

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos



Nº 2 | 2020

ISSN-e: 2660-7964

DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i2>

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:

María Josefa Rodríguez Mesa

Juan Antonio Alberca de Castro

Francisco Miguel Carrasco González

Emilia Girón Reguera

Inmaculada González García

María de la Paz Martín Castro

Manuel Jesús Rozados Oliva

Leticia Cabrera Caro

María José Cervilla Garzón

Carlos Varela Gil

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

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Cádiz (España)

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

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

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

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

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

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

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

Profesor Contratado Doctor de Derecho Romano de la Universidad de Cádiz (España)

Secretaría de redacción:

Pablo García Molina

José Caro Catalán

Diego Jesús Maldonado Guzmán

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

Investigador predoctoral UCA-FPU de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España)

Investigador predoctoral UCA-FPU de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz (España)

COMITÉ CIENTÍFICO

Francisco Escribano López

Francesco Sidoti

Pedro Jesús Baena Baena

Ana María Carmona Contreras

Raquel Castillejo Manzanares

Jesús Cruz Villalón

José Alejandro del Valle Gálvez

Rocco Favale

Antonio Fernández de Buján y Fernández

Javier García Oliva

Juan Francisco Herrero Perezagua

María Luisa Moreno-Torres Herrera

Daniele Negri

María del Carmen Núñez Lozano

María José Roca Fernández

Andrés Rodríguez Benot

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Virginia Zambrano

Ana Pérez Cepeda

Joseph Carby-Hall

Liliana Estupiñán Achury

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

Professore Emérito di Criminologia e Sociologia nell'Università di L'Aquila (Italia)

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

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

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

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

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

Professore Ordinario di Diritto Civile dell'Università degli Studi di Camerino (Italia)

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

Senior Lecturer in Law in University of Manchester (Reino Unido)

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza (España)

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

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

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

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid (España)

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

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

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

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España)

Director of International Legal Research in the University of Hull (Reino Unido)

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/index>

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

SUMARIO

EDITORIAL.....7

Presentación9

ISABEL ZURITA MARTÍN

ESTUDIOS.....11

Le nouveau mécanisme de sauvegarde des entreprises en difficulté: une vraie “*bonée de sauvetage*” pour les entreprises naufragées?.....13

NAHID LYAZAMI

Justicia digital post-covid19: el desafío de las soluciones extrajudiciales electrónicas de litigios y la inteligencia artificial.....41

FERNANDO MARTÍN DIZ

Justicia y pandemia en España (2020).....75

JOSÉ MARTÍN OSTOS

Las directrices de la jurisprudencia italiana sobre enfermedades profesionales derivadas de la exposición a campos electromagnéticos producidos por teléfonos móviles.....99

LAVINIA SERRANI Y MICHELE TIRABOSCHI

Cultural Heritage and Sustainable Taxation – empowering communities in the COVID-19 times 123

RICARDO GARCÍA ANTÓN

Inmigración, derechos humanos y *modelo europeo* de fronteras. Propuestas conceptuales sobre ‘extraterritorialidad’, ‘desterritorialidad’ y ‘externalización’ de controles y flujos migratorios 145

ALEJANDRO DEL VALLE GÁLVEZ

ANÁLISIS 211

El despido de los trabajadores por la automatización de sus puestos de trabajo: ¿es posible? 213

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

La aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el concepto de discapacidad. Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2020 (rec. 2684/2017) y de 15 de septiembre de 2020 (rec. 3387/2017) 233

SILVIA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ

CRÓNICAS 243

A propósito de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020: la relación laboral en difícil equilibrio sobre dos ruedas 245

ALBERTO AYALA SÁNCHEZ

RECENSIONES 251

HAVA GARCÍA, Esther, *Los delitos de prevaricación*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1ª ed., 2019, 149 páginas 253

MARIO NEUPAVER ALZOLA

LÓPEZ ULLA, Juan Manuel (dir.) y SÁEZ GONZÁLEZ, Jesús (coord.), *Combatiendo la violencia contra la mujer: experiencias europeas y americanas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1ª ed., 2020, 600 páginas 257

ROCÍO GUADALUPE QUIÑONES ANDRADE

SOROETA LICERAS, Juan, *La Corte Internacional de Justicia y la descolonización, 1949-2019*, Reus, Madrid, 1ª ed., 2020, 226 páginas..... 261

MOHAMMED BEDJAoui

EDITORIAL

Presentación

El primer año de vida pública de *la Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos* culmina con su segundo número, que sale a la luz en un momento histórico marcado por una pandemia que afecta a todo el planeta, a la que los juristas, como no podía ser de otra forma, han prestado especial atención a lo largo de los últimos meses. Las múltiples repercusiones provocadas por la pandemia en el ámbito jurídico se dejan sentir con fuerza en esta segunda entrega, que dedica buena parte de su contenido a trabajos relacionados con ellas en campos específicos. Junto a esta insoslayable necesidad de abordar en cualquier aspecto este objeto de estudio, nuestra Revista se hace también eco de diversas cuestiones relacionadas con otros grandes retos que han de afrontar los estudiosos del Derecho, a la par dispares y trascendentes. El primero, el impacto de las tecnologías y sistemas de inteligencia artificial en muy distintas esferas de nuestra vida personal, social o laboral; el segundo, el espinoso e irresoluto tema del tratamiento internacional de la migración. Este denso contenido se desbroza en siete Estudios y un Análisis doctrinal, a los que se suman una Crónica y dos recensiones bibliográficas.

A lo largo de todo un semestre, la Revista ha tenido ocasión de recibir trabajos atinentes a disciplinas jurídicas muy diversas, propuestos por investigadores de universidades tanto españolas como extranjeras, lo que justifica que en este número convivan idiomáticamente español, inglés y francés. Con ello la *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos* atiende a su objetivo originario de servir de punto de encuentro e interrelación de investigaciones académicas de calidad, y de contribuir al favorecimiento de la difusión científica internacional de carácter multidisciplinar en el marco del Derecho y la Criminología.

A modo de breve reseña del contenido específico de este número dos, la sección de Estudios, ordenada según el orden de recepción de originales, se inicia con un trabajo de la Prof.^a Dra. Nahid Lyazami (Université Abdelmalek Assaïdi Tanger), centrado en el análisis del nuevo proceso establecido por la ley marroquí para prevenir y rescatar empresas en dificultades de diversa índole sin llegar a ser insolventes. Por su parte, el Prof. Dr. Djamil Tony Kahale Carrillo (Universidad Politécnica de Cartagena), en su estudio, desmenuza el impacto de las nuevas tecnologías de la cuarta revolución industrial en el trabajo y, con ellas, la legalidad de despedir a un trabajador por la automatización de su puesto de trabajo. A continuación, el Prof. Dr. Fernando Martín Diz (Universidad de Salamanca), desde la perspectiva de la incidencia del COVID-19 y del impacto de las nuevas tecnologías en la justicia, analiza la incidencia sobre el principio de inmediación y su evolución hacia la virtualidad, así como la utilización de los medios extrajudiciales de resolución

de litigios en línea y la incorporación de soluciones de inteligencia artificial. Seguidamente, redundando en el impacto de la pandemia, el Prof. Dr. José Martín Ostos (Universidad de Sevilla) disecciona las medidas jurídicas adoptadas durante el estado de alarma declarado con motivo de la misma, con mayor repercusión en la Administración de Justicia. En otro orden de cosas, realizando una incursión en el Derecho comparado, la investigadora Lavinia Serrani y el Prof. Dr. Michele Tiraboschi (Università degli di Modena y Reggio Emilia) analizan la jurisprudencia italiana relativa al uso del teléfono móvil como causa de aparición de enfermedades profesionales que pudieran dar lugar al reconocimiento de una pensión al trabajador por enfermedad profesional. Retomando de nuevo las repercusiones jurídicas del COVID-19, el Prof. Dr. Ricardo García Antón (Tilburg University) se circunscribe a analizar las políticas tributarias en tiempos de la pandemia y, en concreto, las medidas fiscales para preservar el patrimonio cultural. Finalmente, atendiendo ya a la antedicha problemática de la migración, el Prof. Dr. Alejandro del Valle Gálvez (Universidad de Cádiz) reflexiona sobre nuevos espacios e imaginarios fronterizos en la búsqueda de distintos conceptos y enfoques de la frontera para atender los flujos migratorios y los controles exteriores, así como sobre la protección de los derechos humanos por los Estados europeos y la afectación de los de los inmigrantes por las funciones de control que se despliegan fuera del territorio.

Este segundo número se completa con un Análisis doctrinal, una Crónica y dos Reseñas bibliográficas. En lo que concierne al Análisis doctrinal, la investigadora Dra. Silvia Fernández Martínez (Universidad de Alcalá) aborda el concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78/CE, analizando resoluciones recientes en unificación de doctrina del Tribunal Supremo y la aplicación por este de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de despido de trabajadores después o durante una situación de IT en caso de ser consideradas personas con discapacidad. En relación con la crónica, a cargo del Prof. Dr. Alberto Ayala Sánchez (Universidad de Cádiz), se desbroza la Sentencia del Tribunal Supremo (recud. 4746/2019), de 25 de septiembre de 2020, sobre la naturaleza laboral de la relación negocial entre Glovo y sus repartidores. En relación a las reseñas, la primera es una recensión del doctorando de la Universidad de Cádiz Mario Neuvapert Alzola a la monografía *Los delitos de prevaricación* (2019), autoría de la Dra. Esther Hava García; y la segunda reseña bibliográfica, a cargo del antiguo Presidente de la Corte Penal Internacional, Mohammed Bedjaoui, se refiere a la obra monográfica *La Cour Internationale de Justice et la Décolonisation, 1949-2019* (2020), autoría de J. Soroeta Liceras.

Con tan interesante programa, no cabe duda que el lector que se aproxime al índice del segundo número de la *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos* no podrá evitar ahondar en su contenido.

Isabel Zurita Martín
Directora

ESTUDIOS


Le nouveau mécanisme de sauvegarde des entreprises en difficulté: une vraie “bouée de sauvetage” pour les entreprises naufragées?

The new safeguard mechanism for companies in difficulty: a real “lifeline” for wrecked companies?

NAHID LYAZAMI*

Professeure de Droit des Affaires Habilitée à diriger des recherches doctorales (HDR)
Université Abdelmalek Assaïdi Tanger (Maroc)

nahidlyazami@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-9585-5289>

Résumé: Le législateur Marocain soucieux de préserver des entités viables et saines, avait envisagé à travers la nouvelle loi 73-17 un nouveau procédé de sauvetage des entreprises en difficultés juridiques, économiques, financières et sociales.

