento de un derecho individual a la memoria histórica -una de las más innovadoras aportaciones de la Ley-, no carece de contenido: se desglosa en el derecho a la reparación moral de la víctima y de sus familias; a la recuperación de la memoria personal y familiar; a la

¹¹⁷ CHAMOULEAU, B., *Tiran al maricón. Los fantasmas queer de la democracia (1970-1988)*, op. cit., p. 142.

¹¹⁸ MUÑOZ CONDE, F., “La transformación jurídica de la dictadura franquista en un Estado de Derecho”, en *Revista Penal*, 22, 2008, p. 71.

¹¹⁹ AGUILAR FERNÁNDEZ, P., “Guerra civil, franquismo y democracia”, en *Claves de Razón Práctica*, 140, 2004, p. 24.

¹²⁰ TERRADILLOS BASOCO, J.M., “La revisión del pasado y la Ley de Memoria Histórica”, en *Revista Penal*, 25, 2010, p. 152.

declaración general de ilegitimidad de la represión; a reparaciones económicas y, finalmente, al derecho a saber¹²¹.

Es posible, sin embargo, que el legislador fuese más parco a la hora de dotar de contenido a ese conjunto de derechos que a la hora de proclamarlos.

Ya en mayo de 1995, en desarrollo pionero del programa de reivindicación de la memoria histórica, la Junta de Extremadura inauguró, en lo que fuera edificio central de la prisión de Badajoz, el Museo Extremeño e Iberoamericano de Arte Contemporáneo. Por su parte, la Junta de Andalucía, en noviembre de 2014, declaró a la prisión de Huelva, Lugar de Memoria Histórica. Y en abril de 2018 la Consejería de Presidencia, Administración Local y Memoria Democrática descubrió en sus puertas una placa con el texto: *“Para una generación de españoles este establecimiento penitenciario fue símbolo de castigo y exclusión social a quienes decidieron ejercer su libertad de ser y amar de forma diferente. Quede esta placa como reparación de la sociedad democrática a una injusticia histórica en recuerdo de las personas trans y homosexuales que fueron encarceladas y como compromiso de que ninguna generación tendrá que pasar por nada semejante”*. Hasta 2018 se había recordado solo a los homosexuales presos hasta 1979. La nueva placa incluye, también, a las personas transexuales.

Más allá de lo simbólico institucional, en el plano de las reparaciones individuales, la Disposición adicional decimoctava (*“indemnización a ‘ex’ presos sociales”*) de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 -desarrollada por Real Decreto 710/2009 de 17 de abril-, establece que *“Se concederá una indemnización a quienes hubiesen sido objeto de medidas de internamiento por su condición de homosexuales en aplicación de la Ley de 15 de julio de 1954, por la que se modifica la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, o de la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social...”* Por su parte, la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, en su Disposición adicional trigésima tercera. (*“Indemnizaciones por tiempo de prisión y a favor de ex-presos sociales”*) fija como fecha de finalización del plazo para presentación de solicitudes de estos *“beneficios”*, el 31 de diciembre de 2013.

Solo ciento dieciséis *“ex-presos sociales”* recibieron una indemnización. Se distribuyeron seiscientos veinticuatro mil euros, esto es, cinco mil trescientos por persona¹²². Del compromiso inicial -crear un fideicomiso con los cuatro millones de euros aprobados para este fin en los Presupuestos Generales del Estado para 2010- se pasó, en la práctica, a indemnizaciones que apenas superaron el quince por ciento¹²³.

¹²¹ SAUCA CANO, J.M., “El derecho ciudadano a la memoria histórica: concepto y contenido”, en *Derecho y Memoria Histórica* (edit. Martín Pallín, J.A., y Escudero Alday, R.), Trotta, Madrid, 2008, p. 90.

¹²²https://cronicaglobal.elespanol.com/vida/indemnizan-116-homosexuales-mas-mil_65853_102.html, consulta: 21/5/2020.

¹²³ <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/01/03/586a9f5f468aeb321b8b464a.html>, consulta, 21/5/2020.

Por otra parte, los internamientos acordados en aplicación de la LPRS constituían a los sujetos a quienes se aplicaban en presos sociales. Pero presos objeto de una represión sexuada específica –semejante a la que sufrieron las mujeres-, que no se produjo con los presos “políticos”. Así, las medidas de reparación de los homosexuales, exclusivamente económicas y proporcionales al tiempo de privación de libertad, hicieron tabla rasa de su condición de víctimas especiales de la dictadura. Por ejemplo, la Ley 18/1984, de 8 de junio, que pretende subsanar los ilegales perjuicios causados a *“las personas que, debido a su permanencia en prisión por actos de intencionalidad política, no han podido consolidar o lo han hecho en su mínima cuantía su derecho a todas o algunas de las prestaciones que otorga el sistema de la Seguridad Social”*, asimila los períodos de prisión a períodos cotizados a la Seguridad Social. Pero como el ámbito personal de tutela queda limitado a los supuestos contemplados en la Ley de Amnistía, es decir, comportamientos políticos en los que difícilmente se pueden subsumir las prácticas homosexuales, los condenados por tales prácticas quedan excluidos de la asimilación, lo que supone tanto como confirmación, en período constitucional, de las consecuencias de una discriminación que tuvo su origen en el franquismo¹²⁴.

En el ámbito civil, en el entendimiento de que la Constitución y, más en concreto, sus artículos 9.2, 10.1 y 14, habían instaurado *“un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social”*, que reflejaba la evolución de la realidad social española, *“mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil de 1889”*, la Ley 13/2005 puso fin *“a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio”* (Preámbulo, I y II).

La razonable jerarquía que, en el plano normativo, disfrutaban los preceptos, incorporados o no a la Constitución, garantes de la igualdad de las diferentes opciones en materia sexual, de la prohibición de discriminación y del derecho a que los poderes públicos remuevan los obstáculos a la plena participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, no encuentra un reflejo satisfactorio en la convivencia cotidiana.

La Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en informe fechado en mayo de 2020, ha podido constatar que el colectivo LGTBI sigue soportando niveles *“elevados”* de discriminación y que el progreso hacia la igualdad, respecto a 2012, es *“bajo o ninguno”*.

El colectivo, que en España alcanza un porcentaje de visibilidad (no ocultación de la condición sexual) superior a la media europea, de 53%, declara que un 42% de sus integrantes ha sufrido, en el último año, discriminación en el trabajo, la vivienda, la enseñanza, la sanidad o el comercio. La incidencia de los comportamientos discriminadores es distinta según las características de cada modalidad de autonomía sexual: los sufrieron un 63% de las personas transexuales y un 61% de las intersexuales, un 45% de mujeres lesbianas, un 38% de bisexuales y un 37% de hombres homosexuales.

¹²⁴ VALLÉS MUÑOZ, D., “La privación de libertad de los homosexuales en el franquismo y su asimilación al alta en la Seguridad Social”, en *IUSLabor*, 1, 2017, pp. 6-10.

La discriminación en el trabajo ha afectado a un 20%, sin embargo un 60% de los discriminados, y el porcentaje es alto en relación con lo registrado en la Unión Europea, ha recibido solidaridad y apoyo por parte de los compañeros de trabajo.

Un 8% de las personas LGTBI ha sufrido un ataque sexual o físico en los últimos cinco años. En la Unión Europea el porcentaje asciende al 11%¹²⁵.

5. EPÍLOGO

En las memorias de BUÑUEL, Jean-Claude CARRIÈRE pone en boca del cineasta las siguientes palabras: “*Alguien vino a decirme que un tal M.D., un muchachote vasco, afirmaba que Lorca era homosexual. No podía creerlo. Por aquel entonces en Madrid no se conocía más que a dos o tres pederastas, y nada permitía suponer que Federico lo fuera*”.

En el ambiente laico e ideológicamente plural de la primera época de la Residencia de Estudiantes, se constata la resiliencia del viejo prejuicio que asocia a la homosexualidad lacras -la pederastia en este caso- que, por ir “naturalmente” unidas a ella, la hacen acreedora de todas las descalificaciones. A la homosexualidad y al homosexual. De modo que el propio Buñuel, en 1922, espeta a su amigo del alma, al que luego reconocería deber “*todo*”, el, entonces, descalificante epíteto de “*maricón*”¹²⁶.

El exabrupto de Buñuel, pródigo repartidor de exabruptos, quedó prontamente superado por la recuperación de su amistad con Lorca. Pero, en la sociedad biempensante de la época, no era la amistad la respuesta más habitual a la homosexualidad. Quizá tampoco hoy. Aunque, ciertamente, el estatus legal actual del colectivo LGTBI, tras desmontar argumentarios excluyentes acientíficos y resistir la disciplina y el control penal sufridos a lo largo de decenios, dista mucho del vigente en 1922.

6. BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M., “Libertad vigilada”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010* (dir. Álvarez García, F.J., y González Cussac, J.L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 147-158.

AGUILAR FERNÁNDEZ, P., “Guerra civil, franquismo y democracia”, en *Claves de Razón Práctica*, 140, 2004, pp. 24-33.

ALTMANN, W., “Vicio repugnante en lo social, aberración en lo sexual, perversión en lo psicológico y defecto en lo endocrino. Un ensayo bibliográfico sobre la homosexualidad

¹²⁵ https://www.eldiario.es/sociedad/personas-LGTBI-Espana-publico-restaurantes_0_1026798015.html , consulta : 21/5/2020.

¹²⁶ CARRIÈRE, J-C., y BUÑUEL, L., *Mi último suspiro*, Debolsillo, Barcelona, 2012, p. 79.

- y los homosexuales bajo la dictadura franquista”, en *Iberoamericana*, 22, 2006, pp. 193-210.
- ARNALTE BARRERA, A., “Galería de invertidos, vida cotidiana de los homosexuales en las cárceles de Franco”, en *Orientaciones. Revista de las homosexualidades*, 7, 2004, pp. 101-112.
- BERNALDO DE QUIRÓS, C., y LLANAS AGUINALED, J. M^a, *La Mala Vida en Madrid. Estudio psicosociológico*, B. Rodríguez Sierra, Madrid, 1901.
- CARRIÈRE, J-C., y BUÑUEL, L., *Mi último suspiro*, Debolsillo, Barcelona, 2012.
- CASTELLANOS SANTAMARÍA, P., *Policía integral o policía nacional sindicalista*, Imprenta Católica F.G. Vicente, Valladolid, 1939.
- CHAMOULEAU, B., *Tiran al maricón. Los fantasmas queer de la democracia (1970-1988)*, Akal, Madrid, 2017.
- CLEMINSON, R., “Marginados dentro de la marginación: prostitución masculina e historiografía de la sexualidad (España, 1880-1930)” en *Las figuras del desorden. Heterodoxos, proscritos y marginados. Actas del V Congreso de Historia Social de España*, (coord. Castillo, S., y Oliver, P.), Siglo XXI, Madrid, 2006, pp. 309-340.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “Aspectos substantivos de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970”, en AA.VV., *Temas Penales*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1973, pp. 189-244.
- CUELLO CALÓN, E., “Referencias históricas y de derecho comparado sobre la represión de la homosexualidad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, VII.3, 1954, pp. 498-501.
- DE GIORGI, A., *Tolerancia cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control*, Virus Editorial, Barcelona, 2005.
- DE MAEZTU, R., *Hacia otra España*, Imp. y Enc. de Andrés P. Cardenal, Bilbao, 1989 (<http://www.memoriadigitalvasca.es/handle/10357/5225> , consulta: 21/5/2020).
- DÍAZ GARCÍA, E., *Pensamiento español en la era de Franco (1939-1975)*, Tecnos, Madrid, 1983.
- DORADO MONTERO, P., *Bases para un nuevo Derecho Penal*, Gallach, Barcelona 1923.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., “Prevención y represión desde el punto de vista procesal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 1, 1971, pp. 5-52.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

- FOUCAULT, M., *Un caso de parricidio del siglo XIX presentado por Michel Foucault*, Tusquets, Barcelona 1976.
- FRUTOS CARABIAS, L., “Introducción a la versión española”, en *Los homosexuales vistos por sí mismos y por sus médicos* (edit. Krich, A.M.) Morata, Madrid, 1966, pp. 3-9.
- GALLO, E., y RUGGIERO, V., *Il carcere immateriale*, Edizioni Sonda, Torino, 1989.
- GARCÍA MOYA, M., “Las purgas silenciadas del franquismo y estalinismo”, en *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, 11, 2013, pp. 73-92 (<http://hispanianova.rediris.es/11/HN2013.pdf> , consulta: 21/05/2020).
- GONZÁLEZ DURO, E., “Psiquiatrización de la marginación”, en *Grupos marginados y peligrosidad social* (edit. López Linage, J.), Campo Abierto Ediciones, Madrid, 1977, pp. 174-197.
- GONZÁLEZ DURO, E., *Los psiquiatras de Franco. Los rojos no estaban locos*, Planeta, Madrid, 2008.
- HERRERA ORIA, E., *Historia de la Educación Española desde el Renacimiento*, Veritas, Madrid, 1941.
- HIRSCHFELD, M., “El homosexual como sexo intermedio”, en *Los homosexuales vistos por sí mismos y por sus médicos*, (edit. Krich, A. M.), Morata, Madrid, 1966, pp. 177- 197.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., “Epílogo”, a HERNÁNDEZ-CATÁ, A., *El Ángel de Sodoma*, 2ª ed., Mundo Latino, Madrid, 1929, pp. 239-255.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., “Ley de Vagos y Maleantes. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 163, 1933, pp. 577-635
- JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 1976.
- JORGE BARREIRO, A., “Reflexiones sobre la regularización de las medidas de seguridad en el Nuevo Código Penal Español”, en *Jueces para la Democracia*, 25. 1996, pp. 46-52.
- KARL, M., *Sodomitas*, NOS, Madrid, 1956.
- KRICH, A. M., “Prefacio” a *Los homosexuales vistos por sí mismos y por sus médicos*, (edit. Krich, A. M.), Morata, Madrid, 1966, pp. IX-XV.
- LAGUÍA ARRAZOLA, A., “Homosexualidad y delincuencia mentalmente anormal”, en *XI Curso Internacional de la Sociedad Internacional de Criminología. Los delincuentes mentalmente anormales. Conferencias y Comunicaciones*, (edit., Castro, B.F., y Cobo del Rosal, M.), Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Madrid, 1961-1962, pp. 385-401.

- LÓPEZ IBOR, J. J., *El libro de la vida sexual*, Dánae, Barcelona, 1968.
- MARAÑÓN, G., *Los estados intersexuales en la especie humana*, Javier Morata, Madrid, 1929.
- MARAÑÓN, G., “Prólogo” a HERNÁNDEZ-CATÁ, A., *El Ángel de Sodoma*, 2ª ed., Mundo Latino, Madrid, 1929, pp. 11-41.
- MARAÑÓN, G., *La evolución de la sexualidad y los estados intersexuales*, Ediciones Arcos, Madrid, 1951.
- MARISTANY, L., *El gabinete del doctor Lombroso (Delincuencia y fin de siglo en España)*, Anagrama, Barcelona, 1973.
- MELOSSI, D., “Ideología y derecho penal: ¿El garantismo jurídico y la criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?”, en *Pena y Estado: función simbólica de la pena*, (dir. Bustos Ramírez, J.), Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 1995, pp. 57-66.
- MIRA NOUSSELLES, A., “Modernistas, dandis y pederastas: articulaciones de la homosexualidad en la “edad de plata”, en *Journal of Iberian and Latin American Studies*, 7.1, 2001, pp. 63-75.
- MODONA, G. N., “Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale”, en *Democrazia e Diritto*, 4, 1977, pp. 661-684.
- MORA GASPAR, V., *Al margen de la naturaleza. La persecución de la homosexualidad durante el franquismo. Leyes, terapias y condenas*, Debate, Barcelona, 2016.
- MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MUÑOZ CONDE, F., “La transformación jurídica de la dictadura franquista en un Estado de Derecho”, en *Revista Penal*, 22, 2008, pp. 69-79.
- NAVARRO DE PALENCIA, A., *Socialismo y Derecho criminal*, Reus, Madrid, 1919.
- OLESA MUÑIDO, F. F., *Las medidas de seguridad*, Bosch, Barcelona, 1951.
- OLMEDA NICOLÁS, F., *El látigo y la pluma*, Editor Digital: Polifemo 7, Madrid, 2013 (<http://assets.espapdf.com> , consulta: 21/5/2020).
- PARDO BAZÁN, E., *La Tribuna*, 3ª ed., Cátedra, Madrid, 1981.
- PEMÁN, J. Mª, *El hecho y la idea de la Unión Patriótica*, Imprenta Artística Sáez Hermanos, Madrid, 1929.
- PEMARTÍN, J., *Los valores históricos de la Dictadura española*, 2ª ed., Publicaciones de la Junta de Propaganda Patriótica y Ciudadana, Madrid, 1929.

- PÉREZ SALMÓN, C., "Sanchís Banús y el psicoanálisis: historia de una relación", en *Revista de Historia de la Psicología*, 3-4, 2003, pp. 519-526.
- PINILLOS, J. L., "Marañón, transgresor de su época", en *La evolución de la sexualidad y los estados intersexuales*, (edit. Botella Llusía, J., y Fernández de Molina, A.), Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 1997, pp. 61 a 64.
- PORTILLA CONTRERAS, G., "Colaboración de la Iglesia católica en la represión penal de la masonería y el comunismo durante el franquismo", en *Revista Penal. México*, 3, 2012, pp. 193-201.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Locos y culpables*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- QUIROGA FERNÁNDEZ DE SOTO, A., "Educación para la ciudadanía autoritaria. La nacionalización de los jóvenes en la dictadura de Primo de Rivera", en *Historia de la Educación. Revista Interuniversitaria*, 27, 2008, pp. 87-104.
- QUIROGA FERNÁNDEZ DE SOTO, A., *Haciendo españoles: la nacionalización de las masas en la Dictadura de Primo de Rivera (1923-1930)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- RÖDER, C.D.A., *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho Penal*, 3ª ed., Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1876.
- SABATER TOMÁS, A., *Gamberros, homosexuales, vagos y maleantes (Estudio jurídico-sociológico)*, Editorial Hispano Europea, Barcelona, 1962.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, E. M. "El auge del turismo europeo en la España de los años sesenta", en *Arbor*, CLXX.669, 2001, pp. 201-224.
- SAUCA CANO, J. M., "El derecho ciudadano a la memoria histórica: concepto y contenido", en *Derecho y Memoria Histórica* (edit. Martín Pallín, J.A., y Escudero Alday, R.), Trotta, Madrid, 2008, pp. 73-104.
- SILVA BARRERA, E., y MACÍAS SANTIAGO, S., *Las fosas de Franco, los republicanos que el dictador dejó en las cunetas*, Temas de Hoy, Madrid, 2003.
- SOSA MACHÍN, M. A., *Viaje al centro de la infamia*, Anroart, Las Palmas de Gran Canaria, 2006.
- TAMAMES, R., *La República. La Era de Franco*, Alianza Editorial-Alfaguara, Madrid, 1973.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., "Un supuesto de estado peligroso: la vagancia habitual", en *Materiales*, 10, 1978, pp. 75-92.

- TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Regulación española de las medidas de seguridad y garantías individuales*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Peligrosidad Social y Estado de derecho*, Akal, Madrid, 1981.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M. “Capítulo XI. Las medidas de seguridad”, en MAPELLI CAFFARENA, B., y TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1996.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Vigencia del derecho penal del krausismo”, en AA.VV., *Jornadas Homenaje a Giner de los Ríos*, Universidad de Jaén, Jaén, 1999, pp. 25 a 45.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., “La revisión del pasado y la Ley de Memoria Histórica”, en *Revista Penal*, 25, 2010, pp. 151 a 166.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Construcción y enseñanza del Derecho penal del Nuevo Estado. Los orígenes del Código Penal de 1944”, en *Modelos de Derecho del Trabajo y cultura de los juristas*, (coord. Baylos Grau, A.), Bomarzo, Albacete, 2014, 201-221.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Ensayos sobre arte y crimen*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., “El crimen y el pecado contra natura”, en *Orientaciones. Revista de homosexualidades*, 1, 2001, pp. 105 a128.
- TUÑÓN DE LARA, M., *La II República. I*, Siglo XXI, Madrid, 1976.
- UGARTE PÉREZ, F. J., “Las bases ideológicas de la represión”; en *Una discriminación universal. La homosexualidad bajo el franquismo y la transición* (Ugarte Pérez, F. J., edit.), Egales Editorial, Barcelona-Madrid, 2008, pp. 49-78.
- VALLEJO NÁGERA, A., *La asexualización de los psicópatas*, Medicina, Madrid, 1934.
- VALLEJO NÁGERA, A., *Eugenesia de la Hispanidad y regeneración de la raza*, Editorial Española, Burgos, 1937.
- VALLÉS MUÑÍO, D., “La privación de libertad de los homosexuales en el franquismo y su asimilación al alta en la Seguridad Social”, en *IUSLabor*, 1, 2017, pp. 1-13.
- VÁZQUEZ GARCÍA, F. J., *La invención del racismo. Nacimiento de la biopolítica en España 1600-1940*, Akal, Madrid, 2009.
- VÁZQUEZ GARCÍA, F. J., y CLEMINSON, R., *Los invisibles. Una historia de la homosexualidad masculina en España, 1850-1939*, Comares, Granada, 2011.