Ce nouveau mécanisme fortement inspiré de la législation française (loi de sauvegarde) tendait essentiellement à venir en aide aux entreprises qui éprouvent des difficultés insurmontables sans pour autant atteindre la phase de la cessation de paiement.

Abstract: *The Moroccan legislator, concerned with preserving viable and healthy entities, had envisaged through the new law 73-17 a new process for rescuing companies in legal, economic, financial and social difficulties.*

Recepción: 14/08/2020

Aceptación: 18/11/2020

Cómo citar este trabajo: LYAZAMI, Nahid, “Le nouveau mécanisme de sauvegarde des entreprises en difficulté: Une vraie ‘bouée de sauvetage’ pour les entreprises naufragées?”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, ISSN-e: 2660-7964, n.º 2, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 13-39, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i2.02>

* Docteur en Droit.

This new mechanism, strongly inspired by French legislation (safeguard law), essentially tended to come to the aid of companies that are experiencing insurmountable difficulties without however reaching the phase of insolvency.

Palabras claves: detección temprana, dificultades para empresas, prevención, procedimiento de respaldo.

Keywords: *early detection, difficulties for companies, prevention, safeguard mechanism.*

Sommaire: 1. INTRODUCTION. 2. LA PREVENTION-DETECTION PAR LE BIAIS DE LA PROCEDURE DE SAUVEGARDE. 2.1. le recadrage des critères d'accès à la procédure de sauvegarde. 2.1.A. Faits justificatifs. 2.1.B. Caractérisation in concreto des déboires financiers rencontrés par le demandeur. 2.2. les effets subséquents à l'adoption du plan de sauvegarde. 2.2.A. L'éviction du dirigeant n'est plus envisageable. 2.2.B. Le procédé de déclaration des créances: un passage obligé? 3. QUELLE ATTRACTIVITE POUR LES PARTENAIRES DU DEBITEUR? 3.1. La sauvegarde entre emballlement des uns et désengouement des autres. 3.1.A. La constitution de comités des créanciers: une méthode de concertation efficiente? 3.1.B. La préservation du mécanisme de suspension provisoire des poursuites individuelles. 3.2. La qualification juridique du nouveau mécanisme de sauvetage. 3.2.A. La sauvegarde: une procédure amiable, collective ou hybride? 3.2.B. Le caractère “ambivalent” de la nouvelle procédure de sauvegarde. 4. EPILOGUE. 5. BIBLIOGRAPHIE.

1. INTRODUCTION

Au-delà de l'instauration d'une procédure de conciliation, une procédure dite de “sauvegarde” a été introduite récemment en droit Marocain, tout en rénovant totalement le droit des entreprises en difficulté. On se réfère désormais à la loi 73-17 du Dahir n°1-18-26 du 19 Avril 2018 publiée au Bulletin Officiel n°6732 du 6 décembre 2018¹, ci-après la loi 73-17 relative aux difficultés de l'entreprise.

Cette nouvelle loi, qui complète utilement “la boîte à outils”², du livre V du code de commerce, constitue une procédure à mi-chemin, entre la procédure préventive de conciliation et les procédures curatives de traitement.

¹ Consultez le secrétariat général du gouvernement. www.sgg.gov.ma.

² ROUSSEL GALLE, F., “La procédure de sauvegarde : quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice”, *Jurisqueur périodique*, Edition 2006, p. 2437.

L'arsenal législatif Marocain a fait l'objet d'un *dépoussiérage* de ses dispositions législatives jugées surannées et entachées d'anachronisme, et ce par l'abrogation du livre V de la loi 15-95³ formant le code de commerce relatif aux difficultés de l'entreprise et son remplacement par la loi 73-17. Un texte de refonte qui est resté en vielleuse pendant bien longtemps.

Le législateur a pu enfin mettre à la disposition des entités en difficulté un procédé susceptible d'assurer la préservation des entreprises saines et viables éludant ainsi l'aggravation de leurs difficultés, voire leur disparition le cas échéant.

Une nouvelle architecture du droit des entreprises en difficulté a pu voir le jour, une nouvelle version qui tend essentiellement à satisfaire à tous les intervenants, faisant en sorte de conjuguer plusieurs impératifs sans bafouer les droits des uns et privilégier les intérêts des autres.

L'adoption de la loi fut annoncée de "but en blanc", que plusieurs praticiens l'ont estimée ainsi brusque et précipitée, et n'ont pas hésité de montrer leur sidération quant aux circonstances de son entrée en vigueur.

Si certaines lois sont caractérisées par le repli sur soi, la loi Marocaine plus précisément le droit des procédures collectives, est très marqué par son ouverture sur le droit comparé Français⁴, qui constitue une source d'imprégnation privilégiée.

La procédure de prévention des difficultés des entreprises est opportune face aux éclatements récurrents du contentieux commercial et économique. Les évolutions constatées afin

³ Loi n°1995-15 du Dahir n°1-96-83 du 1^{er} Aout 1996. Bulletin Officiel n°4418 du 3 octobre 1996. Cette Loi avait remplacé l'ancien code terrestre de 1913 qui traite la faillite du débiteur d'entreprise en difficulté. Ce code "très rigoureux" fût une loi sanctionnatrice, coercitive visant à éjecter le débiteur du monde des affaires en raison de son insolvabilité, peu importe qu'il soit malhonnête ou malchanceux et victime de conjonctures qui lui dépassent. Par contre la loi 15-95 et la 73-17 permettaient au chef d'entreprise malheureux de pouvoir bénéficier de la règle de la "seconde chance" afin d'éviter au maximum le recours aux procédures contentieuses de redressement, ou la de liquidation judiciaire le cas échéant.

⁴ Loi n.°84-148 du 1 mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises.

Loi n.° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

Loi n.° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises

Loi n.° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, entrée en vigueur le 1er janvier 2006, et son décret d'application n°2005-1677 du 28 décembre 2005 favorisant le sauvetage, la prévention et la négociation, également applicable aux professions libérales et indépendantes.

Le droit des entreprises en difficulté français, est un droit en " perpétuel chantier " comme en attestent les réformes successives de 2008, 2010, 2011, 2012, 2014, 2015,2016.

La loi de régulation bancaire et financière, adoptée définitivement par l'Assemblée nationale le 11 octobre 2010, a été publiée au Journal Officiel du 23 octobre 2010 créant la procédure de sauvegarde accélérée et sa déclinaison ou sa variante qui est sauvegarde financière accélérée.

Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises. Journal officiel de république Française (ci-après JORF) n° 0119 du 23 Mai 2019.

d'harmoniser le texte législatif et les pratiques attestent de l'énergie manifestée par le législateur Marocain. Certes, des manquements demeurent toujours, mais les procédures mises à la disposition des hommes d'affaires sont d'un intérêt indéniable. Car, puisque le mal des entreprises ne connaît pas de grève, il faut donc trouver la relève pour le juguler.

Si pour certains commentateurs de cette nouvelle loi, la mesure baigne dans un climat de bienveillance car elle permettra aux entreprises de remonter la pente et de corriger les irrégularités de leurs trésoreries, par la reconstruction de l'actif patrimonial et la restructuration de l'endettement, pour certains ténors du droit des procédures collectives l'avènement de cette loi n'a pas reçu l'engouement tant espéré⁵.

Si le dicton populaire disait "on ne mesure pas les hommes à la toise, c'est par le degré de mérite qu'on les apprécie", ce même raisonnement doit être adopté. On ne peut pas juger du degré d'applicabilité et d'efficacité de la nouvelle loi 73-17, tant qu'on n'a pas réalisé des avancées sophistiquées en matière de sauvetage des entreprises en difficulté.

Après plus de deux ans depuis son entrée en vigueur, déjà un constat global a pu être tiré concernant les résultats et les perspectives à l'avenir qui, à notre sens, constituent des conclusions et des jugements hâtifs et précipités condamnant le dispositif en vigueur, car des législations comparées ont pu juger de son efficacité et sa capacité à rendre à meilleure fortune les entreprises qui souffrent de difficulté de règlement de leurs dettes.

Selon le garde des sceaux Français à l'époque en fonction. CLEMENT "le principe même de la sauvegarde, pivot de ce droit profondément rénové, nous fait passer de l'ère du dépôt de bilan à celle de la demande de protection judiciaire". La première était synonyme d'échec, la seconde sera synonyme d'espoir⁶.

A travers cette étude, notre ambition sera de dévoiler est ce que cette procédure constitue vraiment une *panacée* pour les entreprises victimes de conjonctures qui dépassent leurs capacités de rebondissement, ou bien c'est une sorte de *frénésie* législative⁷ commandée par le souci d'être toujours au diapason des législations étrangères, qui sont au palmarès en matière d'innovations législatives⁸. On va donner un *focus* sur les critères d'accès à cette procédure et les effets subséquents.

⁵ LYAZAMI, N., "plus de vingt ans d'application du droit préventif de difficulté de l'entreprise : un bilan mitigé", *Revue Marocaine d'administration locale et de développement*, n°148, septembre-octobre, 2019, p. 110 et suiv.

⁶ CLEMENT, P., "Avant-propos du garde des Sceaux. Ministre de la justice": *Gaz. Pal.* 8 sept. 2005, p. 3.

⁷ LYAZAMI, N., "plus de vingt ans d'application du droit préventif des difficultés de l'entreprise: un bilan mitigé" *Revue Remald*, n°141. Juillet-Août 2018, p. 120.

⁸ Directive (UE) 2019/1023 du parlement européen et du conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité). Initiée par la loi *Pacte* n° 2019-486 du

On sera tenté également de dresser un bilan provisoire sur son degré d'application même s'il est un peu précoce pour tirer des conclusions, car ce *nouveau-né législatif* vient de souffler sa deuxième bougie, il n'y a pas bien longtemps. Après l'écoulement de deux années quel constat peut-on en tirer?

Notre analyse portera sur la comparaison avec le droit Français, gisement inestimable pour le législateur Marocain. En dénichant les points de ressemblance ou de divergence éventuellement.

2. LA PRÉVENTION-DÉTECTION PAR LE BIAIS DE LA PROCÉDURE DE SAUVEGARDE

Si le droit Français depuis 2005⁹ et jusqu'aujourd'hui à travers la promulgation de *la loi pacte*¹⁰ a pu réaliser des avancées très spectaculaires en matière de sauvetage des entreprises, leurs consœurs Marocaines sont restées privées de toutes ces prérogatives jusqu'au 2018.