YOUNG, J., 2003, *La sociedad “excluyente”. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad Tardía*, Marcial Pons, Madrid.

La deshonestidad de la mujer. Consejos y regulaciones en la Edad Moderna

The dishonesty of women. Advice and regulations in the modern age

FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ

Profesor Colaborador Honorario
Universidad de Cádiz (España)

francisco.carpintero@uca.es

Resumen: En los tiempos modernos, teólogos y moralistas discutieron sobre los vestidos y el maquillaje de las mujeres y su relación con la deshonestidad sexual y el pecado. Algunos autores vieron los escotes y los “afeites” como instrumentos peligrosos. Otros adoptaron una actitud más abierta y tolerante.

Abstract: *In modern times, theologians and moralists discussed about women’s dresses and make up and their relation with sexual dishonesty and sin. Some authors saw cleavages and afeites as dangerous instruments. Others, adopted a more open and tolerant way.*

Palabras claves: deshonestidad, mujer, vestido, maquillaje.

Keywords: dishonesty, woman, dress, make-up.

Sumario: 1. LA DESHONESTIDAD DE LA MUJER. CONSEJOS Y REGULACIONES EN LA EDAD MODERNA. 2. VESTIDOS Y ADORNOS DE LAS MUJERES. 3. LOS DISCREPANTES. 4. LA PÉRDIDA DE LA HONESTIDAD EN EL VESTIR. 5. CUESTIONES MÁS GENERALES. 6. CREMAS, UNGÜENTOS Y DEPILACIONES. 7. LOS ESCOTES.

1. LA DESHONESTIDAD DE LA MUJER. CONSEJOS Y REGULACIONES EN LA EDAD MODERNA

Puede extrañar el estudio de este tema en un filósofo del derecho. Pero, por el momento al menos, no se me ocurre otro. Sucede que llevo meses trabajando en un estudio extenso sobre la prostitución en la Edad Moderna. Y esto me ha llevado a interesarme sobre las costumbres de las mujeres de hace siglos. Por supuesto, en este artículo no me refiero a las meretrices, sino a las mujeres normales. Estimo que un estudio así añade un tono jovial a un acto necesariamente

Recepción: 01/06/2020

Aceptación: 04/06/2020

Cómo citar este trabajo: CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, “La deshonestidad de la mujer. Consejos y regulaciones en la Edad Moderna”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, nº 1, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 103-123, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i1.5>.

festivo, como es la inauguración de la Revista de nuestra Facultad. En los siglos que trato, era normal que los discursos con que los Rectores de la Universidad, al abrir el nuevo curso, tuvieran este tono, el más próximo al *Gaudeamus igitur*. Es cuestión de unirse a este estilo.

He preferido dejar los textos que van en castellano antiguo en su tenor literal. Posiblemente esto dificulte algo su lectura; pero añade un sabor de época que, de otra forma, perderían. Las mujeres de hoy, que trabajan, no se reconocerán en las páginas que siguen; pero deben tener en cuenta que ha cambiado mucho la condición de la mujer a lo largo, especialmente, del siglo pasado. Si quieren saber cómo vivían entonces las mujeres de las clases acomodadas, sólo tienen que leerse “La perfecta casada” de Fray Luis de León.

2. VESTIDOS Y ADORNOS DE LAS MUJERES

Hay cosas que hoy nos resultan muy cercanas, como es que las mujeres procuren vestir bien, que usen cremas de belleza, que se pinten las uñas o que vayan a la peluquería. Pero alcanzar esto costó tiempo y bastante esfuerzo. Las razones a favor y en contra irán apareciendo paulatinamente, que no es cuestión de soltar todo de una vez.

Tamburini se preguntaba si una mujer puede cuidar el ornato de su cuerpo sin pecado porque con ello tenía a la vista un buen fin; es decir, no usar su vestido sólo para cubrirse el cuerpo, sino atendiendo a la condición de su status social; él entiende que esto es laudable y que consona con la recta razón¹.

Leonardo Lessius, uno de los teólogos que cierran la Segunda Escolástica Española -aunque él era belga-, y que fue considerado durante la Edad Moderna una de las mayores instancias para declarar la moralidad, ya había establecido que el cuidado del cuerpo (*cultus corporis*) es por sí indiferente, porque no va contra la caridad de Dios². Concina representa aún una actitud intermedia entre los defensores del ornato femenino y sus detractores, porque entiende que los vestidos no han sido creados solamente para defenderse del frío y del calor, sino también para distinguirnos entre sexos y grados; de este modo, los nobles y los magistrados se visten de formas distintas a los demás hombres, y las mujeres se adornan más según que sean nobles o plebeyas, o que busquen marido o vayan a una boda³. El mismo Lessius entiende que hay que arreglar el cuerpo, y la casa, según sea la ocasión y que, en cualquier caso hay que vestir de forma congruente a la calidad de la persona, de acuerdo con las costumbres confirmadas, según los tiempos y lugares⁴. Puede tratarse de un lujo, ciertamente, y como todo lujo procede contra

¹ HUGUETAN, J. A., RAVAUD, M. A., *Explicationes in Decalogum et alia opera moralia*, Lugduni, 1659, p. 95

² THEODORICI, R., *De justitia et jure caeterisque virtutibus cardinalibus libri quattuor*, Paris, 1610, p. 14.

³ MAINARDI, *Theologia christiana dogmatico-moralis elucubrata*, , Roma, 1764, Tomus Prior, cap. III, titulado de *Vano mulierum ornato*.

⁴ Op. cit., p. 805.

la pobreza cristiana, pero si esa forma de vestir ya es costumbre social, ha dejado de ser inmoderada y es lícita usarla⁵.

Hubo una causa admitida por muchos para usar vestidos lujosos o atrevidos, y fue el de la mujer casada que dice que quiere agradar a su marido. Tamburini entiende que si es así realmente, esto es laudable⁶, y lo mismo opina Lessius⁷. El problema se planteaba porque si el vestido había de ser libidinoso para agradar al marido, la esposa únicamente lo podía usar dentro de su casa⁸.

Los vestidos bellos no eran privilegio de las mujeres nobles o de las casadas. Porque era lógico tener en cuenta que las que querían casarse deseaban presentar un aspecto atractivo, de modo que agradaran a los hombres y pudieran conseguir unas *commodas nuptias*⁹. Tamburini entendía que incluso las mujeres solteras y que no deseaban contraer matrimonio, podían vestirse elegantemente, no para ser deseadas torpemente por algunos hombres, sino para que pudieran ser incluidas en el censo de las mujeres bellas y fueran alabadas como tales¹⁰.

Tomás de Aquino y los que seguían su estilo, poseían un espíritu más abierto. Lessius, citando al de Aquino, explicaba que las mujeres ya casadas, o las que aspiraban a estarlo, podían cuidar el ornato para su belleza. De hecho, Santo Tomás había explicado que la mujer puede lícitamente adornarse bien para conservar la decencia correspondiente a su status, o bien para agradar a los hombres¹¹. Balduino miraba más directamente a Dios y explica que no hay que creer que sea pecado llevar un ‘espléndido vestido’, porque Dios no se preocupa por los vestidos; pero, en honor a Dios, hay que llevar el cuerpo elegantemente¹². No le agradaba a Balduinus la fatuidad y lo superfluo, pero tampoco ir vestida indecorosamente¹³. Tampoco quería la soberbia inherente a la que iba cargada de oro, plata y piedras preciosas¹⁴.

Pero las actitudes se radicalizaron con el paso del tiempo. Celada echaba de menos los tiempos de Clemente Alejandrino, que escribía “Admiro la ciudad de los Lacedemonios, en las que sólo estaban permitidos los vestidos floridos y el oro a las meretrices” porque, según él mismo, los vestidos *pretiosi* prostituyen, y la frugalidad en el vestido es un apéndice de la castidad¹⁵. “Por

⁵ ALBERTIS, *Paradoxa Moralia de Ornatu Mulierum*, Ludovicus Montia, 1650 NOTAX. CIUDAD. p. 11.

⁶ Op. cit., p. 95.

⁷ Op. cit., p. 805.

⁸ . EZCARAY, *Vozes del dolor nacidas de la multitud de pecados, que se cometen por los trages profanos, afeytes, escotados y culpables ornatos*, López de Haro, Sevilla, p. 71.

⁹ LESSIUS, op. cit., p. 805.

¹⁰ Op. cit., p. 95.

¹¹ Así, LESSIUS, op. cit., p. 805.

¹² WACHTLER, G., *De casibus conscientiae*, Impensis, Francofurti, 1654, p. 646.

¹³ Op. cit., pp. 646-647.

¹⁴ Op. cit., p. 647.

¹⁵ *Judith illustris perpetuo commentario literali, et morali*, Ex Typographia Regia, Madrid, 1641, p. 9, parágrafo

esto, la ambición en los vestidos deviene un adorno de la petulancia, de modo que las mujeres (con vestidos textiles) se prostituyen ante los ojos de los que las ven, porque vistiéndose no se cubren, sino que se desnudan vistiéndose, a lo que les lleva el ingenio de lo libidinoso”¹⁶. Denosta contra los vestidos insinuantes, en los que las mujeres, cuando más se ponen, más enseñan¹⁷. Compara a las mujeres que se arreglan con las vírgenes necias del Evangelio¹⁸, y entiende que estas mujeres cumplen la misma función que la Gran Tentadora, nuestra madre Eva¹⁹.

3. LOS DISCREPANTES

Francisco Pérez de Prado, Obispo de Teruel, tronó fuertemente contra las modas nuevas. Él explica que muchos teólogos solían considerar las cosas *in se*, o *formaliter*, o *metafísicamente*, de modo que una conducta *in se et per se* no era mala moralmente, pero considerada en la práctica sí que lo era. Él, para despejar dudas acerca de lo que habla, indica que no quiere tratar estos temas *methaphysice* o *praecisive*, “Que de esa suerte ni la Comedia, ni el Bayle es malo”. Él quiere tratarlos tal como son en realidad, *legislative*, esto es, en el conjunto de sus circunstancias, tal como los realizan los individuos concretos²⁰.

Según él, si queremos saber cómo ha de vestir una mujer, tenemos el retrato de Isabel la Católica, en la que su vestido cubría los pies, brazos, pechos y cuello. Después vino el escotado, desnudando el hombro, “Y sin embargo de haber declarado el Rey este trage por meretricio ... halló defensores entre Christianos el desnudarlos y verlos. Cubriose el ombro y se desnudaron los pechos, brazos y calçado; y tiene tambien esto sus defensores que se nos citan contrarios”²¹.

Prosigue: “Esto es el trage y adorno profano ... Dezimos sobre el primero: Que el trage y adorno gravemente superfluo, sumptuoso, cuidadoso, provocativo, y desnudo, aunque se vista sin intención de provocar a la liviandad, es pecado mortal, que ni le puede mandar el marido, ni traer la muger, ni autorizar el Principe²². “El trage precioso, y desnudez de las mugeres *nuda pectora, et mamillas, si absit provocationis intentio*, (si falta la intención de provocar enseñando los pechos) no es pecado grave y aun oye licitud en el mismo curso citado, punto I (ignoro a qué curso, libro o apuntes se refiere) *Si ut placeant maritis, et ita ferant patrii mores* (“Si así agradan a sus maridos y es costumbre en su patria”). “Y sin embargo por el auto acordado por el Consejo con asenso real del 13 de abril de 1639, inserto al fin del tit. 12, lib. 23 Recop. se

IV.

¹⁶ Op. cit., p. 10.

¹⁷ Op. cit., p. 10.

¹⁸ Op. cit., p. 8.

¹⁹ Op. cit., p. 11.

²⁰ *Defensa canonica de la potestad decretoria, y executiva que por el derecho de Jesu Christo y de su Iglesia tienen los obispos sobre sus subditos legos en las causas del foro eclesiástico*. No constan editor ni lugar, 1734.

²¹ Op. cit., p. 583.

²² Op. cit., p. 581.

mandó que “Ninguna muger pueda traer jubón escotado, salvo las que públicamente ganan con sus cuerpos, las quales lo pueden traer con el pecho descubierto; y a todas las demás se lo prohíbe”²³. Pero, ¡Hay de nuestros tiempos! Estos trajes son frecuentes, y las mujeres se corrompen²⁴. Pero dejemos aquí la retahíla de condenas que expone Pérez de Prado, que su libro tiene ochocientas páginas, y casi todas ellas debieran ser citadas por el que quiera exponer los pretendidos abusos de las mujeres en el siglo XVIII.

Las predicaciones de los teólogos eran rechazadas con frecuencia, porque todos tenían unas ciertas nociones del ‘probabilismo moral’, y Ezcaray, desde sus vivencias en España y en México, nos cuenta que “Hablo de experiencia, porque en diziendoles: “Quítese eso, señora”, me responde: “Padre, ya sabe que yo no peco, yo no me pongo con el fin de que me enamoren los hombres”²⁵. Y añade: “Si el Padre dize que es profano, yo digo, que no lo es, y no tiene más autoridad el Padre, que yo para dezirlo, que si él tiene Autores, yo también; y como ni su dicho, ni el mio, son Canon conciliar, cada uno seguirá lo que quisiere”²⁶. (El probabilismo es la teoría moral que entiende que, si yo tengo ‘buenas razones’ para hacer u omitir, puedo actuar tal como pienso, aunque la mayor parte de las autoridades en la ciencia moral entiendan que esa conducta no es lícita. No está claro quién fue el primero que mantuvo esta teoría. Algunos dicen que fue Antonio Escobar y Mendoza, jesuita, a comienzos del siglo XVII²⁷. Otros la retraen a españoles del siglo anterior).

El caballo de batalla era la *profanidad*. Ezcaray, otra vez, nos indica que “Pues, si esto dice este Padre Maestro, y lo antecedente a dicho el Reverendissimo Lumbier, ¿qué mucho diga yo, es muy dificultoso señalar qual es la profanidad y qual no? Y por esto lo dejo a la prudencia del Confessor docto, y experimentado, que consideradas bien las circunstancias, y todo lo que se deba considerar, resolverá, según Dios, lo que más convenga”²⁸.

Tenían presente la primitiva forma cristiana de vestir, concretamente lo que vestía Cristo, y condenaban los excesos sobre los vestidos evangélicos²⁹. Pues los fines del vestido son tres: cubrir la desnudez, defenderse del frío y la honesta compañía³⁰. Este autor añadía que “Para que veias la superfluidad con que andáis algunas, notad: no os contentais con traer el pelo y cabeza llena de cintas, y rosas, sino que añadís a la frente un trapo, que llamais chiqueador. Y

²³ Op. cit., p. 542.

²⁴ Op. cit., p. 796.

²⁵ Op. cit., p. 49.

²⁶ Op. cit., p. 60.

²⁷ ESCOBAR y MENDOZA, *Examen y practica de Confessores y penitentes en todas las materias de la Theologia <sic> moral*, Juan de Lanaja y Quartaner, Zaragoza, 1635. La primera edición de esta obra fue en 1620.

²⁸ Op. cit., p. 58.

²⁹ BALDUINUS, F., *Tractatus de casibus conscientiae*, Impensis Caspar Wachtler, Francofurti, 1654, p. 647.

³⁰ Op. cit., p. 86.

si dezis, que es por dolor de cabeza, ¿para que se borda con hilo de oro, seda y lentejuelas?³¹. (Al referirse a esta última prenda, el *chiqueador*, parece estar escribiendo más para México).

Pero la enumeración expuesta hasta ahora por Ezcaray es pobre, porque en otros momentos escribe: “Quitadles zapatos, medias, ligas, brazaletes, las medias lunas de plata, collares, pulseras, cadenas de oro, brazaletes, moños enrizados, trençados, todo el pelo, arrancados, guantes, pomas, abujetas de olor, tirantes, cabestrillos, anillos, diamantes, perlas, aljófar, rubies, cabelleras postizas, mantos claros, tocas de Reyna, abujas de plata, alfileres, espejuelos, cintas, colonias, estufas, etc.”³². Esta profanidad “La veo introducida por todas partes ... en nuevas invenciones y formas en los trages”³³. Escandalizado, escribe: “¿Que mas perdición, que ponerse zapatos de una oreja, como los hombres, y en lugar de cintas un botón? ... ¿Qué mayor irritación a la torpeza, que hacer los zapatos de cuerecillo de ambar, y ponerles viriles de plata sobre las suelas?”³⁴.

Según él, ni mujeres ni hombres visten honestamente. “La muger, las sayas abiertas, que al andar dan el pie a las sayas para que por la abertura se vea la otra saya y el forro de la que va abierta”. En cuanto a los hombres, “¿Qué mas incentivo de luxuria, que ver a los hombres con unos calçones tan ajustados, que en la misma estrechez manifiestan la forma del muslo, y algo más que por decencia callo, y parecen una pieza el hombre, y los calçones?”³⁵. Sicardo nos decía que “El Padre Laínez, Varón Apostólico, de la Compañía de Jesús, referido en el libro impreso en Santiago contra los abusos de los escotados, fol. 79. dice que algunas mugeres ponen tanto estudio y afecto en adornarse, que parece que adoran por su Dios a su cuerpo, porque le sacrifican el ingenio, la memoria, la voluntad, la lengua, los trabajos, y toda su substancia; pues no piensan, no se acuerdan, no hablan, no trabajan, ni estudian, sino en como se han de componer, y dan en adorar este ídolo a otros, andando pomposamente por las calles, plazas y Templos”³⁶.

Concinna, desde fuera de España, exponía un discurso parecido: la malicia de este ornato no viene tanto de lo superfluo y del precio excesivo, como de la inmodesta forma de toda esta ornamenta. Un vestido precioso puede ser elegante, y de gran precio y, al mismo tiempo, ser púdico y verecundo, como sucede con las matronas nobles y las esposas de los príncipes. Pero, por lo general, los vestidos de estas mujeres son vanos, deshonestos, impúdicos, que hacen soberbias a las mujeres y les quitan el pudor. ¡Hay de los confesores que admiten a los sacramentos de Cristo a estas matroncillas teatrales ya sin pudor!³⁷. (Hace una referencia al

³¹ Op. cit., pp. 27-28.

³² Op. cit., p. 60.

³³ Op. cit., p. 61.

³⁴ Op. cit., p. 21.

³⁵ Op. cit., pp. 18-19.

³⁶ SANZ, F., *Judizio Theologico moral, que haze de las galas, escotados y afeytados de las mugeres*, Madrid, 2ª ed., 1677, p. 61.

³⁷ Op. cit., p. 88.

teatro porque a las compañías teatrales las seguían un grupo de prostitutas, de ciudad en ciudad, desde los tiempos de Roma, y una forma de tildar de prostituta a una mujer era llamarla *mulier scaenica*. Los actores o *hystriones* no tenían mejor fama).

Estas mujeres no buscan sólo la belleza. Ignatius echaba mano del Satírico (Plauto) para expresar que “Rara es la concordia de la forma y del pudor”, porque así como es molestísimo poseer lo que todos odian, igual de difícil es tener lo que todos apetecen³⁸. De la Haye indicaba que “El deseo de los vestidos preciosos denota la debilidad máxima”: *Pretiosa vestis appetitus infirmitas maxima*³⁹. Y era más rotundo cuando, en este mismo lugar, declaraba que *Vestimenti pretiosi diabolus inventor*.

4. LA PÉRDIDA DE LA HONESTIDAD EN EL VESTIR

Como suele suceder en muchos casos, la decadencia se atribuía, en buena medida, a las costumbres de las mujeres, normalmente a sus vestidos indecentes. Azpilcueta enseñaba que “Quien pueda, está obligado a ir decentemente, de acuerdo con su estado. Quien vive indecentemente, peca, como lo indica el capítulo canónico *Quia contra mores...* Leemos en Santo Tomás que “Todos están obligados a presentarse ante sus prójimos de una forma delectable”⁴⁰.

Y éste no es tema baladí, porque Concina enseñaba, en su pretendido magisterio, que el pudor de una mujer resulta en su vestido, y también se remitía a Santo Tomás, en el cap. 2 al Comentario al Evangelio de San Juan: “Lo que arde en la mente luce en el vestido y se irradia por la boca”⁴¹. Era un tema viejo, porque ya Séneca había dejado escrito que “Veo vestidos de seda, si se los puede llamar vestidos, porque en ellos no hay nada que proteja al cuerpo o que guarde el pudor”⁴². Azpilcueta era de la opinión que, mejor que llevar oro y sedas, es hacer limosnas⁴³.