La sauvegarde était adoptée en 2005 en France, ce n'est qu'après 13 ans que le législateur marocain a pris conscience quant à la possibilité de cette procédure de sauver ou de restructurer des entreprises qui remplissent les critères requis.

Dire que la procédure de sauvegarde est plus attractive n'est pas hasardeux. L'entrée en vigueur de l'ordonnance du 18 décembre 2008 complétée par un décret d'application le 12 février 2009 a bien marqué les esprits. C'était l'occasion pour aborder des retouches et des mesures de simplification des textes, mais sans que cela produise un remaniement de l'architecture de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. La réforme introduite a rendu la procédure de sauvegarde plus efficiente pour le débiteur.

Le droit Français a fait des avancées très sophistiquées en matière de procédure de sauvegarde, afin d'augmenter son efficacité et de sauvegarder et côtoyer les entreprises viables quand elles passent par des moments de difficulté de trésorerie.

Il convient de signaler que cette même loi de sauvegarde a été modifiée sur deux points très intéressants. D'abord les comités des créanciers, introduits par la loi du 26 juillet 2005 puis réformés par l'ordonnance du 18 décembre 2008.

22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises. Journal Officiel de l'union européenne. 26 Juin 2019.

⁹ La Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, entrée en vigueur ,1er janvier 2006, et son décret d'application n°2005-1677 du 28 Décembre 2005. Livre VI du code de commerce français.

¹⁰ Loi pacte n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises qui favorise la culture du rebond et qui offre une seconde chance aux entreprises victimes de difficultés conjoncturelles afin de leur permettre de rebondir. Cette loi à travers "la procédure du rétablissement professionnel du chef d'entreprise" lui confère la possibilité de bénéficier d'un effacement de ses dettes.

Ensuite, ce qui est le plus marquant, c'est la création d'une sous-procédure dite sauvegarde financière accélérée (ci-après SFA), dont le but est la restructuration de l'endettement, réservée à de grandes entreprises remplissant des conditions bien spécifiques et déterminées. Cet outil permet de favoriser l'adoption d'un plan de sauvegarde et tente à mettre terme aux oppositions des créanciers minoritaires, récalcitrants qui refusent de faire des concessions.

FRANCOIS XAVIER¹¹ considérait cette procédure de SFA comme une procédure collective au sens "qu'elle emporte une saisie collective du patrimoine du débiteur", tandis que SAINT-HALARY HOUIN¹² estimait qu'elle est une procédure "élitiste" et "instrumentalisée".

Toujours dans la perspective de maintenir des entreprises saines et solvables, le législateur Français via l'ordonnance du 12 mars 2014 a notamment créé la procédure de sauvegarde accélérée pour les grandes entreprises préalablement engagées dans une procédure de conciliation.

En s'imprégnant du législateur Français, et pour être au palmarès des législations avancées, le Maroc tout en bousculant totalement le droit des entreprises en difficulté, avait prévu par la loi 73-17¹³ le procédé de sauvegarde tendant essentiellement à augmenter l'efficacité et à assurer l'ancrage optimal des mesures préventives anticipatives mais également à sauvegarder et côtoyer les entreprises viables quand elles passent par des moments de difficulté de trésorerie sporadiques qui ne nécessitaient pas vraiment des mesures curatives.

Le livre V du code de commerce Marocain traitant les procédures de difficultés de l'entreprise offre une large palette de procédés ou procédures dites *soft* visant précisément la préservation des entreprises saines, en évitant qu'elles dérapent vers les procédures de traitement dont l'issue n'est pas toujours bienveillante.

L'éclosion de la nouvelle procédure de sauvegarde a suscité l'engouement des uns comme elle a été jugée comme inutile par les autres puisqu'elle présente des traits de similitude avec la conciliation, et son avènement ne va que rendre les justiciables encore plus perplexes quant au choix qu'ils doivent faire.

Si on pourra tirer des leçons après plus de deux ans d'application de la procédure de sauvegarde au Maroc, on est incapable de parler de sa variante qui est la sauvegarde financière accélérée car elle est méconnue par le droit Marocain.

¹¹ FRANCOIS-XAVIER, L., Colloque *Que reste-il des principes traditionnels des procédures collectives face au Morcellement du traitement de la défaillance*, 25 novembre 2011. université paris ouest Nanterre la défense.

¹² SAINT-HALARY HOUIN, C., "Les leçons de cinq d'application de la loi de sauvegarde", *Montpellier I. la sauvegarde financière accélérée*, p. 32 et suite.

¹³ La procédure de sauvegarde est régie par le TITRE III du LIVRE V de la loi 73-17 relative aux procédures de difficultés de l'entreprise par les articles 560 à 574.

La nouvelle procédure de sauvegarde vise particulièrement à surmonter les difficultés de l'entreprise, pour assurer la poursuite de son activité, l'apurement du passif et le maintien des emplois¹⁴.

Parmi les finalités de l'adoption de cette nouvelle loi 17-73 figure le fait d'assurer une attractivité pour les procédures amiables qui ont beaucoup perdu en notoriété en raison de plusieurs facteurs intrinsèques¹⁵.

Non seulement l'anticipation est le fondement de cette loi et la prévention est sa *leitmotiv*, mais encore, le chef d'entreprise débiteur n'est pas dessaisi de ses prérogatives; il poursuit son activité, éventuellement surveillé par la justice. C'est un autre aspect non négligeable du caractère novateur de la loi.

A quoi consiste la nouvelle procédure de sauvegarde? Quels sont ses conditions d'ouverture? Et quel est le sort des créanciers et du débiteur après l'adoption d'un plan de sauvegarde?

2.1. Le recadrage des critères d'accès à la procédure de sauvegarde

La volonté du législateur Marocain est de faire bénéficier le débiteur en difficulté, avant de se retrouver dans la cessation de paiement, d'une protection de la justice, sous l'égide de laquelle, il va s'abriter contre les poursuites de ses créanciers, jusqu'à ce qu'il parvienne à élaborer un accord dit "plan de sauvegarde" avec ces derniers.

Ces critères de recadrage permettent de veiller à ce que cette procédure ne soit pas ouverte à *mauvais escient*, ou utiliser de façon incongrue. Le but c'est d'obtenir une "réorganisation"¹⁶ de l'entreprise, le maintien de l'emploi, et l'apurement du passif¹⁷.

Le législateur n'a pas voulu laisser au débiteur toute la latitude pour demander le bénéfice de la procédure de sauvegarde, il redoutait l'abus du débiteur à vouloir saisir le juge dans le seul but de limiter ou de nuire aux intérêts légitimes de ses créanciers. Le législateur a voulu éviter l'utilisation détournée ou démesurée de cette procédure.

¹⁴ Art. 560 de la loi 73-17 relative aux difficultés de l'entreprise.

¹⁵ LYAZAMI, N., "la Prévention des difficultés des entreprises : approche comparative entre le Droit Marocain et le Droit Français", *Thèse de doctorat en Droit privé*, Université du Sud de Toulon-Var. 4 juin 2013, p. 260.

¹⁶ Le choix du terme "réorganisation", laisse entendre que l'objectif n'est pas de céder ou liquider l'entreprise, mais de poursuivre l'activité, en procédant aux mesures nécessaires pour assurer sa pérennité. Le choix du terme de "sauvegarde", traduit une approche plus optimiste, de connotation positive sur le sort de l'entreprise, s'éloignant de l'échec qui caractérise trop souvent le redressement judiciaire.

¹⁷ L'art. 560 du livre V de la loi 73-17 relative aux difficultés des entreprises.

2.1.A. faits justificatifs

Les faits justifiant la demande d'ouverture de la sauvegarde et selon les termes de l'art. 561 de la loi 73-17 sont "la procédure de sauvegarde peut être ouverte à toute entreprise commerciale¹⁸ qui sans être en cessation de paiement éprouve des difficultés¹⁹ qu'elle n'est pas en mesure de surmonter de nature à conduire dans un délai proche à la cessation des paiements"²⁰.

Si le législateur Marocain, évoque la précision de "nature à conduire à la cessation de paiement", son homologue Français a écarté cette perspective²¹.

Généralement c'est la situation financière qui incite les juges à accepter d'ouvrir la procédure de sauvegarde, mais dans une résolution jurisprudentielle Française²², c'est le conflit social qui a été mis en évidence. La société était encore bénéficiaire, mais le poids de ses emprunts était singulièrement important et personne dans l'entreprise n'était en mesure de déterminer sa situation financière exacte.

Il y avait des signes prémonitoires de difficultés sociales très avérées comme :

- L'absence d'une vraie direction (directeur de la société est présent de façon intermittente);
- La multiplication des conflits familiaux et sociaux;
- Blocage majeur et mouvements de grève récurrents;
- L'actionnaire majoritaire tergiversait sur l'option de la cession de l'entreprise;

¹⁸ Son homologue Français avait élargi la palette des personnes bénéficiaires de la sauvegarde. L'art. 620-2 du code de commerce français dispose : "La procédure de sauvegarde est applicable à toute personne exerçant une activité commerciale, artisanale ou une activité agricole définie à l'art. L. 311-1 du code rural et de la pêche maritime et, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé".

¹⁹ A préciser que la loi Marocaine, ne s'est pas exprimée sur la nature de ces difficultés, un terme général qui peut englober, celles économiques, financières, juridiques et sociales voire politiques.

²⁰ Art. L 620-1 du code de commerce Français dispose "Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'art. L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif".

²¹ Depuis l'ordonnance de 18 décembre 2008, le texte est rédigé comme suit "il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur, qui sans être en cessation de paiement, justifie de difficulté qu'il n'est pas en mesure de surmonter".

²² Les tribunaux ont été conduits à accorder l'ouverture de la procédure de sauvegarde à une entreprise employant 170 salariés lorsqu'ils ont déduit qu'elle justifiait des difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter, de nature à conduire à la cessation des paiements. C'est le cas dans un jugement du TGI.ch.com. Bressuire, 19 décembre 2007. n°07-4.

- L'intention du président de présenter sa démission.

En France, cette notion de cessation de paiement a été éludée par la réforme de l'ordonnance de 18 décembre 2008²³, qui a retranché l'exigence d'une perspective de cessation de paiement. Le but de cette réécriture était de rendre moins rigide et d'assouplir les conditions d'ouverture de la sauvegarde, en déconnectant les difficultés justifiant cette ouverture de la cessation de paiement.