5. CUESTIONES MÁS GENERALES

La lujuria está siempre próxima, por su *connaturalità* y su *domesticità*⁴⁴. El autor de esta frase, Giustinelli, nos dice que la impudicia nos trae nausea, porque es un desprecio de Dios y de su

³⁸ JOSEPHUS IGNATIUS, D., *Jura mulierum ex Jure Canonico, Civile, Feudali, Bohemio, et Moravico*, Johannes Wenceslaus Helm, Praga, 1718, parágrafo V

³⁹ PETIT PAS, J., y BILLAINE, P., *Arbor Vitae concionatorum in Genesim*, , París, 1633, p. 469.

⁴⁰ *Opera omnia in sex tomos distincta*, Yuntas, Venetiis, 1602, Tomo 3, p. 602-Dorso.

⁴¹ Op. cit., p. 9

⁴² CELADA, op. cit., p. 10.

⁴³ OPERA., op.cit., Tomo 3, cit., p. 602.

⁴⁴ GIUSTINELLI, *Trionfo della castità contra il vizio dell'incontinenza*, Giacomo Mascardi, Roma, 1614, p. 9

salvación⁴⁵ y, por el contrario, la castidad nos lleva hacia la belleza⁴⁶. Es tema delicado, porque tanto afecta a los viciosos como a los virtuosos⁴⁷. Lessius hace notar que desde la lujuria nacen otros vicios⁴⁸. Seguir la doctrina de las opiniones probables lo confunde todo, porque según Gavarrí “Hazerla, virtualmente está diciendo: Ora sea esto pecado mortal, ora no; ora la prohíba Dios, ora no la prohíba, yo tengo que hazerlo”⁴⁹

a) Tonos menores

Alberto de Albertis, S.J., conocido por su criterio rígido en los temas que hacen al sexo, explicaba, a pesar de su rigidez, que si las mujeres llevan vestidos elegantes, “Si esto lo hacen por una cierta frivolidad (*ex levitate animi*) y vanidad, para mostrar la belleza y elegancia de su cuerpo, sólo pecan venialmente”⁵⁰. Sucede, prosigue Albertis, que la mujer es por sí misma provocativa, porque ésta es su condición natural, y tiende a promover la concupiscencia. Ella no tiene la culpa de su belleza, pero si exhibe esta belleza para provocar, entonces sí comete pecado⁵¹. Torrecilla trata el ornato de la mujer y explica que “Siguese que la muger no peca en adornarse según la costumbre de la patria, aunque sepa que por tal ornato ha de ser amada lascivamente de alguno, porque en esto usa de su derecho. *Imo*, ni pecara a lo menos mortalmente, aunque el adorno sea superfluo, y máximo, y aunque prevea, que por ello ha de ser deseada torpemente de algunos, con tal que no lo haga con intención de provocar a libido ... pero lo contrario, dizen, si fuesse habito, y vestuario peculiar de las meretrices”⁵².

Cornelius Cornelii a Lapide situaba el fundamento del problema: “Nosotros hemos sido creados por Dios para la felicidad eterna, redimidos por la sangre de Cristo, similares a la Trinidad Santísima, adornados por don de la gracia, y casa y templo del Espíritu Santo, y el diablo trata de llevarnos a la gehena”⁵³. ¿Qué es el escándalo, se preguntaba Concina? “Es el dicho o hecho menos recto que nos pone en camino a la ruina espiritual. Bajo el nombre de dicho o hecho se comprende también la omisión”⁵⁴.

Efectivamente, desde el trato con las mujeres puede provenir el escándalo, lo que no implica que hayamos de huir de ellas. Tamburini, siempre más comprensivo con las flaquezas nuestras, indicaba que “Mirar la cara de una mujer, sus manos y sus brazos, su pecho, en suma, sus partes

⁴⁵ GIUSTINELLI, op. cit., p. 152.

⁴⁶ Op. cit., pp. 365 y ss.

⁴⁷ Op. cit., p. 4.

⁴⁸ Op. cit., p. 757.

⁴⁹ FERRER, A., y FERRER, B., *Noticias singularissimas de las preguntas necessarias que deven hacer los PP. Confesores*, Barcelona, 1677, p. 199-Dorso.

⁵⁰ ALBERTO DE ALBERTIS, op. cit., p. 13.

⁵¹ . Op. cit., p. 133.

⁵² Op. cit., p. 250.

⁵³ HIERONYMUS ALBRITI, H., *Commentarius in Salomonis Proverbia*, Venetiis, 1717, p. 107.

⁵⁴ Op. cit., p. 81.

honestas, esto no es por sí pecado; que si se hace por la delectación que se sigue de la simple visión, de ese tipo de delectaciones que no llamamos libidinosas, no es siquiera pecado mortal”⁵⁵. Aunque Tamburini nos advierte que no siempre es culpable la mujer, porque no pueden estar siempre limitadas cuando el prójimo es pura malicia y abusa de la visión para el pecado: entonces se da el escándalo pasivo, que llaman farisaico, que no tienen la obligación de evitar⁵⁶.

Hay teólogos que van predicando que, en temas de sexo, no existe ‘parvedad de materia’, es decir, que si realmente se comete pecado contra la castidad, este pecado es siempre grave. Por contra, Diana, el gran casuista, explicaba “Que en materia de lujuria se da parvedad <sic> de materia, afirma Salas, Marchando, y con algún miedo Lessio, porque la delectación venera, de sola la vista muchas veces no es pecado mortal ... mientras no se juntare con ardor grande de concupiscencia”⁵⁷. La mujer que está desnuda en el estudio del pintor, explica Tamburini, o que se desnuda por juego, o por curiosidad de la narración, o por la suavidad de la poesía, no comete pecado mortal”⁵⁸. Torrecilla explicaba que sí existe en estos temas ‘parvedad de materia’, sea cuando la voluntad consiente perfectamente en cosa leve, o cuando consienta imperfectamente en cosa grave⁵⁹. Se puede saber “si la cosa” es grave o leve según la proximidad del varón a la polución (*pollutio*) o cópula, porque si la inclinación a esas cosas es pequeña, o no hubiere peligro, será pecado venial. Y fundamenta esta opinión en una enumeración interminable de doctores⁶⁰. Sucede que, por el trato con las mujeres, algunos tienen una polución; pero si esta polución no se busca, ni hay peligro de consentir en ella, la *conversatio* con las mugeres no tiene por qué acabar⁶¹. Torrecilla describe a la polución como “Voluntaria seminis emissio absque copula”⁶².

El tema de la ‘parvedad de materia’ puede ser malentendido en estos autores. Ellos distinguían tres tipos de placer sexual: el natural, el libidinoso y un tercero que nunca he entendido bien en qué consiste. Diana explica que “No aparece la razón por la que la no pueda haber levedad de la materia frente al pecado mortal, cuando la materia es pequeña ... Cuando el inicio <del juego, de la conversación, de los besos, etc.> es tan pequeño que no puede hablarse de pecado mortal, de forma física, según la sustancia de la virtud, sino que sólo una disposición remota e imperfecta, no será tal inicio pecado mortal, aunque el acto sea mortal”⁶³. Parece que, según Diana, todo depende de la proximidad o lejanía a la eyaculación o al coito. Torrecilla es más

⁵⁵ Op. cit., p. 93.

⁵⁶ Op. cit., p. 19.

⁵⁷ *Suma Diana, recopilado en romance todos los once tomos del R. P. D. Antonino Diana*, Madrid, 1657, p. 512.

⁵⁸ SÁNCHEZ, M., *Explicationes in Decalogum et alia opera moralia*, Joannes-Antonius Huguetan et Marcus-Antonius Ravard, Lugduni, 1659, p. 93.

⁵⁹ Op. cit., p. 604.

⁶⁰ Op. cit., p. 603

⁶¹ SÁNCHEZ, J., *Disputationes de sancto Matrimonii Sacramenti*, Yuntas, Venecia, 1725, p. 53.

⁶² Op. cit., p. 583.

⁶³ Op. cit. Tomo 7, Tract. II, p. 30.

rotundo: “Yo empero soy del sentir: que cualquiera delectación venerea, por pequeña que sea, si consiente la voluntad en ella, *positive, expresse et formaliter*, será pecado mortal: porque en materias venereas, no admito parvedad de materia, *moraliter et practica*, por razón del peligro anexo”⁶⁴. ¿Cómo conciliar ambas declaraciones en autores que tan frecuentemente muestran estar tan próximos? Parece que el peso del problema recae en la intención: si el hombre quiere llegar hasta la eyaculación o el coito, aunque la *parvedad* de las relaciones no lo permita, hay voluntad de pecar en tema grave. Lessius no duda en afirmar que el uso venéreo, fuera del matrimonio, es pecado grave⁶⁵. Parece confirmar esta opinión Tamburini cuando dice que si en las cosas venéreas no se da parvedad en orden al coito o a la generación, siempre *eo ipso*, ya que es venérea, hay un inicio de la cópula o de la polución⁶⁶. Este mismo autor vuelve a explicar que si la delectación que surge desde la visión de una mujer bella, o del contacto con sus manos sin que exista peligro más allá, no es delectación en cosa venérea⁶⁷. Lo venéreo o libidinoso parecía reservado a lo que lleva a los actos propios de la generación: el simple placer que no lleva hacia esos actos, no es pecado grave.

Cornelius a Lapide, siempre más rigorista, indica que los Padres de la Iglesia enseñan que la familiaridad, el coloquio con las mujeres, el simple tacto, es adulterio⁶⁸. Aunque también puede entenderse este texto como que estas cosas no constituyen ya el adulterio, pero predisponen a él. Aunque también puede entenderse en el primer sentido indicado, porque él indica que la misma familiaridad con las mujeres, y contactos leves, aunque sólo sea en el aspecto, las bromas y risas con ellas, convierten en infamia la fama de los que conversan, porque nacen en el alma varias concupiscencias deleitosas, aunque no se adviertan, que llevan hacia la fornicación y el adulterio⁶⁹.

Algunos estaban escandalizados por las conversaciones demasiado frívolas entre mujeres y hombres. Según Concina no hablan de temas civiles, honestos y necesarios, sino de cosas muy corrompidas⁷⁰. Esto puede deberse, según este autor, a que las mujeres, por la ambición y vanidad que llevan en ellas, captan y anhelan los regalos y al servidumbre de los hombres, por no decir su adoración⁷¹.

En el estilo revuelto que a veces usa este castellano primitivo, y que tan especialmente patente es en Santa Teresa de Jesús (ella era consciente de que redactaba mal), Torrecilla sigue indicando que “Juan Sánchez ... dize, pues que cuando el hombre siente, que la delectación le turba la razón, y que no le da lugar para pensar otras cosas fuera de las carnales: y si las tales

⁶⁴ Op. cit., p. 603.

⁶⁵ Op. cit., p. 756.

⁶⁶ Op. cit., p. 92.

⁶⁷ Op. cit., p. 92.

⁶⁸ Op. cit., p. 107.

⁶⁹ Op. cit., p. 107.

⁷⁰ Op. cit., p. 188.

⁷¹ Op. cit., p. 188.

circunstancias faltaren, se ha de tener por pequeña y leve⁷². Solamente los herejes entienden que los movimientos que suscita el sexo *primo primi*, constituyen pecado mortal⁷³. (Juan Sánchez fue un moralista que redactó el tratado sobre el matrimonio más tenido en cuenta a lo largo de este tiempo).

Algunos autores entienden que los movimientos que suscita el sexo son muy naturales porque la fornicación simple (la que no es adulterio o de persona con voto de castidad) está prohibida por la ley divina, no por la ley natural⁷⁴. ¿Qué decir de las personas sin instrucción, *rustici seu vulgares*, en este tema? Azor entiende que si la ignorancia es invencible, esta fornicación no es pecado; aunque reconoce que hay otros doctores que estiman que en este caso no existe ignorancia invencible⁷⁵. Algunos entienden, siguiendo la mayor facilidad, que se puede ignorar que la fornicación con las meretrices no es pecado mayor que el que se comete con una mujer lujuriosa; hay muchos hombres *vulgares* que no saben distinguir entre los pecados permitidos y no permitidos en lo que hace a la pena y no a la culpa, y porque no se castiga la *simplex fornicatio*, sino que se permite trabajar libremente a las meretrices, entienden que no es pecado acceder a ellas⁷⁶.

Torrecilla parece aludir a la masturbación de la mujer cuando escribe que “La donzella es dueña del uso de ese miembro, como del uso de los demás, y que la tal abcession (¿?) sería parvidad de materia; y assi podría no ser grave culpa contra el precepto de guardar la integridad de su cuerpo⁷⁷. Azor se refiere a la *pollutio mulieris*⁷⁸, sin especificar más.

Existen algunos casos algo especiales. Uno es el del padre que no casa a su hija, de modo que llega soltera a los veinticinco años⁷⁹; ese padre no podrá quejarse si esta hija actúa poco honestamente. Si un padre tiene una hija hermosa y bien educada, y la sitúa en matrimonio con un varón honesto, habrá de darle de dote trescientos aureos; pero si esa hija ha corrompido ya a algunos escolares, la dote habrá de ser de mil aureos⁸⁰. Advierto desde ahora que en estos siglos los protagonistas de la prostitución eran las mujeres profesionales y los estudiantes, los *scholares*, como si los demás hombres no tuviesen participación en este oficio. Porque por los ejemplos que van proponiendo sobre, por ejemplo, quien es una prostituta oculta, los escolares llevan el protagonismo.

⁷² Op. cit., p. 603.

⁷³ TORRECILLA, op. cit., p. 597.

⁷⁴ AZOR, op. cit., columna 177.

⁷⁵ Op. cit., columna 177.

⁷⁶ BABA, F., *Resolutiones morales in sex partes distributae*, Venetiis, 1698, T. 8, p. 676.

⁷⁷ Op. cit., p. 533.

⁷⁸ Op. cit., col. 174-175.

⁷⁹ GEORG, J., Kees, *Commentarius ad D. Justiniani Institutionum Imperialium*, Johann Andrea de la Haye, Ingolstadt, 1738, p. 317.

⁸⁰ BERLICHIO, M., *Quinta Pars Conclussionum Practicabilium secundum Ordinem Constitutionum divi Augusti*, Johann Andrea Mintzelius, Lipsiae, 1628, cap. 37, nº 13.

Azpilcueta previene frente al confesor imprudente que impone una penitencia, si el que se confiesa es un *melancholico*, y esto le lleva a la desesperación, es decir, al aumento de la melancolía y de la tristeza, porque le impone tal o cual tiempo de ayuno, o por evitar el buen trato con personas honestas o con algunas recreaciones⁸¹.

b) Tonos mayores

Según Torrecilla, “Los que pintan cosas torpes, como Venus o Adonis, descubiertas las partes pudendas, o cubiertas con algún velo diáfano, pecan mortalmente con pecado de escándalo, porque estas cosas provocan grandemente a la lujuria”⁸². “Y lo mismo debe decirse de los que escriben libros torpes y llenos de lascivia, que provocan a cosas venéreas”⁸³. ¿Es lícito que los pintores reproduzcan imágenes torpes?, preguntaba Concina. Esto lo niegan absolutamente todos, y no conocemos las reglas exactas para definir cuando una pintura es obscena. Lo cierto es que crean cuadros con imágenes femeninas que muestran con vivos colores los rostros y los pechos de las mujeres, cosas que, por su propia naturaleza, incitan a lo venéreo. Estamos ante un tema de prudencia cristiana, concluye este autor⁸⁴.

Concina se centra, otra vez, en las conversaciones y cantinelas. Los jóvenes usan palabras propias del lenocinio, metáforas y alegorías que son injuriosas y que ridiculizan, sacadas de los libros obscenos que llaman *Romanzi*, escritos por poetas impúdicos, que hoy tiene en sus manos cualquier mujercilla⁸⁵.

La lujuria hace daño al honor y a la fama en todo tipo de personas, especialmente a las mujeres⁸⁶. Y vuelve a la mente incapaz para la consideración de las cosas espirituales, y despojadas estas mentes de su dignidad, caen en una *caecitatis mentis*, en una ceguera de la razón⁸⁷. Si una mujer casada se da a la mala vida contrae la nota de infamia y pierde el nombre honorífico de *matrisfamilias*⁸⁸.

Aparecen, hablando en general, como es ahora el caso, algunos problemas menos usuales en estas fuentes. Existen algunas personas casadas que se acusan de que, habiendo tenido ya la copula, y pasadas las palabras de amor, han hablado con sus esposas, de temas impúdicos; esto, escribe Diana, no es pecado, porque pertenecen a la honestidad del matrimonio y a la honestidad del coito⁸⁹. Otros casados se acusan de sodomía con su mujer, y hay que decirles que esta cópula

⁸¹ Op. cit., Tomo 3, p. 269-Dorso.

⁸² Op. cit., p. 251.

⁸³ Op. cit., p. 251.

⁸⁴ Op. cit., p. 91.

⁸⁵ Op. cit., p. 81.

⁸⁶ GIUSTINELLI, op. cit., p. 305. Sobre las mujeres, vid. p. 310.

⁸⁷ LESSIUS, op. cit., p. 757.

⁸⁸ HAMMERER, *Dissertatio inauguralis de quaestu meretricio*, Franciscus Le Roux, Argentinae, 1744, p. 7.

⁸⁹ Op. cit., T. 1, p. 220.

del varón con el vaso posterior de la mujer no es propiamente sodomía; porque en la sodomía no se peca sólo contra el vaso, sino contra el sexo, y el varón que actúa así con su esposa, aunque no respete el vaso sí respeta al sexo⁹⁰. A tenor de la frecuencia con que Diana y Torrecilla tocan este tema, parece que era relativamente frecuente entre los matrimonios. Otro tema corriente era el de saber quién peca más en las relaciones ilícitas, si el varón o la mujer. Sayro explica que por lo general peca más el varón porque tiene más razón que la mujer; pero esto hay que entenderlo sólo de la simple fornicación, porque en el adulterio peca más la mujer por el daño que origina con sus hijos adulterinos⁹¹.

Diana entiende que el confesor debe preguntar a la penitente de forma delicada, *suavi et humano*, para que este sacramento no se le vuelva más costoso⁹². El señor De la Haya explica que la ley se impone según las personas⁹³, y que Dios siempre castiga benignamente al hombre⁹⁴. Sucede, en definitiva, que *Diabolus maxime nobis inferior*⁹⁵.

Después de estas pinceladas, parece el momento de pasar a cuestiones más concretas, que se puede entender que en parte han sido tratadas ya, y también que son sólo un aperitivo para que el estómago del lector pueda ir haciendo la digestión de unos temas que por su *domesticità e naturalità*, como decía Giustinelli, son pan de todos los días. Comencemos por el uso de las cremas de belleza y de las depilaciones.

6. CREMAS, UNGÜENTOS Y DEPILACIONES

La mujer europea, durante muchos siglos, solía ir vestida de arriba abajo, bien con la cabeza tapada en su parte superior, bien con un sencillo peinado. Así solían describirlas los hombres de la Edad Moderna que se horrorizaban de la liviandad de los vestidos de las mujeres a partir del siglo XVII. Y se escandalizan, quizá más que por los vestidos, por las cremas que cubrían sus caras.

La moralidad en el uso de las cremas de belleza estuvo determinada durante mucho tiempo, por los escritos de los Padres de la Iglesia. Ellos, que vivieron en los tiempos del Bajo Imperio, asistieron al espectáculo de unas mujeres romanas que una forma bastante manierista, abusaban del uso de tales cremas, de las joyas y de los vestidos. Las opiniones sobre la licitud de su uso estuvieron determinadas, durante bastante tiempo, por lo que Tomás de Aquino había dejado escrito sobre ellas, aunque ya sabemos que las opiniones del de Aquino y de los tomistas solía ser bastante más benigna, por realista, que las de otros moralistas.

⁹⁰ DIANA, op. cit., T. 1, p. 304.

⁹¹ *Compendii Clavis Regiae. Pars Secunda*, Joannes Baptista Ciottum, Venetiis, 1621, p. 478.

⁹² Op. cit., p. T. 1, p. 171.

⁹³ “Lex imponitur secundum personarum ratione”. op. cit., p. 350.

⁹⁴ Op. cit., p. 345.

⁹⁵ Op. cit., p. 333.

Concretamente, Tomás había entendido que las cremas de las mujeres crean una cierta ficción, que no puede ser sin pecado. Por lo que San Agustín había explicado que los *fucos* que hacen a las mujeres más rubias o más pálidas, constituyen una falacia adulterina con la que eran engañados sus mismos maridos, quienes pueden permitir, no ordenar, a sus mujeres que las usen⁹⁶. Pero no siempre tal *fucatio* es pecado mortal, sino sólo cuando se hace por lascivia o por desprecio a Dios, porque una cosa es fingir una belleza que no se tiene, y otra tratar de ocultar algún defecto hecho por una enfermedad o por otro motivo; esto último es lícito⁹⁷.