L'existence de "difficultés qui ne peuvent être surmontées" signifie que le débiteur n'était pas en mesure de vaincre seul ses difficultés sans un plan. Les tribunaux ont tendance à recourir de plus en plus à des éléments subjectifs, moins comptables et plus humains, pour apprécier la situation du débiteur. Il n'est plus question de limiter les difficultés à "des difficultés juridiques, économiques, et financières" et c'est cette même vision que partageait certains auteurs, comme CHAPUT "la démonstration n'en sera pas uniquement comptable, la subjectivité est à considérer : maladie, âge, découragement du débiteur"²⁴.

Tant en droit Français qu'en droit Marocain, Deux conditions *sine qua none* doivent être réunies de façon cumulative et non pas alternative, la première condition est négative est celle de l'absence de l'état de cessation de paiement, ci-après CP la deuxième condition est positive il s'agit de l'existence des difficultés insurmontables pouvant conduire à la cessation des paiements dans un futur proche.

La doctrine française²⁵ estime que la cessation de paiement en tant que notion reflétant l'insolvabilité du débiteur doit être déconnectée de la phase de prévention, d'anticipation et de rebondissement, car elle crée chez les partenaires de l'entreprise un attentisme excessif, un scepticisme accru et dénature le caractère anticipatif de la prévention.

2.1.B. Caractérisation *in concreto* des déboires financiers rencontrés par le demandeur

La loi Marocaine impose au débiteur de convaincre le tribunal qu'il se trouve dans une situation insurmontable. Les raisons qui justifient cette position c'est d'éviter que le débiteur profite des avantages de cette procédure au détriment des autres créanciers, car la sauvegarde présente pour ces derniers un inconvénient non négligeable.

²³ Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté. Journal officiel de la république française ci –après (JORF).n°0295 du 19 décembre 2008.

²⁴ CHAPUT, Y., "Une nouvelle architecture du droit français, des procédures collectives", *Jurisqueur périodique. Ci-après* ", JCP, 2005, p. 184.

²⁵ VALLANSAN, J., "Que reste-t-il de la cessation des paiements?", *Revue des Procédures Collectives*, dossier 13, 2012; FAURY D., "La notion de cessation des paiements et la loi dite de sauvegarde des entreprises", *Gazette du Palais*, 23 janv. 2007, n°G2924, p. 8.

Elle entraîne un arrêt des poursuites et donc, le créancier ne peut plus agir en paiement, contre le débiteur, qui bénéficiera d'une période pendant laquelle, il pourra reconstituer sa trésorerie. Ensuite, si le créancier omet de déclarer sa créance dans les délais légaux, il perd tout droit à la répartition et s'il refuse de consentir des délais de paiement ou des remises de dettes, il sera subordonné à des délais de paiements imposés dans le cadre du plan de sauvegarde.

Le créancier qui s'abstient à déclarer sa créance dans les délais impartis sera frappé de Forclusion. Cependant, une action en relevé de forclusion peut être déclenchée s'il arrive à prouver que son inertie était due à une force majeure²⁶.

La demande d'ouverture de la procédure de sauvegarde doit être faite par le chef d'entreprise en difficulté auprès du tribunal territorialement compétent, sa demande doit être déposée au service du secrétariat greffe tout en exposant la nature des difficultés²⁷ qui vont compromettre la continuité de l'exploitation de son entreprise comme il doit faire parvenir au tribunal (preuve à l'appui) tout document qui atteste de l'existence et de l'aggravation de ces difficultés dans un futur proche.

Le débiteur doit joindre à sa demande d'ouverture de sauvegarde, un “projet de plan de procédure de sauvegarde” qui doit énoncer les mesures nécessaires pour préserver l'activité de l'entreprise et définir les modalités de règlement du passif, ainsi que les garanties disponibles et proposées pour financer le dit plan et assurer son exécution.

L'existence de “difficultés” doit être confortée par des chiffres financiers et comptables, d'où le rôle primordial des commissaires aux comptes-experts comptables.

L'acceptation ou le refus d'adoption d'un plan de sauvegarde revient au tribunal de commerce qui avant de trancher pourra valablement consulter toutes les entités (Caisse Nationale de la Sécurité Sociale- service de fiscalité-trésorerie du Royaume-les banques...) ²⁸ qui peuvent lui fournir des informations plus amples sur la situation économique, financière et sociale de l'entreprise boiteuse comme il peut mener une expertise dans ce sens en faisant appel à un expert.

Le tribunal toujours ; à qui revient le dernier mot, est tenu de convoquer personnellement le chef d'entreprise à huit clos (en chambre de conseil) afin d'écouter ses propos et ce dans un délai de 15 à partir du dépôt de la demande d'ouverture de la sauvegarde.

²⁶ Arrêt de la cour de cassation, ch.com, Rabat, n°146-878-3-2-2003, *Revue gazette des tribunaux du Maroc*, n°108, p. 49.

²⁷ Art. 561 du code commerce Marocain, 2^{ème} alinéa.

²⁸ Ces entités ne peuvent pas se retrancher derrière le secret professionnel et s'abstenir de fournir les informations nécessaires, toute disposition contraire est réputée non avenue (art. 563 du code de commerce Marocain).

Ajoutant également, que la situation de l'entreprise doit être appréciée en elle-même, sans que soit prises en compte les capacités financières du groupe auquel elle appartient ; ce qui signifie que les difficultés doivent être insurmontables pour le débiteur, avec ses seules ressources et sans que l'existence ou l'imminence de poursuites de la part des créanciers soient exigées.

Les juges doivent apprécier ces difficultés *in concreto*, en se plaçant au jour où ils statuent. C'est la date à laquelle il est procédé à l'ouverture de la procédure, ce n'est pas la situation à la date de la saisine qui importe, car il a pu être constaté qu'au jour de la demande, les éléments n'étaient pas à eux seuls suffisants pour obtenir l'ouverture de la sauvegarde ; mais que c'est leur appréciation au jour du jugement qui a permis au juge d'être convaincu de la nécessité impérieuse de faire bénéficier le débiteur d'un plan de sauvegarde .

La cour d'appel doit se situer au jour du jugement pour apprécier le bien-fondé de l'ouverture et non pas au jour où elle statue. Car il se peut qu'entre le jugement et l'audience de la cour d'appel, un événement ait lieu et mette fin aux difficultés. Dans cette hypothèse, la cour de cassation refuse à la cour d'appel de réformer le jugement mais elle pourra convertir la sauvegarde en redressement judiciaire en cas de constatation d'une cessation de paiement.

Art. 564 de la loi 73-17 prévoit la conversion de la procédure de sauvegarde en une procédure de traitement des difficultés s'il s'est avéré que le jour du jugement d'ouverture de la procédure l'entreprise était déjà sombrée dans la *cessation de paiement*, devant cette hypothèse le tribunal doit fixer la date de cessation de paiement qui ne peut être antérieure à 18 mois de la date du jugement d'ouverture art. 713 de la nouvelle loi 73-17.

Si l'ouverture de la sauvegarde suppose l'absence de l'état de cessation de paiement du débiteur, il serait anodin de préserver un plan de sauvegarde pour une entreprise qui cesse de payer ses dettes, l'immixtion de la notion de cessation de paiement (ci-après CP) à mi-chemin entraîne inéluctablement la substitution de la sauvegarde par un redressement ou une liquidation selon la situation de l'entreprise moribonde. On peut dire que la notion de Cessation des Paiements est une ligne séparatrice entre l'amiable et le contentieux²⁹.

2.2. Les effets subséquents à l'adoption du plan de sauvegarde

La nouvelle procédure de sauvegarde "revalorise la situation du débiteur", elle lui permet de se prémunir contre les poursuites de ses créanciers. Ce dispositif permet au dirigeant de rester davantage maître de la procédure, sous le contrôle du tribunal de commerce, parce qu'il n'est pas mis en concurrence avec des tiers qui pourraient proposer le rachat de l'entreprise. Quand l'entreprise est en sauvegarde, cela signifie qu'elle n'est pas encore défaillante ; il n'y a à ce stade aucune raison d'empêcher le dirigeant de gérer l'entreprise.

²⁹ LYAZAMI, N., "la Prévention des difficultés des entreprises : approche comparative entre le Droit Marocain et le Droit Français", *Thèse de doctorat en Droit privé*, Université du Sud de Toulon,-Var. 4 juin 2013.

L'ouverture de la procédure de sauvegarde entraîne la suspension provisoire des poursuites individuelles de la part des créanciers, visant à geler le passif patrimonial momentanément pour ne pas l'aggraver et amoindrir l'actif patrimonial. Sa conversion en une procédure de redressement pour surgissement de l'état de cessation de paiement, oblige les créanciers de procéder à déclarer leurs créances auprès du syndic, cette typologie de créanciers sont désintéressés par préférence, aux autres créanciers titulaires de garanties ou sûretés art. 573 de la loi 73-17.

2.2.A. L'éviction du dirigeant n'est plus envisageable

Tant en droit Français³⁰, qu'en droit Marocain, l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant. En droit Marocain, il est habilité à administrer, exercer des actes de gestion seulement, il ne peut agir que sur le contrôle du syndic et du juge commissaire pour tous les actes d'exécution du plan de sauvegarde³¹.

En droit Français³², " lorsque le tribunal désigne un ou plusieurs administrateurs judiciaires, il les charge ensemble ou séparément de surveiller le débiteur dans sa gestion ou de l'assister pour tous les actes de gestion ou pour certains d'entre eux".

Dans sa mission d'assistance, l'administrateur est tenu au respect des obligations légales et conventionnelles incombant au chef d'entreprise.

L'administrateur peut faire fonctionner sous sa signature les comptes bancaires ou postaux dont le débiteur est titulaire.

Tant en droit Marocain qu'en droit Français, l'ouverture de la procédure de sauvegarde n'entraîne pas le dessaisissement du débiteur.

Au cours de la période de préparation de la solution, le dirigeant ne peut être dessaisi de ses prérogatives de direction de l'entreprise, le maintien en place du dirigeant est justifié, il sera anodin que le juge procède au bouleversement de la direction d'une entreprise qui n'est pas défaillante. De même, il nous paraît judicieux que le dirigeant continue à gérer l'entreprise puisqu'il a su traiter en amont les difficultés. Donc, toute initiative tendant à lui ôter cette prérogative, sera réputée inopportune, voire fâcheuse.

De surcroît, pour les deux cadres normatifs Français et Marocain, la saisine du tribunal en vue de bénéficier d'une procédure de sauvegarde est laissée à la seule initiative du débiteur, à

³⁰ Art. L 622-1 du code de commerce Français.

³¹ Ce qui signifie que le dirigeant ne dispose pas d'une totale liberté pour gérer l'entreprise, car derrière le dirigeant, se cache en réalité le débiteur qui bénéficie d'une protection patrimoniale depuis l'ouverture de la procédure.

³² Art. L 622-1 du code de commerce Français.

l'exclusion des créanciers ou de toute personne intéressée. C'est une procédure volontaire, préventive, qui vise l'empêchement de la prolifération des difficultés, comme elle tend à la prévention d'une cessation de paiement imminente.

La loi Marocaine et Française sont unanimes quant à l'obligation pour le débiteur de mettre à la disposition du syndic et du juge-commissaire une liste exhaustive des biens de l'entreprise grevés de sûretés ainsi que tout son actif et les droits qui peuvent faire objet *d'action en revendication* ou des *actions obliques* de la part de leurs titulaires.

Le débiteur est tenu de faire parvenir au tribunal des documents probatoires pour une meilleure lecture des circonstances par lesquelles passe l'entreprise en difficulté³³.

L'art. 561, 4^{ème} alinéa dispose que le chef d'entreprise peut fournir tout autre document qui montre clairement la nature des difficultés qu'éprouve l'activité de l'entreprise. La loi est très regardante sur les documents fournis, car via ces pièces justificatives le juge pourra trancher sur le caractère opportun ou non d'une ouverture de la sauvegarde.

Même si le dessaisissement du débiteur n'est pas prévu, ce dernier doit se contenter d'accomplir les actes de gestion seulement, pour les autres actes étrangers à la gestion courante de l'entreprise, l'assentiment préalable du juge-commissaire est une condition incontournable pour leur validité.

A titre de comparaison avec le droit Français, on peut déduire que la loi est toujours lapidaire, les dispositions ont un sens large, indéfini, disparate et restent soumises à la technique d'analogie et *d'extrapolation* sur la procédure de redressement, à laquelle il faut faire référence à chaque fois. Alors que ce nouveau procédé avait sa particularité, et la sagesse voudrait qu'il lui soit réservé plus de règles réglementant la matière³⁴.

L'assimilation entre la sauvegarde et le redressement est anodine, car si la première est préventive, précontentieuse, la seconde est purement judiciaire.

Afin de mieux cerner les missions dévolues au débiteur pendant la procédure de sauvegarde, il nous est paru judicieux de faire référence aux dispositions législatives françaises, qui offrent une vision détaillée et claire sur son rôle et de quoi il est légalement investi.

³³ Art. 577 du code de commerce Marocain. Livre V relatif aux difficultés des entreprises.

³⁴ Après plus de deux ans, aucun texte réglementaire n'a été prévu pour la loi 73-17, pareil pour la loi 15-95 tombée en désuétude. Cette réticence réglementaire va générer des problèmes quant à l'assimilation et l'application exhaustive de la loi.

En droit Français, et pendant la période d'observation³⁵, le président du tribunal peut ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du défendeur à l'action paulienne, à la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du ministère public ou d'office. Il s'agit de l'hypothèse où le débiteur a agi en fraude aux droits des créanciers, et que ces derniers pour ne pas être lésés tendaient à rendre inopposables les actes conclus en fraude à leurs droits en invoquant la fraude paulienne qui tendait à affaiblir l'actif patrimonial du débiteur pour s'échapper au désintéressement des créanciers agissant ainsi en connivence avec un acquéreur de mauvaise foi.

Toujours en droit Français, la loi confère au débiteur le droit de demander une prorogation de la période d'observation, chose qui n'est pas prévue en droit marocain, et qui reste monopolisée par le syndic habilité seul à demander le renouvellement du délai³⁶.

Le débiteur peut proposer le nom d'un ou plusieurs administrateurs ; le tribunal sollicite les observations du débiteur quand le ministère public propose la nomination d'un ou plusieurs administrateurs judiciaires. Le débiteur peut demander au juge-commissaire de saisir le tribunal aux fins de remplacer l'administrateur judiciaire.

2.2.B. Le procédé de déclaration des créances: un passage obligé?

L'art. 719 dispose que sont tenus de déclarer leur créance au syndic tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement³⁷ au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés.

Le législateur avait posé le critère de l'antériorité de la créance, il a énoncé également que la nature de la créance importe peu (chirographaires ou privilégiés), ainsi que le défaut de la preuve écrite

L 622-24 du code de commerce Français énonce : "à partir de la publication du jugement, tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, adressent la déclaration de leurs créances au mandataire judiciaire dans des délais fixés par décret en Conseil d'Etat".

Le législateur Français mentionne clairement que dès la publication du jugement d'ouverture de la sauvegarde une déclaration des créances doit s'initier de la part de tous les créanciers toute catégorie concernée, son homologue Marocain, parle désormais de la déclaration des créances qu'en cas de conversion de la procédure de sauvegarde en redressement ou liquidation. Ce que

³⁵ On parle en droit Marocain plutôt de la notion de la période de préparation de la solution, fixée à 4 mois prorogeable une seule fois. Soit 8 mois, alors qu'en droit Français, cette période est de 6 mois renouvelable une seule fois mais peut être prorogée de 6 mois supplémentaire, soit 18 mois au total.

³⁶ Art. 595 de la loi 73-17.dernier alinéa.

³⁷ Tantôt, la loi parle du critère d'antériorité de la créance, tantôt de postériorité, ce critère commence à perdre sa portée, et devient moins pesant et non-sens.

nous pouvons en déduire c'est que le jugement d'ouverture de la sauvegarde n'entraîne pas obligation de déclarer la créance, car ce procédé concerne les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture du redressement. Le quatrième alinéa de l'art. 573 rappelle l'obligation qui pèse sur les créanciers dont la créance est née après le jugement d'ouverture de la sauvegarde de déclarer leurs créances.

L'analyse des derniers arrêts de jurisprudence relatifs à la sauvegarde permet de conclure que la déclaration des créances après l'ouverture de la sauvegarde et sa publication au Bulletin Officiel n'est pas prévue par ces arrêts³⁸.

Jugement du tribunal de commerce de Casablanca n.°92, dossier 2018-8301-59 du 12-juillet 2018 relatif à l'adoption d'un plan de sauvegarde pour l'entreprise Stroc Industrie.

Jugement du tribunal de commerce de Casablanca n.°123, dossier 20148-8315-113, du 1^{er} octobre 2018, relatif à l'adoption d'un plan de sauvegarde pour l'entreprise Sotravo.

Dans les deux législations respectives, la loi parle de l'obligation de déclarer la créance dans les délais impartis par le législateur sous peine d'être forclos, et ce à partir de l'ouverture de la procédure de sauvegarde. Or, on s'interroge s'il y a obligation de déclarer la créance, pourquoi le législateur a omis de le signaler clairement dans le chapitre réservé à la sauvegarde, obligeant ainsi tout intéressé de recourir *infra* pour appréhender ce procédé ?

On se demande aussi, pourquoi le législateur a failli préciser de quel jugement d'ouverture s'agit-il (sauvegarde-redressement-liquidation). Doit-on recourir à l'analogie sur le redressement pour circonscrire les limites de cette nouvelle procédure, pourquoi la loi ; comme à l'accoutumée ; s'exprime toujours *en filigrane*?

La déclaration des créances pendant le redressement est régie par cinq art.s (art. 719 à 723) de la loi 73-17. Pendant la procédure de sauvegarde, à notre avis, il aurait été préférable de traiter le procédé de la déclaration des créances dans le chapitre réservé à la sauvegarde à l'instar de ce qui est prévu en droit Français, évitant ainsi une errance dans les dispositions législatives qui deviennent disparates.

La conversion de la sauvegarde en une procédure de redressement ou liquidation judiciaire entraîne impérativement l'obligation pour les créanciers chirographaires, ou détenteurs d'une garantie de paiement (sûreté réelle) ou d'une caution (sûreté personnelle) de déclarer leurs

³⁸ Jugement du tribunal de commerce de Casablanca n.°92, dossier 2018-8301-59 du 12-juillet 2018 relatif à l'adoption d'un plan de sauvegarde pour l'entreprise *Stroc Industrie*. Jugement du tribunal de commerce de Casablanca n.°123, dossier 20148-8315-113, du 1^{er} octobre 2018, relatif à l'adoption d'un plan de sauvegarde pour l'entreprise *Sotravo*.

créances déduction faite du montant des créances déjà perçues³⁹. Arrêt de la cour de cassation, n°1024 du 22-09-2004, dossier n.° 2003-2-3-555.

La déclaration des créances s'impose également à tout créancier dont la créance a pris naissance ultérieurement à l'ouverture de la procédure de sauvegarde, et non après le redressement judiciaire qui reste exonérée de ce procédé⁴⁰. Arrêt de la Cour de cassation Rabat, ch.com. n°1004,12-10-2005.

3. QUELLE ATTRACTIVITÉ POUR LES PARTENAIRES DU DÉBITEUR?

Le constat global d'échec des procédures préventives préexistantes, nous emmène à douter de la réussite de ce nouveau mécanisme de sauvegarde, car cet insuccès ou bien ce "degré d'applicabilité faible" tient essentiellement à une profonde méconnaissance du régime par les chefs d'entreprises, ainsi qu'à des imperfections techniques qui limitent sa portée et entravent sa réussite. Il semble que la mise en œuvre de certaines modifications du texte, ainsi qu'une meilleure information et sensibilisation sur l'intérêt de la prévention, seraient de nature à dynamiser un dispositif préventif actuellement en déshérence.

Une prise de conscience précoce est indéniablement importante. La prévention reste aujourd'hui une voie peu empruntée par la plupart des juridictions. Quant aux chefs d'entreprises, leur méconnaissance ou leur méfiance à l'égard de la prévention les amène à manquer d'initiative et c'est ce qui empêche le décollage de la procédure préventive à temps utile⁴¹.

En droit Marocain, l'attractivité pour la sauvegarde s'est manifestée via la demande introduite par l'entreprise *Stroc industrie*⁴², qui n'a pas tergiversé à consommer ce nouveau mécanisme. Elle a demandé le bénéfice de la sauvegarde, une initiative audacieuse couronnée de réussite, car l'entreprise a été soumise au bénéfice d'ouverture de la sauvegarde, puisqu'elle n'était pas en cessation de paiement, et présentait des plans sérieux de remboursement de ses dettes.