El escándalo venía dado porque Judith, la heroína del pueblo Hebreo, se había adornado, y Celada, que en su rigor tradicionalista no estaba dispuesto a dar su brazo a torcer, explicó que Dios le había dado belleza del cuerpo y una extraordinaria dignidad en la cara⁹⁸. Este autor ya había explicado que esas mujeres, que van cambiando de cara, de peinado, de vestido, que no faltan a las fiestas importantes, que se dedicaban a las festividades lascivas y libidinosas, más parecidas a la belleza de los sepulcros; y que esto es lo que sucede con las mujeres que se pintan la cara⁹⁹. Se engañan a sí mismas porque caen bajo las mentiras de los espejos y son infieles a su cara¹⁰⁰. Él concluye, en su defensa de la moral, que las cremas en la cara son incentivo de la libido y meditación sobre el adulterio¹⁰¹. Beverland denunciaba que las mujeres se pasaban el día entre el espejo y la peineta¹⁰².

Este problema también se enmarcaba en el del lujo de las mujeres al vestirse: “El lujo en los vestidos es la fuente y origen de muchos males, excitan hacia otros pensamientos depravados, impiden la misericordia: son un signo de la soberbia del alma”¹⁰³. Alberto de Albertis indicaba que si no tienen ninguna necesidad o utilidad para hacer esto, sino que estas mujeres son llevadas por la sola vanidad, serán vistas torpemente por sus admiradores, y pecan mortalmente¹⁰⁴. Concina recurría a fuentes bíblicas: “¿Acaso el boato de las mujeres no está reprobado por la Escritura Santa? Los profetas se pronunciaron vehemente y acérrimamente

⁹⁶ “Ad secundum dicendum quod mulierum fucatio, de qua cyprianus loquitur, est quaedam species fictionis, quae non potest esse sine peccato. Unde Augustinus dicit, in epistola ad possidium, fucari figmentis, quo rubicundior vel candidior appareat, adulterina fallacia est, qua non dubito etiam ipsos maritos se nolle decipi, quibus solis permittendae sunt feminae ornari, secundum veniam, non secundum imperium”. *Suma teológica*, II-II, q. 169, art. 2.

⁹⁷ “Non tamen semper talis fucatio est cum peccato mortali, sed solum quando fit propter lasciviam, vel in Dei contemptum, in quibus casibus loquitur cyprianus. Sciendum tamen quod aliud est fingere pulchritudinem non habitam, et aliud est occultare turpitudinem ex aliqua causa, puta aegritudine vel aliquo hujusmodi. Hoc enim est licitum, quia secundum Apostolum, I ad cor., quae putamus ignobiliora esse membra corporis, his honorem abundantiore circumdamus”. *Ibidem*.

⁹⁸ . Op. cit., p. 12

⁹⁹ . Op. cit., pág. 6.

¹⁰⁰ CONCINA, op. cit., pág. 7.

¹⁰¹ “Fucata pigmentis facies, est Libidinis incentivum, et adulterii meditatio”. Op. cit., pág. 6.

¹⁰² *Justiniani de Stolatae Virginitatis Jure Lucubratio academica*, Joann Lindani, Lugduni Batavorum, 1680, p. 98.

¹⁰³ BALDUINUS, op. cit., p. 648.

¹⁰⁴ Op. cit., p. 27.

contra el ornato superfluo e inverecundo de las mujeres”¹⁰⁵. Balduinus preguntaba: ¿Qué se puede esperar de una cosa que está hecha de excremento de cocodrilo?¹⁰⁶.

Aludían a las ficciones. Las cremas son malas si se pretende ocultar el color nativo¹⁰⁷. Eran bastantes los que explicaban que las mujeres se pintan porque no se aceptan a sí mismas¹⁰⁸. “Guarda tu cuerpo tal como fue hecho y no quieras pasar por otra. La mujer que se pinta con varios colores no es ella misma, sino la misma en otra”¹⁰⁹. El cuerpo ya es de por sí bello¹¹⁰, y estos pigmentos que algunas mujeres usan en la cara pertenecen al ornato meretricio, y eso fue lo que hizo Judith, que simuló, ante Holofernes, ser una prostituta¹¹¹. Pues, prosigue Balduinus, estas pinturas son de por sí ilícitas e impías; ante todo porque el hombre quiere reformar lo que creó Dios, como si su rostro no fuera lo suficientemente adecuado; las mujeres cometen una gran temeridad¹¹².

Tamburini, que estaba a favor del ornato femenino, nos decía, sin embargo, que bajo el nombre de ornato entendemos el interés de las mujeres hecho con cremas, el rizado de sus cabellos, la desnudez de sus pechos <los escotes>, las joyas de oro y las gemas, las nuevas formas de vestir, especialmente cuando estas cosas se usan sobre lo que es costumbre o sobre el status de cada cual¹¹³. Un resumen de este problema lo proporcionaba Alois Navarino: *Facies fucata mulieris, facies Diaboli*: La cara pintada de la mujer es la cara del Demonio¹¹⁴.

Eran peligrosos los adornos en la cabeza, y varios cuentan el caso de Claudia, Virgen Vestal, que era realmente virgen, pero que era considerada mujer de mala vida porque se hacía peinar¹¹⁵. Concina indicaba que Alejandro de Alés había escrito que las que se pintan o llevan pelucas, no deben ser admitidas a la Comunión, porque éstas pecan mortalmente¹¹⁶.

Estaba el tema nuevo de las depilaciones o *afeytes*, como escribían entonces. Gavarrri, sigue la ley *Palam* del Digesto, y reitera que las que así se alían pecan por ramera y deshonestas¹¹⁷. Ezcaray era rotundo: San Cipriano había explicado “Que si las donzellas por no afeytarse han

¹⁰⁵ Op. cit., pág. 86.

¹⁰⁶ Op. cit., pág. 663.

¹⁰⁷ ALBERTIS, op. cit., pág. 14.

¹⁰⁸ Vid., por ejemplo, Celada, op. cit., pp. 6-7.

¹⁰⁹ CELADA, op. cit., p. 7.

¹¹⁰ BALDUINUS, op. cit., p. 662.

¹¹¹ BALDUINUS, p. 664.

¹¹² Op. cit., p. 663.

¹¹³ Op. cit., p. 95.

¹¹⁴ DURAND, L., *Adagia ex Sanctorum Patrum ecclesiasticorum scriptoribus monumentis prompta*, Lugduni, 1637, p. 99.

¹¹⁵ Vid., entre otros, AMBROCIO, *Custodia della castità*, Giacinto Pittante, Napoles, 1712, Parte prima, p. 25.

¹¹⁶ Op. cit., p. 87.

¹¹⁷ Op. cit., p. 191-Dorso.

de perder casamiento, que lo pierdan y no se afeyten”¹¹⁸. San Jerónimo dijo en su carta a Demetrio: Se depilan los cabellos de la frente, se la despejan y exfolian, usan colorantes, tienen las manos cuidadas, sus vestidos sin una arruga, llevan unos zapatos dolorosos, y bajo el nombre de virginidad perecen estas mujeres que se venden¹¹⁹. Estas condenas alcanzaron también a los hombres, porque Galindo nos decía que “Los Españoles hacen como las mugeres, y se afeytan el rostro, dejándolo casi sin barba, como si fueran mugeres, lo qual es ignominia”¹²⁰.

Torrecilla era más moderado en sus condena, porque explicaba que si el afeyte se hace simplemente por ostentar mayor hermosura, no excede los límites del pecado venial¹²¹. Y, prosiguiendo con este tema, añade que “Si lo dicho se hiciesse por causa justa, y como lo será en la donzella por casarse bien; y en la casada por dar gusto a su marido, o por encubrir algún defecto accidental del rostro, no sería pecado alguno”¹²². Amplía esta tesis y mantiene que si se depila según la costumbre de su patria, sin ninguna mala intención, esa mujer usa de su derecho¹²³.

Según Tamburini, el cuerpo humano es más bello que los ornatos, ya que la naturaleza supera ampliamente al arte. Una mujer puede suponer que algunos hombres la desearán al verla, pero no está obligada bajo pena de pecado grave a dejar de adornarse, porque la malicia procede de ellos, no de la condición del tocado que lleva la mujer¹²⁴. Este sector de teólogos sigue la línea de Cayetano, quien había explicado que si una mujer, por estas cosas, hace pecar a algunos, y esto es un evento remoto, no está obligada a dejar sus composturas¹²⁵. Lessius se opuso al argumento basado en la pretendida ficción: “Si por usar cremas y otros pigmentos se produce una cierta ficción, como en esto no hay detrimento de nadie, esta culpa no es mortífera. Por lo demás, en esto no hay engaño, a no ser que la mujer pretenda que quienes la vean crean que ése es su color nativo. Quienes no lo hacen con este fin, sino sólo por parecer más bellas, abstrayendo la causa por la que se quiere esto, se puede decir que esto no conlleva pecado”¹²⁶.

Lo que todos condenaban eran los excesos, fueran en los vestidos, fueran en las cremas. Albertis entiende que está mal descuidar la templanza o *temperantia*¹²⁷, y por ello, quien se excede, comete un pecado venial¹²⁸. Lessius hace una enumeración bastante completa de estos problemas cuando condena el ‘afecto desordenado’, esto es, el gran empeño o esfuerzo en estos

¹¹⁸ Op. cit., p. 54.

¹¹⁹ CELADA, op. cit., p. 9.

¹²⁰ Op. cit., p. 50.

¹²¹ Op. cit., p. 611.

¹²² Op. cit., p. 611.

¹²³ TORRECILLA, op. cit., p. 611.

¹²⁴ Op. cit., pp. 95-96.

¹²⁵ Así, DE ALBERTIS, op. cit., p. 129.

¹²⁶ Op. cit., p. 807.

¹²⁷ Op. cit., p. 10.

¹²⁸ Op. cit., p. 13.

temas, como hacen con frecuencia las mujeres, que dedican horas a ellos. Y así las mujeres jóvenes se vuelven frívolas. Además, esta falta de orden rara vez viene sola, porque casi siempre se hace por vanagloria, o por deleite, o por suscitar libido, o a todos estos vicios a la vez¹²⁹.

En esta línea Balduinus entiende que gastan un tiempo y un dinero inútil en pintarse; esto es demencia, poner tanto trabajo en no hacer otra cosa que perderte a ti misma y a los demás¹³⁰. Barbosa parece más ceñido a la realidad cuando expone que para qué tanto vestido precioso y tanto esfuerzo exquisito, y tanto dinero empleado en ellos. El marido ve cómo, por este lujo superfluo y ambicioso en los vestidos, la economía familiar peligra, por lo que las esposas que caen en estos esfuerzos tan inmoderados, se deben moderar y refrenar¹³¹.

Concina se pregunta si pecan los que venden estas cremas, o cartas para decir la suerte, o ídolos; y él mismo se contesta: “gravemente”¹³². Diana era muy de otra opinión, ya que él entendía que se podían vender cosas por las que sus compradores pecaran; lo que sucede cuando falta una causa razonable, es decir, una necesidad o una utilidad proporcionada; y así, Salas entiende también que se pueden vender cremas y vestidos a las mujeres aunque ellas fueran al adulterio¹³³.

7. LOS ESCOTES

Los autores modernos no hablaban de escotes, sino de escotados. Éste fue el tema moral que más tinta hizo gastar porque muchos no comprendían por qué, después de tantos siglos de ir vestidas las mujeres hasta la garganta, ahora habían de dejar un margen amplio entre el cuello y los pechos o bien, entre el cuello y parte de sus pechos: porque no siempre los escotes se detenían al inicio de las *mamillae*, sino que a veces descubrían parte de ellas. Las condenas fueron abundantes.

a) *En contra*

En este sentido, Gavarri escribía que las mujeres con aliños y afeites, si además van con escotados, están en perpetuo pecado mortal, “Porque si la hermosura natural de una muger sin afeyte alguno, tanto inflama los coraçones de los hombres; ¿que hace esa misma hermosura armada, con la desnudez y blancura de las carnes que muestran sus escotados?”¹³⁴ Y más, teniendo en cuenta que “Las galas, afeytes, etc. son gravemente provocativos a luxuria, sin los escotados, sino por sí solos”¹³⁵. “Porque en verdad, si ay algún trage provocativo (dice un

¹²⁹ Op. cit., p. 805

¹³⁰ Op. cit., p. 645.

¹³¹ Op. cit., col. 235.

¹³² Op. cit., p. 315.

¹³³ Op. cit., Vol. 5, p. 139.

¹³⁴ Op. cit., p. 194.

¹³⁵ Op. cit., p. 192.

Docto) es el de los escotados”¹³⁶. “Dira alguno que dicho adorno no es malo de suyo, o quando mucho es pecado venial. Respondo, que *adhuc* sea así: por razón del efecto es pecado grave de escándalo activo”¹³⁷.

Galindo y Ezcaray –aunque no son los únicos, ni mucho menos- se unen a Gavarrí en estas condenas. Aquel nos dice que “Verdad que dichos trages profanos, y escotados deshonestos han sido siempre comúnmente tenidos por pecado grave”¹³⁸, y añade que no excusa de pecado de escándalo la ignorancia, inadvertencia, duda, ni opinión probable¹³⁹. Amplía esto último diciendo que no es aceptable mantener que “Es probable que el traxe de los escotados no provoca gravemente a la lujuria después de introducido; luego es probable que las mugeres lo puedan usar sin pecado mortal a vista de la opinión más verisímil <sic> de que provocan gravemente a la lujuria”¹⁴⁰. Ezcaray descarta el perfeccionismo cuando escribe que “Tambien se dixo: “Dura cosa es que quiera este Padre que todos seamos santos” Y pregunto: ¿es quereros mal el deseáros tanto bien?”¹⁴¹.

Comienzan a desarrollarse los argumentos. “Yo os quiero conceder, no teneis mala intención, ni mirais a nadie deshonestamente; ¿mas que os aprovechara esto si sois causa de que otros os miren, y torpemente se deleyten en la vista de vuestra escutada <sic> desnudez?”¹⁴². ¿Y si hay buena intención? Galindo no admitía este tipo de buenas intenciones, y nos dice en un castellano de mala calidad: “La muger christiana, y honesta (dizen y enseñan los Maestros de la Virtud, y Religión christiana) ama su hermosura natural si ve puede ser lazo a los flacos para pecar, la debe encubrir, y aun si por modo licito puedala, debe afeár, como de muchas santas Vírgenes se lee averlo hecho”¹⁴³.

Algunas dicen que si la cara va destapada, los pechos ¿por qué no? “En la cara van los sentidos principales. La general razón no corre en traer las espaldas, ombros y pechos descubiertos”¹⁴⁴. Había una excusa que ya conocemos: ser costumbre, por lo que nadie debe asombrarse ante lo que es común. Galindo contesta que “No empero provoca mas el apetito sensual, y libidinoso, después de introducido, que antes”¹⁴⁵. Las solteras pretextan que quieren casarse, o tomar estado: pero esto es una simple excusa¹⁴⁶. Las casadas dicen que quieren agradar a sus maridos, y el omnipresente Galindo responde: “Digo ser vuestra excusa engañosa, porque si como dezís,

¹³⁶ GALINDO, op. cit., p. 33.

¹³⁷ GALINDO, op. cit., p. 34.

¹³⁸ GALINDO, op. cit., p. 8.

¹³⁹ GALINDO, p. cit., p. 54.

¹⁴⁰ GAVARRI, op. cit., p. 208.

¹⁴¹ Op. cit., p. 322.

¹⁴² GALINDO, op. cit., p. 37.

¹⁴³ Op. cit., pp. 34-35.

¹⁴⁴ GALINDO, op. cit., p. 60.

¹⁴⁵ Op. cit., pp. 61-62.

¹⁴⁶ GALINDO, op. cit., p. 46.

vuestro aliño fuera en casa, delante de vuestros maridos: Mas vemos es al contrario, pues en vuestras casas y delante de ellos andáis desaliñadas, y habiendo de salir fuera, o recibir visita, gastais gran parte de la mañana, o toda, en componeros profanamente”¹⁴⁷.

El modo correcto de vestir, según Galindo, ha de ser un “Juboncito con sus botones en el pecho, hasta la garganta”¹⁴⁸. Alberto de Albertis había dado medidas más precisas: algunos dicen que los escotes han de tener dos dedos desde la raíz del cuello a las espaldas, ombros y pecho”; pero esto es pecado grave: ha de haber un solo dedo de escotado desde la raíz del cuello¹⁴⁹. La añadidura de pecado grave para estas medidas consideradas tan excesivas no sé si son de Albertis o de Gavarri.

Todo lo que no sea esto es traje de prostitutas. “Todo traje meretricio es gravemente provocativo a luxuria; el traje profano que aquí condenamos (mayormente los excesivos escotados) es traje meretricio; luego es notablemente provocativo a luxuria”¹⁵⁰. “Si un hombre extranjero aviendo leído que “Solo las Rameras pueden según la ley, traer jubones escotados”, y encontrase en la calle tantas mugeres con jubones escotados, ¿no diría luego al punto: en esta tierra todas son mugeres publicas”?¹⁵¹. Es extraño este escándalo: Galindo se hace eco de una verdad bien sabida, que el dinero español se lo llevan los franceses con sus modas y abalorios¹⁵²: un tema sobre el que también insistió Gracián en otro contexto.

Las Autoridades han de intervenir ante estos abusos porque, como dice Galindo “De dichos daños, y su grave culpa, raras vezes escusa a las personas arriba dichas, mayormente a los Prelados, Reyes, ni Príncipes, la ignorancia vencible”¹⁵³. Efectivamente, las autoridades intervinieron. “Alejandro VII exhorta tambien a todos los Obispos, y Prelados, en su bula despachada a 30. setiembre de 1656, prohíban dichos escotados con censuras ... excomunion *latae sententiae*, como asi lo refiere el Edicto que publicó el Sr. Arzobispo de Zaragoza Gamboa el año 1671, en el que los prohibio tambien con excomuni6n *latae sententiae*”¹⁵⁴. Jaime de Corella informa lo mismo, a saber, que “El Ilmo. Gamboa, Arzobispo de Zaragoza, mando con esta pena, que no se admitieran a los sacramentos a las mugeres que llegassen con escotados profanos; y con mucha razón: porque un traje indecente es indicio de una vida relaxada”¹⁵⁵. Gavarri insiste: “Que las tales mugeres que usan de los trages escotados, son indignas de la Sagrada Comuni6n, y aunque los llevasen con buena intenci6n”¹⁵⁶. Galindo ataca en varios

¹⁴⁷ Op. cit., p. 45.

¹⁴⁸ Op. cit., p. 93.

¹⁴⁹ Citado en GAVARRI, op. cit., p. 217.

¹⁵⁰ GALINDO, op. cit., p. 32.

¹⁵¹ EZCARAY, op. cit., p. 162.

¹⁵² Op. cit., p. 101.

¹⁵³ Op. cit., p. 104.

¹⁵⁴ GAVARRI, op. cit., p. 193.

¹⁵⁵ FIGUERO, R., *Suma de la teología moral*, Barcelona, 3ª ed., 1700, p. 130.

¹⁵⁶ Op. cit., p. 193.

ocasiones a Sicardo sin nombrarlo expresamente, porque Sicardo admitía los “escotados moderados”¹⁵⁷. No tenían en cuenta lo que había indicado Bonfini, a saber, la poca eficacia de la razón para mover a la voluntad, de modo que las leyes hacen el ridículo¹⁵⁸.

b) A favor

A pesar de lo alegado en otros momentos, el mismo Gavarri declara que los escotes eran costumbre amplia: “Los escotados, por si solos, que usan oy las mas de las mugeres, y especialmente casi todas las señoras, no siendo de mucha edad...¹⁵⁹. Si negaban los sacramentos a la mayor parte de las mujeres, y especialmente a las más señoras, parece que incurrían en una actitud poco sensata y poco pastoral.

Torrecilla, muy activo en este tema, escribía que “Respondo *tamen*: que no sería pecado mortal lo dicho, con tal que se haga según la costumbre de la patria, y sin alguna mala intención”¹⁶⁰. Cita a favor de esta tesis a Santo Tomás, Cayetano, Navarro, Lessius y muchos más. “Dixe al principio: “Donde esta recebida la tal costumbre”, porque juzgo seria pecado mortal al introducirla de nuevo: como bien, con Cayetano, Funo, Navarro, y otros, lo tienen dicho Lessio, Azor y Bonacina citados”¹⁶¹.