³⁹ Si les créanciers détenteurs de sureté publiée ou un contrat de crédit –bail publiés sont avertis et avisés personnellement par le syndic de l'ouverture de la procédure, cela ne leur dispense pas de procéder à la déclaration de leurs créanciers sous peine d'être évincés et forclos. Arrêt de la cour de cassation, n°1024 du 22-09-2004.dossier n° 2003-2-3-555.

⁴⁰ Arrêt de la Cour de cassation Rabat, ch.com. n°1004,12-10-2005. Revue recueil des arrêts de la cour suprême, n.°66. "La déclaration des créances au syndic ne peut concerner que les créances antérieures au jugement d'ouverture".

⁴¹ 8439 faillites en 2019 dues à l'augmentation des impayés et à la dégradation de la conjoncture, l'avenir n'est pas prometteur pour les entreprises en 2020 il y a un risque constant de voir des entreprises de gros calibre disparaître furtivement. Selon les indicateurs d'*inforisk d'Euler Hermès*, spécialiste du renseignement commercial, détenteur de l'indice global de l'évolution des défaillances d'entreprise.

⁴² "*Stroc industrie*" première entreprise ayant bénéficié du plan de sauvegarde quinquennal, quelques mois seulement après l'adoption du nouveau mécanisme de sauvegarde.

Son projet de plan de sauvegarde, était admis vu la crédibilité des modalités d'apurement du passif patrimonial du débiteur, ainsi que la fiabilité des garanties fournies pour l'exécution du projet de sauvegarde.

En droit Français ; Une affaire très remarquable⁴³ et commentée, avait mis le monde des procédures collectives en émoi. Arrêt "cœur défense", CA Paris, pole 5, ch. 9, n°09/ 22756. Elle valide le recours à la procédure de sauvegarde pour la holding d'acquisition *Hold et Dame Luxembourg*. Après moult tergiversations sur l'application exacte de la jeune procédure de sauvegarde, enfin une illustration saisissante surgira pour mettre fin aux interrogations relatives à la caractérisation des difficultés rencontrées par le demandeur. Le contentieux de l'affaire cœur défense ou "*Hold*", avait fourni une multitude de clarifications, ainsi que des conditions suffisantes pour juger de l'opportunité d'ouvrir une sauvegarde en faveur d'un débiteur malchanceux.

Dans cette affaire riche d'enseignements, il a été décidé trois points essentiels justifiant la demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, en évitant, éventuellement, toute tentative d'instrumentalisation ou de détournement de la part du débiteur, qui procédera à des demandes un peu hâtives, alors qu'il est toujours capable de désintéresser ses créanciers et d'honorer ses dettes⁴⁴.

3.1. la sauvegarde entre emballement des uns et désengouement des autres

Si l'adoption; à l'instar de ce qui prévu en droit Français; du mécanisme de sauvegarde est une initiative salubre, pour le débiteur en difficulté, lui permettant de bénéficier de la règle de la seconde chance, elle est pour les créanciers moins attractive, car elle leur empêche de poursuivre leur débiteur pour être payer sur leurs créances.

Le débiteur bénéficie par conséquent de la Suspension Provisoire des Poursuites individuelles, (ci-après SPP) qui suspend toute action en justice de la part des créanciers, comme elle interdit aussi au débiteur de procéder au règlement d'un créancier au détriment d'un autre.

Si la sauvegarde est bienveillante pour les uns, elle ne l'est pas pour les autres, cela constitue l'une des contraintes du droit des procédures collectives, qui parfois paraît insusceptible de conjuguer tous les impératifs de façon simultanée, et satisfaire tous les partenaires du débiteur, ou bien les parties prenantes.

⁴³ Arrêt "cœur défense", CA Paris, pole 5, ch. 9, n°09/ 22756, actualité des procédures collectives civiles et commerciales, n°7, 15 avril 2011.

⁴⁴ PETEL.P., "les nouveaux critères d'ouverture de la sauvegarde", *Revue droit et patrimoine*, décembre 2009, p. 59. L'arrêt "*cœur de défense*" offre un exemple attendu de l'exercice du pouvoir d'appréciation laissé au juge du fond dans l'appréciation du critère d'ouverture de la sauvegarde, car celui-ci est défini d'une manière très souple, spécialement depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008.

3.1.A. La constitution de comités des créanciers : une méthode de concertation efficiente?

La procédure de sauvegarde des entreprises, en accordant un droit au débiteur, a voulu équilibrer la balance en renforçant les droits des créanciers tout en leur permettant de s'organiser sous forme de comités des créanciers.

Ce dispositif se traduit par une meilleure participation des créanciers du moins pour ceux qui font partie de ces comités. Le législateur Marocain⁴⁵ à travers l'art. 606 octroie à ces créanciers un pouvoir et une influence déterminants sur l'issue de la procédure à l'instar de ce qui est prévu par son homologue Français qui permet à son tour aux créanciers de se constituer en comité⁴⁶. art.s L626-29 à L626-35 du *code de commerce français*.

La constitution de comité est conditionnée en droit Français par des seuils. Le législateur a voulu retenir un critère objectif, selon lequel, les débiteurs dont les comptes ont été certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable et dont le nombre des salariés est supérieur à 150, ou le chiffre d'affaire dépasse à son tour les 20 millions d'euros, peuvent constituer des “comités de créanciers”.

On constate que la constitution de comité n'est possible que si on est en présence d'une grande entreprise. Notons, également, que ces seuils ne sont pas cumulatifs, ils sont alternatifs.

Le droit Français, dans l'art. L626-29 et suivant du code de commerce, prévoit la constitution de deux comités : le comité des établissements de crédit et le comité des principaux fournisseurs de biens ou de services.

La distinction entre créanciers privilégiés et créanciers chirographaires a été rejetée, même si le comité des établissements de crédit est en réalité composé de créanciers titulaires de suretés ou de garanties, tandis que les membres du comité des fournisseurs sont en général des créanciers chirographaires. Les créanciers visés sont uniquement les établissements de crédit et les fournisseurs, à l'exclusion des créanciers salariaux, qui bénéficient toujours d'un traitement favorable.

Le droit Marocain, quand il a prévu la création des assemblées des créanciers avait omis de faire allusions à leur collaboration éventuellement lors de l'adoption d'un plan de sauvegarde. La loi prévoit, dans l'art. 606 du code de commerce “lors de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, une assemblée des créanciers doit être constituée...”

⁴⁵ Selon les termes de l'art. 606 code de commerce Marocain, “l'entreprise doit avoir un commissaire aux comptes, elle réalise un chiffre d'affaire annuel de 25 millions de dirhams et embauche plus de 25 salariés”.

⁴⁶ En droit Français, on parle de “comité des créanciers” qui ne date pas d'hier comme c'est le cas pour le droit marocain. Le comité des créanciers était instauré par la loi de sauvegarde des difficultés de l'entreprise du 26 juillet 2005. En droit Marocain, “l'assemblée des créanciers” était récemment prévue par la nouvelle loi 73-17 relative aux difficultés de l'entreprise.

Le droit Marocain, contrairement à son homologue Français, n'a pas désigné la forme de ces assemblées, ni leur typologie.

En droit Français, Ces comités prennent les formes suivantes et ils sont au nombre de deux: le premier comité est constitué des établissements de crédit (banques, sociétés financières...). Notons à ce point que l'ordonnance du 18 décembre 2008 classe les établissements assimilés aux établissements de crédit, dans cette catégorie. Elle parle désormais de toute entité ayant conclu avec le débiteur une opération de crédit sera membre du comité des établissements de crédit. Le second comité est constitué des principaux fournisseurs de biens ou services à l'entreprise.

3.1.B. La préservation du mécanisme de suspension provisoire des poursuites individuelles

Le législateur Marocain prévoyait dans l'art. 686 du code de commerce que "le jugement d'ouverture suspend ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement au dit jugement..."⁴⁷.

Les créanciers, inquiets par la situation de l'entreprise débitrice et soucieux de récupérer leur dû avant son aggravation, sont tentés d'exercer des poursuites dans ce but. Mais, ces poursuites et procédures d'exécutions constituent des pressions incompatibles avec l'esprit de la sauvegarde.

Réciproquement et par équilibre des concessions des parties, la même ordonnance interdit au débiteur, sauf autorisation spéciale du juge-commissaire et sous peine de nullité, de payer en tout ou en partie, une créance quelconque née antérieurement à la date du prononcé de la décision de suspension pour retirer une chose primordiale pour la poursuite de l'activité de l'entreprise.

Le bénéfice de cette dérogation aux principes généraux de la Suspension provisoire des poursuites (ci-après SPP) profite aussi au créancier titulaire d'une sûreté qui peut à son tour demander au juge-commissaire la vente du bien mobilier quand ce dernier présente des signes de déperissement imminent. Dernier alinéa de l'art. 686 du code de commerce Marocain.

En droit Français, le texte est sans équivoque : art. L622-7 du code de commerce qui traite la procédure de sauvegarde dispose: "Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. Il emporte également, de plein droit,

⁴⁷ A préciser dans ce sens que la prononciation de la Suspension Provisoire des poursuites individuelles arrête également l'accumulation des cours des intérêts, dès le jugement d'ouverture. Cependant, ces intérêts deviennent cumulables dès l'adoption du plan de sauvegarde. Voir art. 692 et 693 du code de commerce Marocain.

interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, Ces interdictions ne sont pas applicables au paiement des créances alimentaires”.

L’ordonnance prise par le président, pour la suspension des poursuites et exécutions, interdit et suspend les poursuites et les voies d’exécutions des créanciers dont les titres sont antérieurs à la date de son prononcé. Les poursuites et voies d’exécutions touchées concernent, les meubles et les immeubles du débiteur et qui tendent à sa condamnation au paiement d’une somme d’argent, ou à la résolution d’un contrat pour défaut de paiement d’une somme d’argent.

L’interdiction de paiement s’étend au désintéressement des cautions, qui acquitteraient des créances également antérieures à l’ordonnance. Elle embrasse enfin, tout acte de disposition étranger à la gestion normale de l’entreprise. En somme, elle touche tous les actes de nature à diminuer le gage des créanciers, à favoriser ou défavoriser certains d’entre eux.

En effet, en plus de l’interdiction des paiements, elle empêche le débiteur de procéder à tout acte de disposition étranger à la gestion normale ou courante⁴⁸. Il ne peut plus alourdir ses charges, notamment, par l’aliénation des immeubles et des équipements, ni par la constitution des sûretés, hypothèques ou nantissement⁴⁹.

Pis encore, l’interdiction des paiements est sévèrement étendue, car le débiteur ne peut même plus désintéresser les cautions qui auraient acquitté des créances antérieures à l’ordonnance. Cette dernière interdiction aggrave les engagements des cautions ; non seulement les créanciers de l’entreprise en difficulté, ne peuvent leur demander d’exécuter le cautionnement, malgré l’ouverture de la procédure de sauvegarde, mais de plus ils ne peuvent pas exercer leurs recours contre le débiteur pendant toute la durée de la suspension. Cette solution semble particulièrement sévère pour les banques qui se portent caution, mais elle leur profite de la même manière quand elles sont bénéficiaires du cautionnement.

La finalité ultime de cette mesure, était de faire bénéficier l’entreprise en difficulté d’un moment de répit, face à la pression de ses divers créanciers. Elle permet également de dompter les créanciers récalcitrants, qui profitent de la situation pour engager des actions en exécution forcée, compromettant ainsi une négociation utile à l’intérêt général par des initiatives intempestives.

Evoquer la SPP nous emmène inexorablement à traiter le sort de la caution . Quid de la personne qui cautionne le débiteur?

⁴⁸ Exception, Le juge-commissaire peut autoriser le débiteur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l’entreprise, à consentir une hypothèque, un gage ou un nantissement ou à compromettre ou transiger (art. L 622-7 du code de commerce Français).

⁴⁹ Idem pour le droit Marocain, selon l’art. 699, le débiteur ne peut plus grever un bien d’hypothèque, de nantissement, ou de privilèges postérieurement au jugement d’ouverture de la sauvegarde.

- La SPP interdit au débiteur de payer la caution qui acquittait une créance née avant le jugement d'ouverture de la sauvegarde ;

- La SPP interdit aux créanciers du débiteur de recourir contre la caution⁵⁰. Cass.ch. com. 30 janvier 2019 n° de pourvoi .16-18468, pour obtenir le paiement de leurs créances, car la caution peut se prévaloir de l'adoption du plan de sauvegarde selon les termes de l'art. 572⁵¹, le cours des intérêts de retard et majorations ne se cumulent plus, ils sont en instance également dès l'ouverture de la sauvegarde. Par contre, ils deviennent cumulables dès l'adoption du plan de sauvegarde art. 693 du code de commerce Marocain⁵².

- La caution quant à elle ne peut pas recourir contre le débiteur dès la prononciation du jugement d'ouverture de la sauvegarde, soit pendant toute la période de la préparation de la solution.

Sont inopposables à la caution personne physique, les créances non déclarées au passif du débiteur art. 695 dernier alinéa du code de commerce Marocain. Donc, la caution peut se prévaloir du non déclaration de la créance par le créancier⁵³.

3.2. La qualification juridique du nouveau mécanisme de sauvegarde

La sauvegarde présente des incertitudes qui persistent toujours sur son vrai caractère. Tantôt, on croit à son caractère collectif, tantôt on la classe parmi les procédures amiables.

Pour faire dissiper tous ces doutes qui entourent cet arsenal attractif et dissuasif, il est temps de projeter la lumière sur ses caractéristiques, en analysant le pour et le contre et on dégageant, à la fin, une réponse claire sur sa nature pour ne pas induire en erreur ceux qui veulent ou souhaitent y recourir. Cette nouvelle pierre apportée à la construction du droit des entreprises en difficulté qui se bâtit soigneusement est riche d'enseignements.

Nous commencerons par lever le voile sur le caractère véridique de cette procédure, est-elle hybride, semi judiciaire, segmentée? Une qualification s'impose donc face à la multiplication

⁵⁰ On se réfère à la caution personne physique. Quant à la caution personne morale, elle est tenue de la dette échue au jour de l'ouverture de la sauvegarde. Cass.ch. com. 30 janvier 2019 n° de pourvoi .16-18468.

⁵¹ Art. 695 du code de commerce Marocain, apporte à son tour des précisions concluantes, quand il empêchait les créanciers de recourir contre la caution et coobligés. Si la résolution est heureuse pour la caution, elle ne l'est pas pour les créanciers qui se trouvent devant une impasse.

⁵² C. Cass, ch.com, 17 avril 2019. Pourvoi n° 17-19-555. Selon cet Arrêt de la cour de cassation Française, le créancier ne peut pas réclamer à la caution personne physique le paiement d'intérêt ou majorations postérieurement au jugement d'ouverture de la sauvegarde, toute mesure contraire ne pourra que violer l'art. L622-28 du code de commerce Français.

⁵³ L'absence de déclaration de créance n'entraîne pas extinction de la créance mais uniquement son inopposabilité à la procédure collective.

des dénominations fournies par les professionnels et les ténors du droit des procédures collectives.

3.2.A. La sauvegarde: une procédure amiable, collective ou hybride?

Evitant tout pléonasme, car c'est déjà signalé à maintes reprises, l'ouverture au bénéfice d'une procédure de sauvegarde n'est possible que si le débiteur n'est pas acculé déjà à la cessation de paiement, sinon un redressement judiciaire doit être ouvert.

Or, le débiteur qui arrive à prouver que des perspectives s'annoncent à l'horizon, et qui laissent présager la survenance d'un état de cessation de paiement peut justifier l'ouverture de la sauvegarde⁵⁴. Ce tiraillement entre absence de cessation de paiement et le risque imminent de surgissement de cet état est source d'amalgame en droit Marocain.

En droit Français ce pronostic d'impécuniosité fut écarté, on se contente d'évoquer l'existence des difficultés.

Autres justificatif, le déroulement de la procédure de sauvegarde sous la houlette du tribunal de commerce, avec la collaboration de l'autorité judiciaire (juge-commissaire, président du tribunal de commerce et syndic) donne une coloration juridique à ce mécanisme de sauvegarde, car le juge intervient pour dire le droit, le ministère public quant à lui est là pour poursuivre et faire prévaloir les intérêts de l'entreprise et de tout le tissu économique national.

L'autorité judiciaire n'est pas une simple *magistrature économique* qui exerce une sorte de pression psychique, comme c'est le cas pour l'ancien règlement amiable⁵⁵, ou l'actuelle procédure de conciliation où le président du tribunal de commerce joue un rôle de catalyseur pour inciter les parties au respect des engagements respectivement convenus entre eux. Pendant l'alerte externe, ou la conciliation, on assiste plutôt à un juge dénué de ses droits naturels de dire le droit et de prononcer des sanctions.

Lors de la sauvegarde, le tribunal reçoit le chef d'entreprises en chambre de conseil, les négociations et les explications se déroulent à *huis clos*.

Le caractère volontaire et non pas obligatoire de la demande d'ouverture de la sauvegarde, reflète également que le débiteur ; de son propre gré, peut exiger le bénéfice de la sauvegarde. La loi s'est contentée par contre de tracer les contours de cette demande pour éviter un usage *galvaudé* de ce mécanisme.

⁵⁴ Art. 561 de la loi 73-17 du code de commerce Marocain.

⁵⁵ Ce vocable de "règlement amiable" était prévu par l'ancienne loi 15-95 abrogée, il était substitué par le concept de "conciliation" prévu par la nouvelle loi 73-17 dans les art.s 551 à 559 du code de commerce Marocain.

La procédure de sauvegarde appréhende l'ensemble des biens du débiteur⁵⁶ et contraind l'ensemble des créanciers, même si certains⁵⁷ de par la nature de leur créance échappent de façon justifiée à la main mise de la procédure⁵⁸. d'autres par contre ; pour être désintéressés ; doivent être soumis à un gel du passif patrimonial, ils leur est interdit d'agir individuellement en justice car cela ne peut être que contraire à l'esprit du mécanisme de sauvegarde, et du droit des procédures collectives en général qui tend essentiellement à offrir des moratoires de paiement.

3.2.B. Le caractère “ambivalent” de la nouvelle procédure de sauvegarde

Une simple lecture en diagonale des dispositions législatives régissant le mécanisme de sauvegarde peut révéler le caractère mitigé o ambigu de cette procédure.

Les professionnels de droit, les académiciens et les praticiens tergiversent toujours sur son vrai caractère ou sa vraie qualification juridique, puisqu'il s'agissait d'une procédure qui se trouve à mi-chemin entre l'amiable et le contentieux, on peut la caser dans la phase de pré-insolvabilité, car le débiteur ne doit pas être en cessation de paiement.

Ce raisonnement peut rapidement être “chambardé”, car si les procédures amiables sont caractérisées par la discrétion et la confidentialité, la sauvegarde ne l'est pas. Il suffit de faire recours aux droits des tiers qui doivent être informés si leur interlocuteur a bénéficié d'un plan de sauvegarde ou de restructuration. Si le traitement amiable des difficultés est placé sous le signe de la nécessaire discrétion pour préserver la renommée du débiteur, le traitement judiciaire est, en revanche, public et ne peut être collectif qu'à la condition d'être entouré de la plus large publicité.

Le jugement prononçant la sauvegarde ne peut échapper aux procédures de publicité telles quelles sont bien définies par le code de commerce⁵⁹. Un anéantissement de la règle de

⁵⁶ Selon l'art. 1241 du droit des obligations et des contrats (ci-après DOC): “les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers”. Même l'action paulienne qui est une voie de droit commun, demeure régie sur la base de cet art., elle offre à tout créancier lésé d'attaquer les actes effectués par son débiteur en fraude à ses droits devant la justice.

Le patrimoine d'affection qui le seul peut être soumis à la procédure collective, à l'exception du patrimoine personnel, ne trouve pas application en droit marocain, contrairement au droit français, où la confusion du patrimoine fut écartée, pour ne pas permettre aux procédures collectives d'engloutir le patrimoine personnel du débiteur malchanceux.

⁵⁷ Art. 711 du code de commerce Marocain précisait que les biens appartenant au conjoint du débiteur soumis à la procédure de sauvegarde, ainsi que les biens de ses enfants mineurs peuvent être pris en compte dans l'évaluation de l'actif patrimonial du débiteur. Il revient au syndic de prouver leur origine pour être réunis à l'actif.

⁵⁸ LYAZAMI, N., “le rang de paiement des créanciers dans les procédures collectives: comment trouver un dosage subtil à ce dilemme?”, *Revue juridique Censeur*, n.°7, Avril 2019. Le super privilège des salariés, dont la nature de la créance est alimentaire, les créanciers postérieurs au Jugement d'ouverture de la sauvegarde aussi.

⁵⁹ Art. 584 de la loi 73-17 du code commerce Marocain.

confidentialité est possible cette fois, pendant la procédure de sauvegarde. Et si la confidentialité est maintenue lors de la conclusion de l'accord de conciliation, elle est clairement déclinée lors de la publication du jugement d'ouverture de la sauvegarde.