Lessius fue bastante claro en defensa de este argumento: “Desnudando el pecho, como sostienen Cayetano, Fumus y Navarro, especialmente donde hay esta costumbre: pues esa parte se considera honesta, y ni la naturaleza ni el pudor humano exigen que se cubra totalmente”¹⁶². Torrecilla insiste: “*Imo*, ay muchos que son de sentir: que donde esto está en uso, es menos provocativo que lo contrario: y esto lo conforman los que vienen de aquellas partes de las Indias, donde las mugeres andan todo el cuerpo desnudo; los quales dizen las provocan menos, que el verlas engalanadas cuando vuelven a España. Y en sentir de otros, más provocan las mujeres tapadas de medio ojo, que las que andan con la cara descubierta; y assi dicho libro no disminuye la probabilidad de la opinión contraria, ni fuera difícil a los Autores de nuestra opinión satisfacer en individuos a los fundamentos, aunque graves, y muy eruditos, del dicho libro”¹⁶³.

Este libro a que se refiere Torrecilla fue un manuscrito enviado por el Arzobispado de Santiago de Compostela al Rey para que prohibiera los escotes, y el Rey –que no se debía considerar dotado para dictar doctrina moral- remitió este libro a la Santa Inquisición, que reunió a un Consejo de Calificadores. Pero es mejor dejar hablar a Torrecilla. “Y de este sentir fueron la mayor parte de los Calificadores, en una Junta, que se tuvo sobre el punto, de orden de su

¹⁵⁷ GALINDO, pp. 71 y 84.

¹⁵⁸ VACKLEIS, C., *Symposion trimeron, de virginitate et pudicitia coniugali dialogo III*, Francofurti, 1621, pP. 38.

¹⁵⁹ Op. cit., p. 92.

¹⁶⁰ Op. cit., p. 612.

¹⁶¹ Op. cit., p. 612.

¹⁶² Op. cit., p. 807.

¹⁶³ Op. cit., p. 612.

Magestad; que instaba el arzobispo de Santiago, sobre que mandasse prohibir los escotados en su Reyno, poniéndoselo en conciencia, y remitiendo a su Magestad para dicho fin un libro de a quartilla, que compuso para la materia el Reverendissimo y doctissimo Padre Tirso, de la Compañía de Jesus (oy meritissimo General de dicha Sagrada Religion). Su Magestad lo remitió al Consejo de la Santa Inquisición, para que le informasse de su sentir, en orden a ser pecado mortal, o no dicho caso de los escotados. Y los más de los Calificadores, que se hallaron en dicha Junta, firmaron que no: y que el tal libro (aunque doctissimo) no disimula la posibilidad de la opinión contraria”¹⁶⁴.

Torrecilla, que entiende que ésta era costumbre extendida, y que esa parte del cuerpo se juzga honesta, entendía que, bajo estas circunstancias, toda mujer usa de su derecho llevando escote¹⁶⁵. “Por lo qual, dize Lessius: que aunque la tal muger juzgue, que han de pecar algunos, no esta obligada debajo de pecado mortal a dexar el tal ornato. Y la razón es porque el tal ornato, solo remotamente provoca al mal”¹⁶⁶. Y, prosigue este autor, la tal ocasión para la lascivia – una vez que se ha sentado que el escote es solamente un peligro remoto- más viene de la malicia de tal amante que de ella. Reitera que tal mujer usa de su derecho y libertad¹⁶⁷. Y “Lo otro, porque al adornarse las mugeres para ser hermosas y ser alabadas, y ser tenidas por tales, no es pecado mortal: porque esto por sí no contiene grave desorden, sino solo una cierta jactancia y vanagloria. Ni el exceso en este ornato es *per se* pecado mortal, como con Santo Tomás, Cayetano y otros, lo tiene el sobredicho Lessius”¹⁶⁸. “De lo dicho se sigue, como se debe comportar el Confessor en dicha materia con las mujeres escotadas: porque aunque todas deben ser exhortadas a moderar el dicho ornato, con todo esso, si no quisiera dexarle alguna, no por ello se le debe negar la absolucíon”¹⁶⁹.

Torrecilla parece un hombre humilde que no quiere llevar la contraria a teólogos esclarecidos. Aunque él advierte su intención final en las últimas líneas de este capítulo, cuando indica que “Advierto empero con todos los Doctores que peca mortalmente la muger, que sin justa causa muestra las partes pudendas, o las cubren con alguna gassa, o tela, de la tal suerte diáfana, y transparente, que puedan ser vistas de otros ... como bien han dicho Lessio, Bonacina y Azor. Y assi las que usansse de semejante telilla, diáfana y tenue, no pueden, ni deben ser absueltas hasta que dexen el tal mal uso; o por mejor decir, el tal depravado, escandalosissimo e infernal abuso”¹⁷⁰.

¹⁶⁴ Op. cit., p. 612.

¹⁶⁵ Op. cit., p. 612.

¹⁶⁶ TORRECILLA, op. cit., p. 612.

¹⁶⁷ TORRECILLA, op. cit., p. 250.

¹⁶⁸ TORRECILLA, op. cit., p. 612.

¹⁶⁹ Op. cit., p. 613.

¹⁷⁰ Op. cit., p. 613.

ANÁLISIS

Neoconstitucionalismo ambiental y derechos de la Naturaleza en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano: El caso de Colombia

Environmental neoconstitutionalism and Nature's rights in the framework of the new latin american constitutionalism: The case of Colombia

LILIANA ESTUPIÑÁN ACHURY*

Profesora de Régimen Territorial y Derecho Constitucional
Universidad Libre (Colombia)

lilianaea@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0001-5233-6516>

Resumen: A pesar de no haberse consagrado un título o capítulo especial sobre los derechos de la naturaleza o la naturaleza como sujeto de protección jurídica en la Constitución Política de Colombia de 1991, algunos principios, derechos de diversas clases, consagraciones especiales o explícitas en materia de derecho ambiental y el bloque de constitucionalidad han permitido la construcción real del concepto que se puede visualizar en diversos movimientos sociales, ambientalistas y de protección de la Madre Tierra, pactos sociales y políticos de diversos actores territoriales y nacionales, y pronunciamientos jurisprudenciales “heréticos”, para la doctrina tradicional, que incluso han permitido pensar en una reforma constitucional para insertar esta novedosa categoría en el Texto Político de 1991.

Abstract: *In spite of not having consecrated a special title or chapter on the rights of nature or nature as subject of juridical protection in Colombian Political Constitution of 1991, some principles rights of diverse types, special or explicit consecrations in matters of environmental law and the block of constitutionality have allowed the real construction of the concept that can be visualized in diverse social movements, environmentalists and protection of mother earth, social and political pacts of various territorial and national actors, and jurisprudential pronouncements “heretical”, for the traditional doctrine, which have even allowed to think of a constitutional reform to insert this novel category in the Political Text of 1991.*

Recepción: 11/05/2020

Aceptación: 22/05/2020

Cómo citar este trabajo: ESTUPIÑÁN ACHURY, Liliana, “Neoconstitucionalismo ambiental y derechos de la Naturaleza en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano: El caso de Colombia”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, nº 1, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 127-143, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i1.6>.

* Resultado parcial del proyecto de investigación y cooperación: Erasmus OPT-IN en paz, interculturalidad y derechos de la naturaleza. Proyecto financiado por la Unión Europea y adscrito al Grupo de Investigación Estudios Constitucionales y de la Paz, de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre – Sede Principal. Resultado de la fase de investigación posdoctoral en Derecho Constitucional, realizada durante el año 2019 en la Universidad de Valencia bajo la tutoría de los profesores Rubén Martínez Dalmau y Roberto Viciano Pastor. Capítulo publicado en la obra colectiva “La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático”.

Palabras claves: derechos de la naturaleza, ecología capitalista, nuevo constitucionalismo latinoamericano, constitucionalismo andino, Colombia, Ecuador, Bolivia y derecho ambiental.

Keywords: *rights of nature, capitalist ecology, new latin american constitutionalism, andean constitutionalism, Colombia, Ecuador, Bolivia and environmental law.*

Sumario: 1. LO NUEVO ES LO ANCESTRAL, LO QUE NUNCA DEJARON PERVIVIR LAS LÓGICAS BLANCAS Y EUROCÉNTRICAS. 2. TRANSFORMACIÓN EPISTEMOLÓGICA Y REDESCUBRIMIENTO DE LO ANCESTRAL EN LAS NUEVAS CONSTITUCIONES O LECTURAS CONSTITUCIONALES. 3. LA TÍMIDA APUESTA AMBIENTAL DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, EN CLAVE DE NEOCONSTITUCIONALISMO. 4. CON PEDAZOS DE ESTRELLAS INVENTAMOS MUNDOS. LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO DE LA NATURALEZA EN COLOMBIA. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. LO NUEVO ES LO ANCESTRAL, LO QUE NUNCA DEJARON PERVIVIR LAS LÓGICAS BLANCAS Y EUROCÉNTRICAS

Un pensamiento milenario se ha convertido en paradigma constitucional moderno para algunos países de América Latina y de otros lugares del mundo. Pensamiento arrebatado por siglos de homogeneidad, colonialidad y sujeción ideológica. A pesar de ello, la unidad entre el hombre y la Madre Tierra o la naturaleza ha estado presente en la mayoría de las culturas indígenas latinoamericanas. Dios era y es la propia naturaleza. Ni sujeto ni objeto; lo era todo y lo es todo. Los hombres, apenas, una parte ínfima del cosmos.

Algunos grupos étnicos lograron cuidar su filosofía y pensamiento, se arraigaron en sus territorios ancestrales y lograron conservar sus instituciones y formas de ver el mundo, la justicia y la cultura, muy a pesar de la violencia a la que fueron sometidos, de las imposiciones religiosas, ideológicas, sociales y económicas de la colonialidad y el imperio.

Su forma natural de ver el mundo pervivió durante varias centurias y afloró en el siglo XX ante los diversos conflictos, las luchas por sus territorios, la pretendida homogeneización de Occidente, la cruz y la biblia y el modelo de desarrollo que ha arrasado con ríos, bosques, selvas, montañas, sitios sagrados, mares, aire, tierra y todo.

Aun los más occidentalizados, buscaron en su ADN cultural la resistencia y las formas decentes de relación entre el hombre y la naturaleza, como un todo. Movimientos sociales, políticos, culturales se han observado en esta línea. Poco a poco, han participado del poder popular y soberano en asambleas constituyentes y han dejado su impronta en la forma de concebir el mundo en los textos constitucionales. Unos menos arriesgados que otros, pero, al fin y al cabo, toda una transformación epistemológica que promete consagrarse en las próximas décadas o siglos.

Así, las constituciones blancas, o de simple élite, mutaron en algunos lugares del mundo e incluyeron, unas en mayor medida que otras, algunos principios e incluso cosmovisiones que dieron lugar a una transformación que ya se venía gestando en los territorios.

En otros países, con constituciones liberales y de corte antropocéntrico, tímidas en la consagración de principios ancestrales o de enfoque ambiental, serán los jueces, los operadores jurídicos, las comunidades, los líderes sociales y ambientales los autores o gestores de nuevas interpretaciones y polémicas lecturas sobre la relación entre los hombres y la naturaleza, o mejor, sobre la dominación de la naturaleza por la soberbia del hombre.

2. TRANSFORMACIÓN EPISTEMOLÓGICA Y REDESCUBRIMIENTO DE LO ANCESTRAL EN LAS NUEVAS CONSTITUCIONES O LECTURAS CONSTITUCIONALES

Sin duda, el caso colombiano es emblemático frente a esta última perspectiva. Aunque ligado al denominado enfoque ambiental, conforme se lee en su Texto Político de 1991. Muy a tono con las preocupaciones nacionales e internacionales sobre el impacto del capitalismo en la tierra y sus nefastas consecuencias.

Esta Constitución se identifica como ecológica, marcadamente antropocéntrica, pero fundamental para la construcción normativa e incluso jurisprudencial sobre el tema. En este último punto, es evidente que Colombia ha construido unos fallos o unas sentencias emblemáticas que hoy son citadas en diversas partes del mundo. A tal punto que se habla de una posible reforma constitucional para insertar un capítulo en la Constitución Política sobre los derechos de la naturaleza (“Buscan reformar la Constitución para declarar a la naturaleza como sujeto de derechos”, 2019). La transformación va en camino, las comunidades y los jueces han hecho una lectura que va más allá del tradicional derecho ambiental. En este aspecto, se reitera el papel de los actores internacionales y nacionales en hacer más explícito o agresivo en los textos constitucionales el enfoque ambiental creado bajo las lógicas occidentales o de capitalismo ecológico, la misma idea para las construcciones legislativas y jurisprudenciales.

Como se observa, en este tema confluyen varios actores. Por una parte, sociedades marcadamente indígenas, abandonadas por siglos y dominadas por lógicas blancas o europeas, que lograron a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI tener un espacio digno en los procesos constitucionales que se gestaron en Ecuador y en Bolivia. Incluso, una mínima participación, pero fundamental, en el marco de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991¹. Sus Estados, historias y configuraciones culturales, nacionales y humanas dieron lugar al inicio

¹ LONDOÑO, B., (s.f.) señala: “Con la elección de dos constituyentes indígenas, Lorenzo Muelas (20.083 votos) y Francisco Rojas Birry (25.880 votos), se empezó a reconocer una realidad que hasta entonces había sido invisible para nuestro país: su evidente carácter multiétnico y pluricultural. La fuerza y el empuje de estos dos constituyentes fue evidente y marcó avances significativos en la Constitución de 1991. Su influencia fue notoria en tres aspectos que deben señalarse: 1. el ordenamiento territorial; 2. la apertura de espacios políticos y sociales de participación para los indígenas y los demás grupos étnicos, en especial la circunscripción especial indígena para el Senado y la circunscripción especial para los grupos étnicos; 3. el reconocimiento del carácter multiétnico y pluricultural de nuestro país y la garantía a derechos territoriales y culturales de los indígenas en la nueva Constitución”.

del constitucionalismo plural en América Latina junto con las correspondientes consecuencias que ello implica. Por otra parte, comunidades, actores nacionales e internacionales en clave de protección de la tierra, los territorios, consulta previa y popular, protesta social y las tensiones propias que suscita el modelo extractivista y de consumo que no tiene corazón verde.

Tanto Ecuador como Bolivia permiten una nueva lectura en clave de pluralismo jurídico, pluralismo constitucional, plurinacionalismo, pluriethnicidad, interculturalidad, diversidad, pensamiento complejo e inclusivo². Nuevos principios, nuevas lecturas. Aun así, estos dos procesos constitucionales presentan en sus textos y en sus prácticas significativas diferencias. Por ejemplo, en materia de consagración de derechos de la naturaleza, la explícita mención en la Constitución ecuatoriana del año 2008 (Capítulo séptimo del Título II), única apuesta de esta clase en el mundo, o el desarrollo legislativo del caso boliviano (Ley 300/2012 –Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien–) a partir de los principios y enfoques consagrados en su Texto Político. Su concreción ha sido también diferente y compleja, muy marcada por el enfoque extractivista que también ha sido desarrollado por los gobiernos de centro o de izquierda en América Latina.

En general, todas estas nuevas construcciones epistemológicas y constitucionales no fueron borrón y cuenta nueva; más bien el cruce de las viejas instituciones, liberales individuales y sociales, con las necesidades y cosmovisiones ancestrales. Las miradas ancestrales, la costumbre, las formas políticas y de relacionarse con el territorio y la naturaleza ya existían y se resistían a morir, a pesar de la embestida colonial y del movimiento hegemónico del constitucionalismo liberal.

Varios de los capítulos que reposan en esta publicación hacen referencia a los momentos preconstitucionales, constitucionales y posconstitucionales que se vivieron en Ecuador y Bolivia. Hasta los juristas más tradicionales han tenido que volcar su mirada a las formas “excéntricas”, para ellos, y ancestrales que han adoptado las nuevas constituciones y su cruce con las instituciones liberales gestadas durante siglos tanto en Europa como en Estados Unidos. Las categorías tradicionales de formas de Estado, gobierno, derechos, tribunales constitucionales, etc., han mutado, se han cruzado, han sido objeto de mestizaje y de nueva construcción. El mismo caso para el constitucionalismo ambiental que ha tenido que conciliar con líneas más radicales en materia de protección de la naturaleza (textos políticos con categorías tradicionales y radicales, compleja hibridación).

Del viejo Estado nación a la lógica plurinacional; de Estado unitario o Estado regional a “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías” (caso de Bolivia). O, como fue llamado por Ecuador: “Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático,

² WOLKMER, A., *Pluralismo jurídico fundamentos de una nueva cultura del derecho*, 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2018.

soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”. Bajo cualquier mirada, esta clase de identificaciones trastocan el derecho constitucional tradicional³.

De los principios de dignidad, unidad, igualdad, inclusión, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, armonía, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución, que aún se invocan en dichos textos constitucionales (Constitución de Bolivia), propios del constitucionalismo liberal y social, a los principios de “*ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi mararei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble)” (Constitución de Bolivia).

En la misma orientación, la consagración del principio del buen vivir de la Constitución ecuatoriana, el derecho humano al agua como fundamental e irrenunciable, la soberanía alimentaria, *sumak kawsay*, identidad cultural, consulta previa, libre e informada y todo un capítulo de reconocimiento de derechos de la naturaleza o Pacha Mama, reconocida como el espacio en donde “se reproduce y realiza la vida (y el cual tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y) regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y proceso evolutivos” (Constitución de Ecuador), así como a la restauración y el principio de precaución. Cruce de diversas formas de entender la naturaleza y el derecho ambiental.

También, para el caso de Ecuador, la consagración de un sistema económico social y solidario, el ser humano como sujeto y fin en una relación dinámica entre sociedad, Estado y mercado, todo en armonía con la naturaleza y el buen vivir. Buenos propósitos que en la práctica han sucumbido ante el modelo neoliberal y el extractivismo, aun así, no menos importantes y necesarios.

Los preámbulos de estas constituciones, toda una poesía milenaria hecha política, hablan por sí solos de las tensiones entre las diversas formas de Estado, de gobierno, de principios, de valores, de derechos, de modelos económicos, de nacionalidades, entre otros temas que perviven de diferente forma en estos textos políticos. Lo nuevo era lo ancestral, lo que nunca tuvo respeto ante la homogeneidad de la dominación. Lo que se resistió a morir.

Estos dos preámbulos lo dicen todo: marcan la filosofía de los textos constitucionales de 2008 y 2009. Cruce de tradiciones constitucionales, pero resistencia, decolonización y pervivencia del pensamiento indígena y plural de estos países. Madre Tierra, pacha mama y consagración de los derechos de la naturaleza transforman poco a poco el discurso occidental del derecho ambiental, aun así, estas categorías conviven.

Preámbulo de la Constitución de Ecuador del año 2008:

³ PAVANI, G.; y ESTUPIÑÁN ACHURY, L., “Mutaciones del Estado Unitario en América Latina. Nuevos Rasgos Metodológicos para el Estudio de los Procesos de Descentralización”, *Plurinacionalismo y Centralismo: Tensiones del Estado Unitario en América Latina* (ed. Giorgia Pavani y Liliana Estupiñán Achury) Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2017, págs. 101-159.

NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador

RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos,

CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia,

INVOCANDO el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad,

APELANDO a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad,

COMO HEREDEROS de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo,

Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro,

Decidimos construir

Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay;

Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades;

Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana – sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; y,

En ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, nos damos la presente: CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

Preámbulo de Constitución de Bolivia del año 2009:

En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra Amazonía, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia.

El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.

Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país.

Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia.

Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia.

Estos preámbulos hablan de una nueva fase del derecho constitucional en clave de Madre Tierra, incluso más allá del concepto de derechos de la naturaleza. Se apartan del preámbulo de la Constitución Política de 1991 (Colombia), tan marcadamente neoconstitucional, aunque leída como pionera de la transformación constitucional que se suscita tanto en Ecuador como en Bolivia.

Preámbulo de la Constitución Política de Colombia de 1991:

El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia.

Por supuesto, aunque dicha Constitución dista de los avances presentados en los textos políticos de 2008 y 2009, fue fundamental para avanzar en la construcción de un Estado que para la fecha de su promulgación se veía inviable y fallido. También, como ya se ha dicho, fue el punto de partida de las nuevas construcciones constitucionales en América Latina.

Aunque en medio de conflictos y coyunturas complejas (abandono, injusticia, discriminación), en los escenarios extraordinarios “del Sur” han emergido diversas corrientes jurídicas que tienen como horizonte la paz, la dignidad y la naturaleza, que aúnan tantas visiones del mundo y, en efecto, un abanico de nociones de justicia que han sido el detonante de diversos

pluralismos jurídicos (ambientales, indígenas, sociales y de paz...), estas propuestas han sido difíciles de desarrollar, pues la mirada antropocéntrica, clásica y neoliberal-extractivista aún prevalece.

3. LA TÍMIDA APUESTA AMBIENTAL DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, EN CLAVE DE NEOCONSTITUCIONALISMO

La temerosa apuesta de la Constitución Política de 1991 en materia ambiental puede tener diversas explicaciones. Para entenderlo, hay que recordar las características del denominado constitucionalismo andino o nuevo constitucionalismo latinoamericano. Según RAMIRO ÁVILA, la Constitución de Montecristi tiene seis instituciones que no tienen origen en el constitucionalismo liberal ni en la tradición constitucional de América Latina. La gran originalidad, según el profesor ecuatoriano, es que por primera vez estas características se plasmaron en textos constitucionales, precisamente para el caso de Ecuador y Bolivia, así como los desarrollos jurisprudenciales audaces del constitucionalismo en Colombia y la justicia comunitaria para el caso de Perú:

[...] Plurinacionalidad, la pachamama, el sumak kawsay, la democracia comunitaria, la justicia indígena y la interculturalidad. Estas incipientes instituciones marcan una diferencia sustancial y profunda en el constitucionalismo latinoamericano, que suelen pasar desapercibidas, en particular, entre los juristas y los constitucionalistas⁴.

Esta nueva forma de leer el derecho va más allá del mundo tradicional y ordinario. La introyección del pluralismo jurídico y de todas estas nuevas categorías solamente pueden ser explicadas, aprendidas y reconstruidas en clave de Sur. Estas nuevas lógicas permiten reconocer diversas nacionalidades, asimetrías, sistemas jurídicos, autonomías, nuevas formas de concebir el “desarrollo”, la felicidad y las relaciones entre el hombre y la naturaleza.

Por su parte, las características del denominado neoconstitucionalismo están presentes en las nuevas constituciones, a manera de hibridez, aunque matizadas o mutadas conforme el contexto. Para el caso colombiano, esta impronta hace de las suyas en la Constitución Política de 1991. Este proceso, de comienzos de los noventa, tiene un contexto que justifica su marca liberal y social, bastante revolucionaria y de avanzada para la época. De hecho, VICIANO y MARTÍNEZ DALMAU⁵ la tildan de pionera en materia de nuevo constitucionalismo latinoamericano. Un texto que encontró en la pluma de algunos jueces constitucionales una lectura más amplia y de sentido plural que ha marcado al constitucionalismo tanto de América Latina como del mundo.

La Constitución inicial o de 1991, que ha tenido más de cuarenta reformas a la fecha⁶, algunas de ellas bien alejadas del espíritu inicial del constituyente primario, presenta en su seno la

⁴ ÁVILA, R., *Neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la constitución de 2008*. Abya Yala / Universidad Andina Simón Bolívar / Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2011, págs. 27-32.

⁵ VICIANO PASTOR, R.; MARTÍNEZ DALMAU, R., “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, *El Otro Derecho*, núm. 48, pp. 63-84, 2013.

⁶ VELÁSQUEZ, C., ¿Qué tan pisoteada ha sido la Constitución del 91? *KienyKe*, 17 de febrero de 2019.

contradicción propia de la mayoría de las constituciones en América Latina: modelo económico social y neoliberal, lo cual explica las innumerables tensiones y conflictos existentes. Dicho texto contiene los elementos propios del Estado de derecho, por supuesto marcados por las características atinentes al Estado constitucional y social de derecho: fortalecimiento de la democracia, enfoques participativos, reconocimiento del pluralismo jurídico, identificación de espacios pluriétnicos, aparte de los propios del mundo neoconstitucional: constitución normativa y vinculante, que además condiciona todo el ordenamiento jurídico, eficacia y aplicación directa del texto constitucional; acciones constitucionales, tribunal constitucional de cierre, control de constitucionalidad y últimamente de convencionalidad; principios, valores, reglas y ponderación; rigidez constitucional y conexión entre derecho y moral⁷.

Características que no logran identificar con plenitud los seis elementos señalados por ÁVILA para tener las condiciones de constitucionalismo andino. Aun así, un texto fascinante por las dificultades en que se produce y por significar una transformación en la calidad de vida de millones de personas, además de abrir los espacios para la construcción de democracia y de paz, todavía en ciernes y de difícil concreción y completitud.

El punto de inflexión con el positivismo legalista se produjo con la Constitución Política de 1991 que, a decir verdad, fue más un tratado de paz que otra “carta de batalla”⁸. Como la mayoría de las constituciones de finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI, muchos venenos se inocularon en estos momentos constitucionales aupados bajo la crisis del modelo económico.

Para el caso colombiano, se sostiene que el asunto del modelo económico fue la máxima causa del cambio institucional; los demás hechos fueron utilizados para ambientar el momento, y por ello la nueva Carta Constitucional se caracterizó por incluir “las distintivas del modelo neoliberal”⁹. Quizás esta sea una de las razones de las tímidas incursiones del criterio ambiental y antropocéntrico de esta nueva normativa. También es cierto que el momento histórico todavía no daba para tamaños desafíos y construcciones constitucionales en lógica andina.

Recuperado de <https://www.kienyke.com/politica/reformas-constitucion-1991>.

⁷ PRIETO SANCHÍS, L., “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, (ed. Miguel Carbonell), Madrid: Trotta, 2003; BENAVIDES ORDÓÑEZ, J., “Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región Andina. *Ius Humani*”, *Revista de Derecho*, núm. 5, 2016, pp. 173-188; AA.VV, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *The Democracy Papers* No. 5, Trabajo presentado en panel Congreso 2012 de LASA (Latin American Studies Association), 2012; GIL RENDÓN, R., “El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales”, *Quid iuris* (Chihuahua), núm. 12, 2011, 2011, pp. 43-51.

⁸ Expresión ingeniosa por el jurista y profesor VALENCIA VILLA, para referirse a las diferentes constituciones de Colombia que, como dice en el texto *El derecho de los jueces*, “han tenido siempre algo en común: la dependencia y la manipulación a las que son sometidas según las conveniencias y los intereses del gobierno de turno, convirtiéndose así en verdaderas fichas de estrategia utilizadas como cartas de batalla”. VALENCIA VILLA, H., *Cartas de Batalla*, Bogotá: Panamericana, 2010.

⁹ AHUMADA, C., *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*, El Áncora, Bogotá, 2002, pág. 196.

La Constitución de 1991 tiene elementos del constitucionalismo liberal, social y neoconstitucional, pero en la pluma de los jueces dichas apuestas se han transformado en interesantes herejías constitucionales y algunos pronunciamientos muy propios del Sur y de nuevas epistemologías.

Este modelo constitucional inspiró la creación de diversas clases de lecturas y justicias: las sentencias herejes¹⁰, lo cual ya habla bien del texto y del nuevo ejercicio hermenéutico (dosis personal, eutanasia, ley de cuotas, los derechos de los niños, etc.). Asimismo, el tema de la justicia constitucional indígena y de sus territorios, hoy, por ejemplo, en proceso de reafirmación territorial, esto es, de los viejos resguardos a verdaderas entidades territoriales (así sea de manera transitoria, tal como dispone el Decreto No. 1953 de 2014) y las prerrogativas territoriales que esta situación conlleva en materia de distribución de competencias, participación en las transferencias intergubernamentales y su incidencia en el mejoramiento de nivel de vida y administración propia o autogobierno. Además del reconocimiento de la jurisdicción indígena, tan respetuosa de las lógicas ancestrales y culturales, pero tan ligada a la lectura y cierre del Texto Político y constitucional¹¹.

En general, el modelo constitucional de raigambre participativo, con total afinidad histórica y cultural con el modelo de Estado social y democrático de derecho, se ha convertido en una forma de reivindicar la voz de los pueblos que alguna vez fueron reducidos por la colonización (paradigmáticas sentencias, al unísono de diversos artículos constitucionales (2, 7, 40 y 330), y del Convenio 169 de la OIT (que versa sobre pueblos indígenas y tribales), se han proferido en pro de los derechos de las comunidades indígenas y demás grupos étnicos cuando ejercicios de democracia local, verbigracia, la consulta popular, han sido conculcados).

No existe una mención expresa al tema de los derechos de la naturaleza en la Constitución Política de 1991, ni en el preámbulo ni en los artículos iniciales de la Constitución que señalan los grandes principios fundamentales. Sin embargo, en el artículo 8º del Texto Constitucional se lee: “Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”. Más adelante se habla de los derechos sociales, económicos y culturales, de manera especial, se lee el artículo 49 que dispone sobre la responsabilidad del Estado en la organización, dirección y reglamentación de la prestación de los servicios de salud de los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

También reposa un capítulo especial dedicado al tema de los derechos colectivos y del ambiente, en el cual se resalta que todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano y la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Además del deber del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente, la conservación de áreas de especial importancia ecológica y el fomento de la educación para el logro de estos fines

¹⁰ GAVIRIA DÍAZ, C., *Sentencias. Herejías Constitucionales*, D.F.: Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

¹¹ Otro aspecto trascendental ha sido el desarrollo de la figura de la consulta previa: derecho fundamental que les asiste a las comunidades indígenas de decidir en pleno ejercicio de la democracia participativa sobre las medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlas en sus derechos e identidad originaria.

como una responsabilidad del Estado (artículo 79). También señala como una responsabilidad de este, el de realizar una planificación para efectos del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, con miras a garantizar su desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución. Esto, aparte de su papel de prevención y control de los factores de deterioro ambiental e imposición de sanciones legales y exigencia de reparación de los daños causados. Así como la cooperación con otras naciones, tal como lo señala el texto constitucional en su artículo 80, para la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

Se adicionan otros artículos sobre la prohibición de fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares, y su utilización, de acuerdo con el interés nacional (artículo 81 de la Constitución Política) y el de velar por la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular (artículo 82). Finalmente, se señala que las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común. Estos artículos deberán leerse en clave de principios, derechos y del bloque de constitucionalidad, consagrado en el artículo 93 del Texto Político.

Como se puede observar, la Constitución Política de Colombia es diferente a las de Ecuador y Bolivia. Hace parte del reconocimiento del tema ambiental propio de finales del siglo XX. Es un texto tradicional en lógicas de derecho ambiental, lo que ha sido tildado como constitucionalismo ecológico o ambiental, que, si bien procede de una necesidad de reivindicación y emancipación de la cultura y la naturaleza, aún es demasiado antropocéntrico, o al menos lo es en comparación con los compromisos ecocéntricos de otras constituciones o la transformación del paradigma epistemológico en clave de Sur¹².

4. CON PEDAZOS DE ESTRELLAS INVENTAMOS MUNDOS. LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO DE LA NATURALEZA EN COLOMBIA

Más de veinte años de construcción constitucional, ambiental, de conflictos, de reivindicaciones sociales y de nuevos rumbos del derecho en el mundo han incidido en la creación de una pluma diferente para los jueces o los operadores jurídicos, actores territoriales, comunidades y movimientos. La lectura de diversos sectores en materia ambiental ha mutado en Colombia. Surgen interpretaciones plurales que han reconocido nuevas categorías, todas construidas en una hermenéutica de conciliación entre el hombre y la naturaleza. Por supuesto, dichas

¹² Sin embargo, “dignos desarrollos por vía jurisprudencial hoy se deben celebrar. Antes las tutelas provenían de las comunidades; hoy son las propias multinacionales (caso Mansarovar Energy Colombia Ltd.) quienes acuden a esta acción constitucional para dar por no válida la consulta popular realizada por los municipios que se niegan a la exploración de hidrocarburos en sus territorios”. ESTUPIÑÁN ACHURY, L.; ROMO, M. “La construcción de la justicia transicional de cierre de guerra en Colombia: una lectura en clave de Sur y pluralismo”, *Constitucionalismo transicional en Colombia: el derecho a la paz como un deber de construcción dialógica*, (ed. Estupiñán Achury), Universidad Libre, Bogotá, 2018, pág.29; cfr. PALOMARES, J., “Duro tatequieto a las empresas mineras: debate hoy en la Corte Constitucional. El Espectador, 12 de abril de 2018. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/duro-tatequieto-las-empresas-mineras-debate-hoy-en-la-corte-constitucional-articulo-749590>.

lecturas son problemáticas para muchos, pero tranquilizadoras para otros, al cambiar el ritmo antropocéntrico por el ecocéntrico, o mejor, por el reconocimiento de la Madre Tierra y el papel depredador de uno de sus hijos: los animales racionales.

Actores políticos territoriales como los actuales (para la fecha de entrega de este capítulo) gobernadores de los departamentos (niveles intermedios de Colombia) de Nariño (Camilo Romero) y Boyacá (Carlos Amaya) han realizado un pacto político, en el marco del bicentenario, para declarar la naturaleza como sujeto de derechos, “expedir decretos [...] para garantizar los derechos a los campesinos, prohibir el asbesto y los plásticos de un solo uso en la contratación pública” (“Gobernadores firman pacto para declarar a la naturaleza como sujeto de derechos”, 2019), así como el icopor. Este es un hecho insólito en la construcción de un constitucionalismo distinto que no va a dar vuelta atrás, pero que genera demasiadas resistencias.

También el papel de la comunidad, por no hablar en este documento del trascendental ejercicio democrático que han realizado las comunidades étnicas en desarrollo de la consulta previa y la protección de sus territorios ancestrales¹³.

Las comunidades, arropadas por el principio de la autonomía territorial y la democracia participativa, han impulsado más de 41 consultas populares, de las cuales, según datos de la Registraduría Nacional, 10 corresponden a consultas populares relacionadas con el tema minero y de vocación de sus territorios en el marco de la democracia participativa. Consultas que han rechazado la minería en sus territorios y que hoy han sido desvirtuadas por la Corte Constitucional, a partir de un fallo que desconoce el alcance del principio de la autonomía territorial, la democracia participativa y la posibilidad que tienen los pueblos de proteger sus vocaciones territoriales, el agua, el medio ambiente, la seguridad alimentaria y los derechos de la naturaleza. Por supuesto, bajo una lectura amplia del texto político de 1991. Al respecto, GIRALDO realizó una excelente síntesis¹⁴:

Preocupante sentencia SU-095/2018 de la Corte Constitucional colombiana que revoca una decisión de un tribunal que declaraba constitucional una pregunta realizada en el marco de una consulta popular en la que se interrogaba a los pobladores de un municipio si estaban o no de acuerdo con la realización de actividades mineras en su territorio. Lo más complejo es que el caso llega al Alto Tribunal por una tutela interpuesta contra esta providencia emitida por el tribunal administrativo por parte de una multinacional: *Mansarovar Energy Colombia Ltd.*

En esta sentencia decidió la Corte Constitucional que, pese a la autonomía territorial, no era competencia de los entes territoriales decidir mediante mecanismos de participación ciudadana si se realizan o no actividades de extracción minera, puesto que el titular de los derechos sobre el subsuelo es el Estado, por ende, compete a las autoridades del orden

¹³ RODRÍGUEZ, G. A., *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*, Ibáñez, Bogotá, 2014.

¹⁴ GIRALDO GÓMEZ, J., “Consultas populares mineras, ¿en qué quedó la autonomía territorial y la democracia participativa?” *Ámbito Jurídico*. 17 de noviembre de 2018. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/administrativo-y-contratacion/consultas-populares-mineras-en-que-queda-la>

nacional decidir qué hacer con ellos.

“En lo que se refiere a las llamadas *restricciones competenciales del pueblo en la consulta popular*, la Corte Constitucional ha señalado de forma expresa la imposibilidad de realizar consultas populares sobre asuntos ajenos a las competencias de las autoridades territoriales o sobre aquellos que tengan incidencia en los asuntos nacionales o departamentales” (Corte Constitucional, Sentencia SU-095/2018). Este pronunciamiento es antecedido por otras sentencias más generosas con el uso y el alcance del principio de la autonomía territorial, un giro democrático que venía dando la Corte desde el año 2014¹⁵. Sin embargo, el embrujo o el amor por lecturas más amplias y democráticas del principio de autonomía no duró más de cuatro años. La manecilla del reloj, tan vulnerable, giró al extremo centralizador del mundo extractivista, y los pueblos, por ahora, han quedado desprotegidos para la protección de sus territorios. El mercado en tensión con visiones más amables de protección de los territorios y la naturaleza.

A pesar de este pronunciamiento, no se puede desconocer que precisamente los jueces constitucionales son quienes están desempeñando un papel protagónico en lo atinente al reconocimiento de los derechos de la naturaleza, dándole incluso el estatus de *sujeto* de protección a cargo del Estado a entidades que, a pesar de que hace años se salvaguardan constitucionalmente, no habían dejado de tratarse como *objetos* a disposición de los humanos. En la Sentencia T-622/2016, por ejemplo, se revolucionó la forma clásica, en tanto antropocéntrica, de concebir solo “al hombre” como sujeto de derechos al ampliar dicha categoría al río Atrato.

Esta sentencia, por cierto, emblemática en América Latina, guarda correspondencia con el caso del río Vilcabamba¹⁶: antecedente más importante de los derechos constitucionales de los ríos. En la Sentencia del río Atrato se tutelaron los derechos fundamentales a la vida, la salud, el agua, la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, la cultura y el territorio de las comunidades étnicas (Corte Constitucional, T-622/2016).

¹⁵ “Sobre las tensiones que se presentan entre la competencia que tiene la entidad municipal para ordenar el desarrollo de su territorio y, más concretamente, la que tiene el concejo o la corporación político-administrativa de la entidad local para reglamentar los usos del suelo frente a la competencia que tiene el Estado sobre la exploración y explotación minera, la Corte Constitucional condicionó la constitucionalidad del artículo 37 del Código de Minas, “en el entendido que, en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas las medidas necesarias para la protección del ambiente sano y, en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política”. (Corte Constitucional. Sentencia C-123 de 2014. Magistrado ponente: Alberto Rojas Ríos). No obstante, valga precisar que por medio de la Sentencia C-273 de 2016, la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 37 del Código de Minas. Según la Corporación, la prohibición legal citada desconocía la reserva de ley orgánica por tratarse de una norma contenida en una ley ordinaria que se refiere a la distribución de competencias entre la nación y las entidades territoriales, en este caso, la reglamentación del uso del suelo” (Estupiñán, 2018, p. 219). Así mismo, la Corte Constitucional reforzó este precedente en materia de garantía del principio de autonomía territorial con la sentencia T-445 de 2016.

¹⁶ Corte Provincial de Loja, Sala Penal. Acción de Protección No. 11121-2011-0010.

Para el Alto Tribunal, la denominada

Constitución Ecológica [...] está muy lejos de ser una simple declaración retórica en la medida en que comprende un preciso contenido normativo integrado por principios, derechos fundamentales y obligaciones a cargo del Estado.

[...]

De este modo, la Constitución y la jurisprudencia constitucional, en armonía con los instrumentos internacionales, se han decantado en favor de la defensa del medio ambiente y de la biodiversidad, en beneficio de las generaciones presentes y futuras, consagrando una serie de principios y medidas dirigidos a la protección y preservación de tales bienes jurídicos, objetivos que deben lograrse no solo mediante acciones concretas del Estado, sino con la participación de los individuos, la sociedad y los demás sectores sociales y económicos del país. (T-622/2016)

Esta sentencia reconoce “al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas”. Ordenó al Gobierno nacional a ejercer tutoría y representación legal de los derechos del río, “*restablecer los derechos de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato*, especialmente en lo que tiene que ver con la recuperación de su cultura, participación, territorio, identidad, modo de vida y actividades productivas, incluida la pesca, la caza, la agricultura, la recolección de frutos y la minería artesanal”. Estas medidas de protección, entre otras, para el Estado, entidades territoriales, etc., con miras a lograr el restablecimiento de derechos fundamentales y la protección de la naturaleza.

A este pronunciamiento se le agrega la connotación como sujeto de derechos que la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil, STC 4360-2018) le dio a la selva amazónica, víctima de intensa deforestación que se aproxima al peligroso punto de “no retorno”, luego de reafirmar su calidad de “pulmón del mundo” y “eje ambiental del planeta” (Estupiñán y Romo, 2018, p. 31).

La sentencia de la Corte Suprema de justicia culpa a la hegemonía del desarrollo humano como responsable del gran deterioro a la naturaleza y de la correspondiente reparación de los daños. Solidaridad de especie con los no nacidos y solidaridad directa con la naturaleza por pertenecer a esta, y no al revés. Respetar la naturaleza implica respetarse a sí mismo por ser parte de esta. “La conservación de la Amazonía es una obligación nacional y global, se trata del principal eje ambiental existente en el planeta, por tal motivo se le ha catalogado como el “pulmón del mundo”. Agrega: “Por tanto, en aras de proteger ese ecosistema vital para el devenir global, tal como la Corte Constitucional declaró al río Atrato, se reconoce a la Amazonía Colombiana como entidad, “sujeto de derechos”, titular de la protección, de la conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las entidades territoriales que la integran” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC 4360-2018).

Estas sentencias, acordes a un Estado pluralista, en tanto reivindicador de la biodiversidad y proliferación de la cultura, han sido posibles por una constitución normativa que le apostó a la reconstrucción de un país que hasta entonces solo había conocido la violencia. Así pues, primero la Carta Política del 91 le abrió el camino a diversos proyectos de paz y pluralismo,

luego los jueces y demás sectores se sumaron a tamaños propósitos de reinversión nacional y reconciliación con la naturaleza.

Pero lo ambiental para el caso colombiano debe ir más allá y ser cruzado con la paz, la autonomía territorial, los temas de consulta previa, los territorios indígenas, la protección del agua y la seguridad alimentaria frente a las lógicas extractivistas que imperan en el modelo económico colombiano y de la mayoría de los Estados de América Latina.

Por ello, también se resalta en este escrito la relación que ya se observa en la construcción de la justicia transicional entre conflicto y Madre Tierra (en el marco de la Justicia Especial para la Paz). A propósito de esto, la Unidad de Investigación y Acusación –UIA– reconoció que en el marco del “conflicto armado colombiano se adelantaron múltiples acciones que, de manera intencional, accidental o negligente, ocasionaron daños y alteraciones sobre los ciclos naturales de los ecosistemas, con efectos temporales o permanentes”¹⁷. Una vez reconocido esto, ÁLVAREZ SANTOYO, director de la UIA, señaló lo siguiente: “La Unidad de Investigación y Acusación está comprometida con el reconocimiento del ambiente como víctima silenciosa del conflicto y con la búsqueda de mecanismos para su reparación efectiva, propendiendo por garantizar la no repetición”¹⁸.

Por último, valga señalar que, en Colombia, la protección de la naturaleza “se paga con la vida”¹⁹, tal como lo señala Francia Márquez, premio Goldman, considerado como el Nobel ambiental. Si en cualquier país y contexto pensar en la protección de la naturaleza o la naturaleza como sujeto de derechos, ya constituye una herejía contra el modelo económico y el mercado, en Colombia, además, se convierte en un tema complejo cruzado con el conflicto armado, aún no superado, la economía ilegal y de la guerra, los territorios cooptados por mafias y corrupción y la entrega “legal” del territorio a multinacionales en clave de explotación y extractivismo, esto es, una nueva fase de colonización.

5. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, The Democracy Papers No. 5, Trabajo presentado en panel Congreso 2012 de LASA (Latin American Studies Association), 2012.

AHUMADA, C., El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana, El Áncora, Bogotá, 2002.

¹⁷ Unidad de Investigación y Acusación de la JEP (2019). Unidad de Investigación y Acusación de la JEP, “reconoce como víctima silenciosa el medio ambiente” (Boletín de prensa. Comunicado 009). Recuperado de: <https://www.jep.gov.co/SiteAssets/Paginas/UIA/sala-de-prensa/Comunicado%20UIA%20-%20009.pdf>.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ La defensa del territorio en Colombia se paga con la vida. (2018, 1 de noviembre). El País. Recuperado de https://elpais.com/elpais/2018/10/25/planeta_futuro/1540468269_209574.html

- ÁVILA, R., *Neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la constitución de 2008*. Abya Yala / Universidad Andina Simón Bolívar / Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2011.
- BENAVIDES ORDÓÑEZ, J., “Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región Andina. Ius Humani”, *Revista de Derecho*, núm. 5, 2016, pp. 173-188.
- ESTUPIÑÁN ACHURY, L., “Modelos territoriales para Estados plurales y diversos. El caso de Colombia”. En AA.VV., *La cuestión territorial a debate: España y Colombia*, Universidad Libre, Bogotá, 2018, pág. 215-238.
- ESTUPIÑÁN ACHURY, L.; ROMO, M. “La construcción de la justicia transicional de cierre de guerra en Colombia: una lectura en clave de Sur y pluralismo”, En Liliana Estupiñán Achury (editora). *Constitucionalismo transicional en Colombia: el derecho a la paz como un deber de construcción dialógica*, (ed. Estupiñán Achury), Universidad Libre, Bogotá, 2018, págs.. 21-66.
- GAVIRIA DÍAZ, C., *Sentencias. Herejías Constitucionales*, D.F.: Fondo de Cultura Económica, México, 2002.
- GIL RENDÓN, R., “El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales”, *Quid iuris* (Chihuahua), núm. 12, 2011, pp. 43-51.
- GIRALDO GÓMEZ, J., “Consultas populares mineras, ¿en qué quedó la autonomía territorial y la democracia participativa?” *Ámbito Jurídico*. 17 de noviembre de 2018. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/administrativo-y-contratacion/consultas-populares-mineras-en-que-queda-la>
- LONDOÑO TORO, B., “La constitución de 1991 y los indígenas”, *Credencial Historia*, núm. 146. Recuperado del sitio de internet de la Red Cultural del Banco de la República: <http://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-146/la-constitucion-de-1991-y-los-indigenas>
- PALOMARES, J., “Duro tatequieto a las empresas mineras: debate hoy en la Corte Constitucional. *El Espectador*, 12 de abril de 2018. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/duro-tatequieto-las-empresas-mineras-debate-hoy-en-la-corte-constitucional-articulo-749590>
- PAVANI, G.; y ESTUPIÑÁN ACHURY, L., “Mutaciones del Estado Unitario en América Latina. Nuevos Rasgos Metodológicos para el Estudio de los Procesos de Descentralización”, *Plurinacionalismo y Centralismo: Tensiones del Estado Unitario en América Latina* (ed. Giorgia Pavani y Liliana Estupiñán Achury) Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2017, págs. 101-159.
- PRIETO SANCHÍS, L., “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, (ed. Miguel Carbonell), Madrid: Trotta, 2003.

RODRÍGUEZ, G. A., De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia, Ibáñez, Bogotá, 2014.

VALENCIA VILLA, H., Cartas de Batalla, Bogotá: Panamericana, 2010.

VELÁSQUEZ, C., ¿Qué tan pisoteada ha sido la Constitución del 91? KienyKe, 17 de febrero de 2019. Recuperado de <https://www.kienyke.com/politica/reformas-constitucion-1991>

VICIANO PASTOR, R.; MARTÍNEZ DALMAU, R., “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, El Otro Derecho, núm. 48, pp. 63-84, 2013.

WOLKMER, A., Pluralismo jurídico fundamentos de una nueva cultura del derecho, 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2018.

CRÓNICAS

La nueva versión INCOTERMS 2020

The new version INCOTERMS 2020

M^a PAZ MARTÍN CASTRO
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Cádiz (España)

paz.martin@uca.es

 <https://orcid.org/0000-0002-3851-5937>

El 29 de mayo de 2019, el ICC *World Council* aprobó en París, durante la celebración de los actos conmemorativos del Centenario del referido Organismo internacional, el texto definitivo de la última versión de los *Términos del Comercio Internacional (International Commercial Terms)* universalmente conocidos como INCOTERMS, cuya entrada en vigor se produjo el pasado mes de enero. La nueva versión INCOTERMS 2020 (Publicación ICC núm. 723), ha sido elaborada por un Comité integrado mayoritariamente por miembros europeos, si bien este año se han incorporado también representantes de China y Australia.

Fue en 1936 cuando la Cámara de Comercio Internacional recopiló y sistematizó un conjunto de reglas comúnmente observadas en las prácticas comerciales y que, básicamente¹, se orientaban a precisar los derechos y obligaciones asumidos por las partes en el contrato de compraventa² en relación con la entrega de la mercancía, la distribución de riesgos y el reparto de gastos entre aquéllas³. Desde entonces, las reglas INCOTERMS han sido revisadas con cierta regularidad⁴. Sin duda, esta constante actualización y, por consiguiente, su adaptación a la

Recepción: 11/05/2020

Aceptación: 22/05/2020

Cómo citar este trabajo: MARTÍN CASTRO, M^a Paz, “La nueva versión INCOTERMS 2020”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n^o 1, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 147-151, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i1.7>.

¹ Los primeros trabajos orientados a su redacción se remontan a los años 20, si bien el objetivo del proyecto originariamente quedaba circunscrito a las ventas FOB, habida cuenta de las diferencias advertidas en los distintos países en relación con esa modalidad de venta.

² Redactadas mediante un lenguaje claro y descriptivo, las obligaciones de las partes resultan expuestas a través de lo que se ha denominado «sistema de espejo», conforme al cual las obligaciones del vendedor, identificadas con la Letra «A», se contraponen a las del comprador que se designan con la letra «B».

³ Además las reglas INCOTERMS se ocupan también de las obligaciones de despacho de las mercancías para la importación y exportación, de las cuestiones referidas al embalaje de los géneros, de describir el proceso documental y, en las últimas versiones, de la adopción de las adecuadas medidas de seguridad.

⁴ La primera revisión de los INCOTERMS se produjo en 1953, tratándose a través de la misma de ofrecer respuesta

evolución de los mercados, resulta primordial por cuanto supone el acercamiento de los *trade terms* a las exigencias reales del tráfico comercial y, en fin, a las necesidades demandadas por los protagonistas del sector. La consolidación y difusión de los usos formulados por la CCI contribuye, además, a dotar a las compraventas internacionales de la uniformidad que, en aras de la seguridad jurídica, resulta frecuentemente demandada por los operadores del tráfico⁵. En esa labor uniformizadora la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías desempeña, desde luego, un papel muy destacado; si bien, como se sabe, el ámbito de las reglas INCOTERMS y el de la Convención de Viena resultan diversos. Así, mientras ésta procura un régimen completo del contrato de compraventa —al margen de las cuestiones expresamente excluidas de su ámbito de aplicación⁶—, los usos de la CCI concretan las obligaciones específicas asumidas por las partes de acuerdo con la modalidad de venta elegida por aquéllas (relativas, entre otras cuestiones, a la entrega y puesta a disposición; carga y descarga; transmisión de riesgos; aseguramiento de la mercancía; despacho de aduana de exportación y de importación); completando así el régimen consagrado en la referida Convención y estableciéndose, en consecuencia, entre ambos textos una relación de complementariedad⁷.

Desde un punto de vista formal, la versión 2020 de los INCOTERMS apenas presenta modificaciones relevantes si se compara con la versión precedente. Más allá de la reordenación del contenido de las reglas y de la actualización de las Notas de orientación, ahora denominadas Notas explicativas, las reglas de 2020 obedecen a la misma estructura ya aprobada en 2010.

a la relevancia que paulatinamente venía adquiriendo el transporte ferroviario. De este modo, la versión de 1953 supuso como principal novedad, la introducción de tres nuevos INCOTERMS referidos a transportes no marítimos añadiéndose, además, el término EXW. Posteriormente, las reglas recopiladas por la CCI han sido revisadas en otras seis ocasiones. Más precisamente, en el año 1967 la revisión introdujo un nuevo término (FOB *airport*) que contemplaba el modo aéreo cuyo empleo comenzaba a extenderse en el tráfico. Tras su cuarta revisión en 1976, en la que se añadieron los términos DAF y DDP, la actualización de las reglas ha tenido lugar periódicamente cada diez años haciéndose coincidir con los inicios de cada década dando lugar a las versiones de 1980, 1990, 2000, y 2010.

⁵ Por lo que respecta a su naturaleza jurídica conviene subrayar que los *trade terms* carecen de valor consuetudinario, por cuanto su fuerza obligatoria depende de la voluntad de las partes y, más precisamente, de la incorporación por referencia del término de que se trate al contrato de compraventa mediante la indicación de la regla de los INCOTERMS elegida. La propia Introducción de los INCOTERMS 2020 —como en versiones precedentes— formula algunas indicaciones a los efectos de informar a las partes sobre la correcta designación del término por el que hubieran optado. A tales efectos, las pautas ofrecidas por la referida Introducción aluden a la indicación de la regla INCOTERMS elegida seguida del lugar designado para la entrega debiendo, finalmente, incluirse la expresión INCOTERMS 2020.

En cualquier caso, la falta de configuración de los INCOTERMS como usos del comercio internacional no supone ignorar su valor y eficacia en cuanto que instrumentos integrantes de la *Lex mercatoria*. Y es que la referencia a un término INCOTERMS concreto supone la incorporación por referencia al contrato de un conjunto de reglas de la *Lex mercatoria* que disciplinan el contrato por la propia voluntad de las partes.

⁶ La Convención de Viena no resulta aplicable a la validez del contrato ni a los efectos de éste respecto de la propiedad de las mercancías vendidas (art. 4.º) así como tampoco a la responsabilidad en la que pudiera incurrir el vendedor por la muerte o lesiones corporales sufridas que las mercancías vendidas pudieran irrogar a una persona (art. 5.º).

⁷ Ello no obstante, la incorporación al contrato de la regla INCOTERMS elegida desplazará o, en su caso, modulará la aplicación de aquellos preceptos de la Convención de Viena referidos a cuestiones respecto de las cuales las partes han adoptado acuerdos particulares plasmados en la concreta regla INCOTERMS elegida.

Así, las reglas de la CCI continúan incorporando once términos —aunque se haya modificado la denominación de uno de los que integran el grupo D⁸— que aparecen a su vez estructurados en dos grandes bloques; los que pueden utilizarse cualquiera que sea el modo o modos de transporte empleado para ejecutar la operación de traslado⁹ y aquellos otros términos que se reservan, exclusivamente, para los casos en los que se recurra al modo marítimo o a un modo que discurra por aguas interiores¹⁰.

Por lo que se refiere a la nueva reordenación interna de las reglas, la versión 2020 ubica ahora la entrega y transmisión de riesgos en cuanto mercancías y pagos en un destacado segundo lugar, justo a continuación de las obligaciones básicas asumidas por las partes A1/B1. Se pretende de este modo que pueda advertirse con mayor facilidad las diferencias que separan a cada una de las reglas en lo que respecta a la asunción de riesgos.

De otra parte, como ya ha sido avanzado también, la CCI ha actualizado ahora las Notas orientativas de las versiones precedentes incorporando a cada *trade term* unas Notas explicativas mediante las que se pretende guiar convenientemente a los comerciantes hacia la regla INCOTERMS que resulte más oportuna en función de las propias características del contrato, de las prestaciones asumidas por las partes o, en fin, de la modalidad de traslado que vaya a emplearse. Desde esta perspectiva, cada Nota explica a los usuarios en qué supuestos debería optarse por la reglas de que se trate, en qué momento se transmite el riesgo al comprador y, finalmente, el modo de reparto de los costos entre las partes.

Por otro lado y, a fin de procurar una mejor comprensión de cada uno de los términos que lo integran, la nueva versión de los INCOTERMS 2020 ha llevado a cabo una ordenación del reparto de gastos entre las partes que quedan ahora reubicados en los artículos A9/B9. En este sentido, los artículos citados enumeran para cada una de las reglas INCOTERMS la relación de gastos que asumen vendedor y comprador a fin de facilitarles el conocimiento de todos los costos aparejados a los compromisos asumidos¹¹.

⁸ El Término DAT (*Delivered at Terminal*) ha sido sustituido por DPU (*Delivered at Place Unloaded*). El cambio introducido supone, básicamente, que las mercancías podrán ser entregadas en el lugar acordado por las partes que no habrá de ser, necesariamente, una terminal de transporte —aun cuando ya la versión 2010 aconsejaba interpretar este término de modo amplio—; si bien en la propia Introducción a las Reglas se aclara que en cualquier caso el vendedor deberá asegurarse de que el lugar designado resulta idóneo para que las mercancías puedan ser descargadas adecuadamente.

⁹ Se incluyen en este grupo los términos EXW, FCA, CPT, CIP, DAP, el ahora denominad DPU —sustituto del antiguo DAT— y DDP.

¹⁰ Se trata de las conocidas como reglas marítimas de los INCOTERMS entre las que se incluyen los términos FAS, FOB, CFR y CIF.

La clasificación de los INCOTERMS en función del modo de transporte empleado, distinguiéndose así entre términos marítimos y no marítimos, fue introducida tras la revisión de las Reglas en el año 2010. Con anterioridad, más precisamente, tras la revisión de las Reglas en 1990, los INCOTERMS quedaron ordenados en cuatro grupos —E, F, C y D— en función del lugar que hubiera sido acordado para la entrega de la mercancía. Así, mientras los términos propios de los Grupos E, F y C integran ventas en origen —en los que la entrega y transmisión de riesgos tienen lugar en el país del vendedor—; los términos del grupo D definen de ventas en destino, siendo en este lugar donde se producirá la entrega y transmisión de riesgos al comprador.

¹¹ En las versiones precedentes, los gastos asumidos por las partes se hallaban dispersos a lo largo de las diferentes

Por lo que se refiere a las modificaciones de carácter sustantivo, conviene destacar las siguientes:

En primer lugar, la nueva versión de las reglas prevé la posibilidad de incrementar, en determinados supuestos, el nivel de cobertura del seguro de la carga que ha de contratar el vendedor. Así, en los casos de ventas CIP (*Carriage and Insurance Paid to*) en los que el vendedor debe contratar el transporte y el seguro de la mercancía hasta el lugar acordado por las partes, aquél asume ahora, salvo pacto expreso en otro sentido, la obligación de contratar un seguro de amplia cobertura que cumpla con las Cláusulas A del *Institute Cargo Clauses* del Instituto de Aseguradores de Londres (LMA/IUA) u otra semejante. De este modo, la novedad reside —frente a la versión de 2010— en que, en principio, la modalidad de cobertura a la que por defecto habrá de acudirse es la correspondiente a las Cláusulas de Carga del Instituto (A); si bien los contratantes pueden pactar un nivel de cobertura inferior. La modificación descrita, no afectará a las ventas pactadas en condiciones CIF (*Cost, Insurance and Freight*), respecto de las cuales, y tras el amplio debate producido en el seno del comité redactor e incluso fuera de él, se decidió, finalmente, que el nivel de cobertura asegurativa que habría de suministrar el vendedor CIF se identificase con el que proporcionan las Cláusulas (C), sin perjuicio de que las partes puedan acordar una cobertura superior.

Otra de las novedades introducidas por la versión 2020 INCOTERMS se halla relacionada con el término FCA (*Free Carrier*). El contrato de compraventa pactado en condiciones FCA impone al vendedor la obligación de entregar los géneros al porteador o a la persona designada por el comprador en el lugar y plazo fijado en el contrato; quedando, así, completada la entrega antes de que se proceda a la carga de la mercancía. De este modo, frente a las ventas FOB (*Free On Board*), el vendedor en los casos de ventas FCA, no ha de colocar la mercancía a bordo del buque. Sin embargo, cuando el pago de la operación se realice a través de la intermediación de una entidad de crédito —crédito documentario—, puede ocurrir que dicha entidad exija al vendedor un documento que acredite el embarque de la mercancía para que se pueda proceder al pago. Esta circunstancia, acarrea a menudo serias dificultades al vendedor FCA quien, no habiendo cargado la mercancía a bordo del buque, no se hallaba en disposición de suministrar el documento requerido por la entidad de crédito. Los artículos A6/B6 de la regla FCA 2020 hacen frente a esta circunstancia, previendo al respecto la posibilidad de que comprador y vendedor acuerden que aquél, a su propio riesgo, dé instrucciones al porteador a fin de que, una vez cargadas las mercancías, entregue al vendedor el conocimiento de embarque que acredite la recepción de la mercancía a bordo del buque. Naturalmente, el vendedor, posteriormente, habrá de devolver al comprador el conocimiento de embarque (A6), a través de la entidad de crédito correspondiente.

De otra parte, la nueva versión de los INCOTERMS aprobada por la Cámara de Comercio Internacional alude a la previsión de que el traslado de los géneros que la parte que corresponda —vendedor o comprador— hubiera asumido en función del término elegido, pueda ejecutarse sin recurrir a los servicios de una empresa de transporte. Con el cambio introducido por las

reglas sin que dispusiesen de una ubicación específica.

reglas se consiente, así, que tanto el vendedor —en los casos de los términos del grupo D— como el comprador —para los supuestos de reglas del grupo F— puedan utilizar su propia flota de vehículos para trasladar la mercancía hasta el lugar de destino.

La preocupación por la seguridad, tímidamente introducida en la versión de 2010, se incrementa en la nueva revisión de los INCOTERMS que acaba de entrar en vigor; lo que explica que se haya asignado a cada regla una obligación relacionada con la adopción de las adecuadas medidas de seguridad que exijan la operación de transporte y que habrá de procurar el vendedor (A4 y A7).

Por lo demás, conviene reseñar entre las novedades recientemente introducidas, que la Cámara de Comercio Internacional ha diseñado una aplicación específica de la versión INCOTERMS 2020 para teléfono móvil. La nueva aplicación, además de incluir una amplia información acerca de la reciente revisión de las reglas, da cuenta acerca de oportunidades de formación.

En definitiva, la nueva versión de los INCOTERMS que entró en vigor el pasado mes de enero se inspira en los mismos principios que han informado las revisiones precedentes; adaptar las reglas que lo integran a la evolución del comercio internacional; mejorar el contenido de los diversos *commercial terms* tratando de disipar las dudas que su aplicación pudieran haber generado en el pasado y, en fin, extender su difusión en el ámbito del comercio internacional.

A debate la seguridad jurídica en el Derecho Tributario. Congreso en homenaje al Profesor Francisco Escribano

Discussions about tax certainty. Congress in honour of Professor Francisco Escribano

FRANCISCO M. CARRASCO GONZÁLEZ
Profesor Titular Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Cádiz (España)

francisco.carrasco@uca.es

 <https://orcid.org/0000-0001-8777-0486>

El debate sobre la seguridad jurídica es un tema clásico, que ha sido objeto de investigación desde múltiples perspectivas y en diferentes momentos por la doctrina jurídica. Sin embargo, aún hoy, está plenamente justificado que se vuelva a profundizar en este ámbito como consecuencia de la creciente preocupación por la inseguridad existente en el ordenamiento tributario, tanto en el ámbito nacional como internacional, y teniendo en cuenta los perniciosos efectos que esta incertidumbre produce en el crecimiento económico, las inversiones, el comercio y el empleo. Así, podemos citar la Declaración de los líderes del G20 en la reunión de Hanzghou (China) en 2016, el Informe de la OCDE y el Fondo Monetario Internacional sobre seguridad jurídica publicado en marzo de 2017, y sus sucesivas actualizaciones¹, o la circunstancia de que algunas iniciativas adoptadas o en curso en la UE (paquete anti-abuso, BICCIS, mecanismos de resolución de controversias, etc.) se justifican precisamente en la necesidad de incrementar la seguridad jurídica.

En los últimos años, como consecuencia del conocido como “Plan BEPS” (plan para contrarrestar la erosión de bases imponibles y el traslado artificial de beneficios), la fiscalidad internacional ha vivido una especie de catarsis. Se ha procedido a una re-construcción de sus principios, para tratar de adaptarse a una economía digitalizada y para lograr una tributación más equitativa de las empresas (fundamentalmente multinacionales, pero no sólo); acorde con el lugar donde realizan su actividad, obtienen sus beneficios y generan su valor; y buscando un entorno de mayor transparencia. No obstante, este proceso no puede considerarse finalizado

Recepción: 11/05/2020

Aceptación: 22/05/2020

Cómo citar este trabajo: CARRASCO GONZÁLEZ, Francisco M., “A debate la seguridad jurídica en el Derecho Tributario. Congreso en homenaje al Profesor Francisco Escribano”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, nº 1, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 153-159, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i1.8>.

¹ IMF/OECD (2017), *Tax Certainty. IMF/OECD Report for the G20 Finance Ministers*; IMF/OECD (2018), *OECD/IMF Report on tax Certainty – 2018 Update*; IMF/OECD (2019), *2019 Progress Report on Tax Certainty*.

aún, no solo porque no se han conseguido todos los objetivos pretendidos, es más, algunos de sus acuerdos no reúnen aún el consenso suficiente (ej. instrumento multilateral; tributación de los servicios digitales), sino también porque muchas de las medidas consensuadas deben implementarse posteriormente a escala regional y nacional y trasladarse a los Convenios de Doble Imposición en vigor y a la normativa interna. Las nuevas reglas impositivas generan controversia tanto en su definición, como en su interpretación y aplicación. Todo ello genera una importante inseguridad para las Administraciones tributarias y para los obligados. En definitiva, después de la fuerte agitación que se ha producido con BEPS, es necesario detenerse y examinar sosegadamente de qué manera puede reforzarse la seguridad jurídica en un Derecho tributario que ha sido -y está siendo- sometido a una fuerte reconfiguración.

Así, la seguridad jurídica se ha situado en la agenda de los organismos internacionales (OCDE, FMI, UE) como una prioridad que condiciona el desarrollo de las iniciativas futuras o actualmente en curso. Estas medidas, además, han de ser objeto, con posterioridad, de una implementación en el ordenamiento nacional, por lo que es preciso monitorizar todo el proceso, analizar las medidas que se van adoptando, para poder estar así en disposición de conocer cuáles son las opciones que mejor se adaptan y convienen al ordenamiento nacional. En el actual contexto post-BEPS, un ordenamiento tributario seguro puede convertirse en un elemento diferencial que ofrezca una ventaja competitiva para retener y atraer la inversión económica, frente a la tradicional y simplista disminución de la presión fiscal.

La seguridad jurídica es un principio fundamental, ampliamente reconocido en el Derecho internacional, en el ordenamiento de la UE y en los derechos nacionales, en alguno de los cuales, como el caso español, alcanza rango constitucional. La doctrina ha llegado a conceptualarlo como una regla difusa por naturaleza. También lo ha considerado el más complejo de los principios generales, porque tiene un significado difícil de determinar, y porque está compuesto de elementos diversos. En efecto, constituye un principio poliédrico que engloba a un conjunto amplio y heterogéneo de manifestaciones que están, a su vez, conectadas entre sí. Este dato ha propiciado que algunos autores hayan puesto en entredicho la utilidad de un principio general con un contenido tan variable. Estos autores afirman que en muchas ocasiones su invocación no es necesaria, ya que puede ser suplida por la apelación a principios más específicos o por la utilización de técnicas más rigurosas. Ciertamente, el principio de seguridad jurídica ha sido empleado en ámbitos numerosos y variopintos. Sin embargo, a nuestro juicio, esta configuración del principio de seguridad jurídica no invalida su estudio, sino que simplemente condiciona el método de investigación que ha de emplearse. Así, el mejor entendimiento del mismo se consigue con un análisis detenido y separado de cada una de sus manifestaciones y exigencias. Por otro lado, su investigación debe partir de su carácter relativo. No sólo porque su aplicabilidad puede decaer a favor de otros intereses de mayor relevancia presentes en el caso concreto examinado, sino porque pretender la seguridad en términos absolutos es, como se ha dicho, una utopía o una aspiración infantil. Se trata pues, simplemente, de reforzar o mejorar las técnicas y los instrumentos que proporcionen certidumbre a los operadores jurídicos.

Muchas y variadas son las razones que en el momento actual llevan a un renovado interés por la seguridad jurídica en el ámbito tributario. Entre otras, pueden citarse: la situación de crisis económica, que ha propiciado un uso intenso de la política fiscal, ya sea para reanimar la

actividad y la inversión, ya sea para evitar y combatir el fraude y el abuso; el surgimiento de nuevos modelos de negocio en una economía digital (v.gr. *peer-to-peer business*); la globalización económica, que favorece planificaciones fiscales agresivas que se aprovechan de las asimetrías y las incoherencias entre los ordenamientos, así como de algunas decisiones aisladas y/o descoordinadas de las autoridades fiscales y de los tribunales; y, como mencionamos anteriormente, el proceso de actualización y perfeccionamiento de las reglas de la fiscalidad internacional llevado a cabo con BEPS.

Todas estas razones llevaron a un grupo de investigadores de la Universidad de Cádiz del área de Derecho Tributario a emprender un proyecto de investigación, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación², bajo el título “Hacia una mayor seguridad jurídica en el Derecho Tributario español en un contexto post-BEPS”, a ejecutar durante los años 2017 a 2020. En el marco de este proyecto, para difusión y enriquecimiento de sus trabajos y resultados, se celebró un **Congreso sobre Seguridad Jurídica y Derecho Tributario** los días **21 y 22 de noviembre de 2019**, en el Salón de Actos del Campus de Jerez de la Frontera. El Congreso contó con una alta participación de profesores e investigadores españoles y extranjeros, así como también de profesionales del ámbito tributario. Fue inaugurado por el Profesor Adolfo Martín Jiménez, investigador principal del proyecto. El Congreso se estructuró en torno a diversos paneles sobre las distintas temáticas en los que participaron uno o varios ponentes, junto con otros investigadores que actuaban como comentaristas y moderadores. Tras cada panel, se dio paso a un debate con el público asistente.

El primer panel estuvo referido a la “Seguridad jurídica y producción normativa: principios e instrumentos de buena regulación aplicados al Derecho Tributario. Experiencia en España y comparada”. El Profesor Francisco Carrasco González, de la Universidad de Cádiz, intervino para relatar los avances en el ámbito de la buena regulación en España (Título VI de la Ley 39/2015; reforma de la Ley del Gobierno por la Ley 40/2015; desarrollo reglamentario de estas leyes), pero destacando también que resta aún mucho que progresar en este campo, en atención a los indicadores internacionales³, principalmente en cuanto a la participación de los interesados y alas evaluaciones *ex post*. Concluyó subrayando la ausencia de medidas de coordinación y de cooperación entre los distintos ámbitos territoriales y criticando que las medidas de buena regulación se han centrado en el Poder Ejecutivo, excluyendo al Legislativo. En el mismo panel, el Profesor Ricardo García Antón, de la Universidad de Tilburg (Países Bajos), hizo una presentación sobre la producción normativa en el Derecho Fiscal Comparado, la cual estructuró en torno a tres ejes: la interacción de los tres poderes del Estado en la producción normativa; la participación en el proceso legislativo de terceros interesados y la descentralización en la producción normativa. En cada uno de ellos, el Profesor García Antón ilustró su intervención con experiencias de otros países. Así, por ejemplo, comentó la tendencia internacional hacia una legislación basada en principios, para hacer frente a la inflación normativa; el complejo proceso de elaboración de normas existente en Nueva Zelanda o los mecanismos de coordinación existentes en países descentralizados como Suiza o EE.UU.

² DER2017-89431-P.

³ OECD (2018), *OECD Regulatory Policy Outlook 2018*.

El segundo panel se dedicó a la “Seguridad jurídica, abuso, fraude fiscal y planificación fiscal agresiva”. María Teresa Soler Roch, Catedrática Emérita de la Universidad de Alicante, analizó las últimas decisiones jurisprudenciales en este ámbito. Así, el Auto del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2018⁴, que considera que existe interés casacional objetivo en deslindar el ámbito de aplicación de las cláusulas generales de los artículos 13, 15 y 16 LGT en pos de la seguridad jurídica; o las Sentencias del Tribunal de Justicia de la UE en el asunto *Eqiom*⁵, o respecto de los llamados “casos daneses”⁶. Igualmente, la Profesora Soler trató la cláusula del propósito principal (*PPT rule*), introducida en el instrumento multilateral resultado de BEPS y en el artículo 29.9 Modelo de Convenio de la OCDE, en su versión de 2017. Por otro lado, el Profesor Carlos Palao Taboada se centró en el principio de seguridad jurídica en la aplicación de las normas tributarias y analizó diversas cuestiones de reciente controversia como el efecto preclusivo de las liquidaciones provisionales, la comprobación de ejercicios prescritos y la declaración de fraude de ley en operaciones de ejercicios prescritos⁷.

A continuación, en el tercer panel, se discutió sobre la seguridad jurídica en los procedimientos internos de aplicación de los tributos. Intervino como ponente Ernesto Eserverri, Catedrático de la Universidad de Granada, quien comenzó analizando la problemática de las obligaciones conexas (art. 68.9 LGT) en relación con la prescripción. A continuación, examinó los últimos pronunciamientos jurisprudenciales sobre la cosa comprobada o preclusión⁸ y terminó con una controvertida Sentencia del Tribunal Supremo⁹ que parece concluir, con una motivación insuficiente, a nuestro juicio, que el incumplimiento del plazo para resolver el procedimiento de inspección determina su caducidad y que no es posible el reinicio de actuaciones inspectoras sin declarar expresamente la caducidad y ponerlo en conocimiento formal del obligado tributario, junto con el alcance y el contenido de las actuaciones reiniciadas¹⁰.

En el último panel de la primera jornada del Congreso (el cuarto) se debatió sobre las relaciones tributarias cooperativas y el control de riesgos fiscales. El Profesor Alfonso Sanz Clavijo, de la Universidad de Cádiz, expuso cómo está evolucionando el modelo de relación entre la Administración tributaria y los contribuyentes a través del impulso de las relaciones cooperativas o de cumplimiento cooperativo que implican una mayor transparencia a cambio de certeza. A continuación, examinó la Directiva de intermediarios fiscales, conocida

⁴ Auto del TS de 16-05-2018, nº recurso 1429/2018, ECLI:ES:TS:2018:5169A.

⁵ STJUE (Sala Sexta) de 7-09-2016, *Eqiom*, C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641.

⁶ STJUE (Gran Sala) de 26-02-2019, *N Luxembourg I y otros*, C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134.

⁷ Su contribución ha sido publicada en PALAO TABOADA, C., “Algunas consideraciones sobre el principio de seguridad jurídica en la aplicación de las normas tributarias”, *Cívitas, Revista Española de Derecho Financiero*, nº 185, 2020.

⁸ SSTS 31-05-2019, nº recurso 1214/2018, ECLI:ES:TS:2019:1805; STS 15-06-2017, nº recurso 3502/2015, ECLI:ES:TS:2017:2391.

⁹ STS 10-07-2019, nº recurso 2220/2017, ECLI:ES:TS:2019:2494.

¹⁰ Para conocer más detalladamente la opinión de este autor, véase ESEVERRI MARTÍNEZ, E., “¿Caduca el procedimiento de inspección tributaria?”, *Cívitas, Revista Española de Derecho Financiero*, nº 185, 2020.

como DAC6¹¹, que establece la obligación de que estos intermediarios informen sobre ciertos mecanismos de planificación fiscal agresiva de carácter transfronterizo en los que concurren determinadas señas distintivas y el intercambio entre Administraciones de estos mecanismos mediante un directorio central seguro. Asimismo, expuso el Anteproyecto de Ley que debe transponer esa Directiva en España y los problemas que plantea esta implementación en relación con la salvaguardia del secreto profesional de los abogados y otros profesionales tributarios. En este panel también intervino el Profesor Francisco Carrasco González para analizar diversas experiencias de relaciones cooperativas y de gestión de riesgos fiscales. Así, en el ámbito internacional, expuso el desarrollo y las críticas al *International Compliance Assurance Programme* (ICAP 2.0). En cuanto a España, destacó la reciente firma por la AEAT de dos Códigos de Buenas Prácticas con los profesionales tributarios y con las entidades colectivas que los representan, así como los avances que implica la reciente publicación de la Norma UNE 19602 en el ámbito del *compliance* fiscal.

La segunda jornada del Congreso comenzó con el panel quinto, titulado “La seguridad jurídica y las controversias tributarias (experiencias internacionales): inspecciones simultáneas y conjuntas, procedimiento amistoso y arbitraje”. Jacques Malherbe, Profesor Emérito de la Universidad Católica de Lovaina, analizó los distintos procedimientos amistosos y de arbitraje para la resolución de controversias tributarias en el ámbito internacional: los artículos 16 a 26 del instrumento multilateral resultado de BEPS; la Directiva (UE) 2017/1852 sobre resolución de litigios fiscales; y el Convenio de Arbitraje 90/436/CEE. El Profesor Adolfo Martín Jiménez analizó, por un lado, la prevención de disputas tributarias en el contexto de la OCDE, haciendo referencia al ICAP y al Documento *Joint Audit 2019 – Enhancing Tax Cooperation and Improving Tax Certainty*¹². Por otro lado, Adolfo Martín se detuvo en el examen de las disputas tributarias en el contexto de la UE, explicando el documento del Foro de la UE sobre Precios de Transferencia titulado *A coordinated approach to transfer pricing controls within the EU*¹³, el cual sienta las bases de las futuras inspecciones conjuntas coordinadas.

En el último panel del Congreso (el sexto) se trató la “seguridad jurídica en una economía digitalizada”. En primer lugar, intervino Adolfo Martín, que analizó el marco internacional. Partió del contexto tradicional en el que se gestó la versión originaria del Modelo de Convenio de la OCDE, siguió con el análisis de la acción 1 de BEPS, dedicada a economía digital, hasta llegar a las iniciativas unilaterales planteadas por algunos Estados (Australia, India) y por la Comisión Europea (propuesta de impuesto sobre los servicios digitales). Finalmente, Adolfo Martín analizó las diversas propuestas que se están debatiendo en el marco de la OCDE (pilar 1 unificado y pilar 2). En segundo lugar, intervino el Profesor Alejandro García Heredia, de la Universidad de Cádiz, quien examinó el Proyecto de Ley de 25-01-2019 por el que se crea el Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales, exponiendo el contexto de su creación, sus

¹¹ Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo de 2018, *DOUE* n° L 139, de 5-06-2018.

¹² OECD (2019), *Joint Audit 2019 – Enhancing Tax Co-operation and Improving Tax Certainty: Forum on Tax Administration*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/17bfa30d-en>.

¹³ DOC:JTPF/013/2108/EN, https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/jtpf_report_a_coordinated_approach_to_transfer_pricing_controls_within_the_eu_en.pdf.

características y sus elementos esenciales. García Heredia finalizó su intervención con algunas consideraciones críticas sobre el proyecto, como los problemas de compatibilidad que plantea con el Derecho de la UE y con los Convenios de Doble Imposición.

La segunda jornada del Congreso continuó con una mesa redonda compuesta por ilustres Catedráticos de Derecho Financiero y Tributario, que son maestros y referentes de la doctrina académica española y que han ocupado relevantes puestos públicos en su trayectoria profesional: Fernando Pérez Royo (Universidad de Sevilla), Carlos Palao Taboada (Universidad Autónoma de Madrid), Álvaro Rodríguez Bereijo (Universidad Autónoma de Madrid), José Manuel Tejerizo López (UNED) y Juan Ramallo Massanet (Universidad Autónoma de Madrid). Todos los participantes pusieron de manifiesto los actuales déficits de seguridad jurídica que presenta el ordenamiento tributario, tanto en el ámbito de la producción normativa como en su aplicación, la indeterminación del propio concepto, su posible reforzamiento en el orden tributario, así como la conexión del principio de certeza del derecho con otras exigencias constitucionales como el principio de capacidad contributiva. En relación con este último, destacó el debate sobre los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el Impuesto municipal de plusvalía (SSTC 59/2017 y 126/2019) y la aplicación del límite de la confiscatoriedad previsto en el inciso final del artículo 31.1 CE.

Finalmente, el Profesor Francisco Escribano, Catedrático Emérito de la Universidad de Sevilla, pronunció una conferencia de clausura titulada “Problemas de seguridad jurídica y aplicación del Derecho Tributario: pasado, presente y futuro”. A modo de conclusión, el Profesor Escribano señaló que a partir de la relación de derechos y garantías que se contienen en el artículo 34 LGT, su desarrollo y aplicación adolece de graves defectos. Así, derechos como el de las consultas tributarias, que pueden impunemente quedar sin respuesta y que no se sujetan al plazo legalmente previsto sin que el incumplimiento del deber tenga efecto alguno; la falta de caducidad en procedimientos tan relevantes como el de inspección cuyo plazo de terminación es o puede llegar a ser indeterminado; o normas como el artículo 179.2.d) LGT, que ignora la presunción de inocencia. En definitiva, determinaciones legales que suponen de hecho impedir que la decisión administrativa pueda ser sometida al juez.

El Congreso, además de ser un evento en ejecución del proyecto de investigación antes citado, sirvió para rendir un merecido homenaje al Profesor Escribano, con motivo de su jubilación. El Profesor Escribano actualmente es Emérito en la Universidad de Sevilla, pero con anterioridad fue Catedrático en la Universidad de Cádiz (años 1989 a 2001). Por ello, el Profesor Martín Jiménez, en la clausura del Congreso, dedicó unas emotivas palabras a quien es el maestro de la mayoría de los investigadores del área de Derecho Tributario de esta Universidad. Asimismo, el Profesor Martín Jiménez destacó la dimensión constitucionalista y europea que ha caracterizado las enseñanzas y las investigaciones del Profesor Escribano a lo largo de su carrera académica y subrayó el trato humano que siempre ha dispensado a sus alumnos y a sus compañeros.

En definitiva, reseñamos en este primer número de esta *Revista* un Congreso que versa, como decíamos al principio, sobre un tema clásico y recurrente en los estudios jurídicos, pero cuyo análisis no deja de ser actual y necesario. Incluso, pasados ya unos meses de la celebración del Congreso, la crisis motivada por la pandemia de la COVID-19 ha provocado que la aspiración de seguridad jurídica se manifieste aún con más fuerza. Primero, por la multiplicación

normativa a la que hemos asistido durante el estado de alarma, con un reguero de disposiciones imprevistas que incluso se modificaban a los pocos días de su entrada en vigor; pero, fundamentalmente, por el escenario de incertidumbre que se plantea en el medio y largo plazo, que exigirá, indudablemente, de un consenso de país sobre cuáles son las medidas fiscales (y de otro tipo) más convenientes para lograr la reactivación y la estabilidad económicas y que nos prepare frente a nuevos rebrotes o situaciones de emergencia que eventualmente se puedan producir en el futuro.