Art. 584 dispose: "Le jugement d'ouverture de la procédure prend effet à partir de sa date. Il est mentionné sans délai aux registres du commerce local et central.

Dans les huit jours de la date du jugement, un avis de la décision comportant la dénomination de l'entreprise telle qu'elle figure au registre de commerce et son numéro d'immatriculation audit registre, est publié par le greffier dans un journal d'annonces légales et au "Bulletin officiel". Il invite les créanciers à déclarer leurs créances au syndic désigné. Cet avis est affiché au panneau réservé à cet effet au tribunal immédiatement après que ce dernier prononce le jugement.

Le jugement doit être mentionné sur les livres de la conservation foncière, les registres d'immatriculation des navires et aéronefs et les autres registres assimilés, selon le cas.

Dans le délai de huit jours, le jugement est notifié au chef de l'entreprise et au syndic par les soins du greffier".

En droit Français, La lecture de l'art. 425,2° du code procédure civile Français laisse comprendre qu'il doit y avoir communication des procédures de sauvegarde au ministère public, (ci-après MP) cette communication a été qualifiée de –obligatoire-. Ce texte de base n'est pas le seul à conférer ce droit au MP, garant de l'ordre public économique.

Même le livre VI du code de commerce Français prévoit la communication des jugements de tribunal relatifs à l'ouverture de la procédure de sauvegarde au MP. Certes des dispositions similaires faisaient défaut en droit Marocain, et donc les jugements relatifs aux procédures de sauvegarde ne sont pas communiqués au MP⁶⁰.

Mais il faut mettre en exergue le cas d'extension de la procédure de sauvegarde qui peut être déclenchée par le MP pour confusion de patrimoine ou fictivité.

A notre humble avis, donner une qualification pointilleuse au nouveau mécanisme de sauvegarde, peut paraître prétentieux, dans la mesure où un débat houleux subsiste toujours sur l'éventuelle ouverture de cette procédure au profit des dirigeants d'entreprises se trouvant déjà sombrés dans la cessation de paiement, sous condition de prouver que cette insolvabilité était intrinsèquement liée à la conjoncture actuelle relative à la pandémie mondiale du *Covid 19*.

⁶⁰ LYAZAMI, N., "Éléments de réflexion sur rôle du Ministère Public dans les procédures d'insolvabilité : étude analytique, critique et comparative entre le droit marocain et le droit Français" *Revue Marocaine d'administration locale et de développement*, n° 150-151, janvier-avril 2020, p. 63 et suiv.

Nonobstant les doutes qui planent toujours sur sa nature, on ne peut pas nier que la procédure de sauvegarde est un mécanisme de sauvetage des entreprises qui présentent de fortes chances de rebondissement et de renflouement, puisqu'elles sont *toujours in bonis*.

par conséquent, c'est une procédure préventive, anticipative visant à éradiquer le mal le plus en amont possible pour conjurer les conséquences calamiteuses résultantes du dépôt de bilan des entreprises sur la santé financière de tout le tissu économique du Royaume du Maroc, mais aussi sur la santé psychique et mentale⁶¹ des chefs d'entreprise aux abois .

4. EPILOGUE

Nous avons mis en relief la procédure de sauvegarde et sa variante SFA, en démontrant son extranéité en droit Marocain. Nous avons voulu démontrer comment l'application de cette institution en droit Marocain va générer des problèmes en termes de son application et de sa généralisation. Vu le caractère lapidaire et opaque de certains articles⁶².

Les créanciers sont appelés de plus en plus à se rallier à la prévention, une voie qui ne peut qu'être bénéfique pour le sort de leurs créances.

Pour préserver des entreprises saines, il ne faut pas compter seulement sur les initiatives du législateur, un effort commun est à déployer. Tous les acteurs de la prévention sont appelés à participer activement et efficacement au bon déroulement de la procédure de prévention.

La réussite de la prévention passe essentiellement par la promptitude de la réaction du chef d'entreprise pour éviter la cessation de paiement souvent fatale, mais également une prise de conscience et le bon réflexe seront idoines.

Nous estimons primordiale que la transposition d'une institution nouvelle pour peaufiner le cadre normatif existant ne doive pas être faite à l'aveuglette, sans que les circonstances ne soient bien cernées et circonscrites avec circonspection, pour éviter de tomber dans les mêmes obstacles dus à l'application tout court du droit Français et aux antinomies auxquelles les juges se trouvent confrontés. On peut s'inspirer mais sans tomber dans l'excès des prétentions.

Et *in fine*, pour clore nos propos, nous estimons que la concertation, la négociation, et l'envie incessante de parvenir à réduire à néant tous les conflits, restent les voies les plus privilégiées pour sauver l'entreprise et éviter les conséquences chaotiques que peut engendrer sa disparition.

⁶¹ LYAZAMI, N., "Pandémie mondiale du Covid19, traumatisme psychologique des dirigeants d'entreprise en difficulté : quelle capacité de résilience?", *L'Institut Marocain de l'Information Scientifique et Technique (IMIST), Revue Journal of Integrated Studies in Economics, Law, Technical Sciences & Communication*, n.°1 novembre 2020.

⁶² A noter que le législateur Marocain n'a pas encore prévu des textes réglementaires pour la nouvelle loi 73-17.

5. BIBLIOGRAPHIE

ALAMI MACHICHI DRISSI, M., *Droit des affaires*, Dar Al Kalam, 2006.

CHOUKRI SBAI, A., *Les procédures de prévention et de traitement des difficultés des entreprises*, MDC, Rabat 2000.

EL HAMMOUMI, A., *Le droit des difficultés des entreprises : la prévention des Difficultés, redressement et liquidation*, Volume 1, 2006.

LAHBIB RHALIB, M.M., *Entreprises en difficulté: quels sont vos droits*, La croisée des chemins, 2016.

LE CORRE, P.M et LE CORRE BROLY. E., *Droit des entreprises en difficulté*, 2ème édition Sirey, 2006.

LE CORRE, P.M., *Droit des entreprises en difficulté*, 4ème édition, Dalloz. 2011.

LFROUJI, A., *La cessation des paiements dans le droit des entreprises en difficulté*, Ideguel, Rabat, 2005. (en arabe).

LIENHARD, A., *Procédures collectives : prévention, conciliation, sauvegarde financière accélérée*, 4ième édition Delmas, 2011-2012.

LYAZAMI, N., "La prévention des difficultés de l'entreprise: approche comparative entre le Droit Marocain et le Droit Français", *Thèse doctorale, université du Sud-Toulon Var. France*, 4 juin 2013.

LYAZAMI, N., "Le contentieux du chèque et la préservation d'une entreprise viable : quelle corrélation". *Revue du droit Marocain*.n.°38, juillet, 2018.

LYAZAMI, N., "Plus de vingt ans d'application du droit préventif de difficulté de l'entreprise : un bilan mitigé", *Revue Marocaine d'administration locale et de développement*, n.°148, septembre-octobre, 2019.

LYAZAMI, N., "Le rang de paiement des créanciers dans les procédures collectives : comment trouver un dosage subtil à ce dilemme?". *Revue juridique Censeur*.n°7, Avril, 2019.

LYAZAMI, N., "Éléments de réflexion sur rôle du Ministère Public dans les procédures d'insolvabilité: étude analytique, critique et comparative entre le droit marocain et le droit Français", *Revue Marocaine d'administration locale et de développement*, n.°150-151, janvier-avril, 2020.

LYAZAMI, N., "Pandémie mondiale du COVID19, traumatisme psychologique des dirigeants d'entreprise en difficulté: quelle capacité de résilience?", *L'Institut Marocain de*

l'Information Scientifique et Technique (IMIST), Revue Journal of Integrated Studies in Economics, Law, Technical Sciences & Communication.n°1 novembre, 2020.

SQUALLI, A., *Droit et pratique en matière de la faillite et de liquidation judiciaire des entreprises*, 1ère édition, 1995.

TAK TAK, H., “La procédure de sauvegarde des entreprises en difficulté : un modèle français ou un modèle américain?”, *Revue marocaine de droit, d'économie et de gestion*.n°53 ed., 2008.

VIDAL, D., “Droit des entreprises en difficulté : prévention, conciliation, sauvegarde”, n.° 3 ed., L’extenso, 2010.


XAVIER LUCAS, F et L’ECUYER, H., *La réforme des procédures collectives, la Loi de sauvegarde article per article*, LGDJ, 2008.

Justicia digital post-covid19: el desafío de las soluciones extrajudiciales electrónicas de litigios y la inteligencia artificial

Post-covid19 digital justice: the challenge of ODR solutions and artificial intelligence

FERNANDO MARTÍN DIZ
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca

fmdiz@usal.es

 <https://orcid.org/0000-0002-9288-8204>

Resumen: La pandemia causada por el virus COVID-19 ha tenido, y tendrá durante un tiempo, importantes repercusiones. El mundo de la justicia no será ajeno a estos cambios. La tecnología será el gran aliado estratégico en la evolución de una justicia menos presencial y más telemática. Es por ello que en el presente trabajo hemos estudiado, en primer lugar, la incidencia sobre el principio de inmediación, característico de las formas de obtener justicia. Un principio que evolucionará hacia una versión virtual. En segundo lugar, hemos analizado, puesto que consideramos que puede ser uno de los mayores avances en el ámbito de la Justicia post-covid19, la evolución que pueden presentar los medios extrajudiciales de resolución de litigios en línea y el desafío de incorporar a estas soluciones de inteligencia artificial.

Abstract: *The pandemic caused by COVID-19 virus has had, and will have for some time, significant repercussions. The world of justice will not be oblivious to these changes. Technology will be the great strategic ally in the evolution of a less face-to-face and more telematic justice. That is the reason why, in the present work, we have studied, in the first place, the incidence on the principle of immediacy, characteristic of the ways of obtaining justice. A principle that will evolve into a virtual version. Secondly, we have analyzed, since we consider that it may be one of the greatest advances in the field*

Recepción: 26/10/2020

Aceptación: 17/11/2020

Cómo citar este trabajo: MARTÍN DIZ, Fernando, “Justicia digital post-covid19: el desafío de las soluciones extrajudiciales electrónicas de litigios y la inteligencia artificial”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, ISSN-e: 2660-7964, n.º 2, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 41-74, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i2.03>

of post-covid Justice19, the development that online out-of-court dispute resolution can present and the challenge of incorporating artificial intelligence into these solutions.

Palabras clave: Justicia, Tecnología, Principio de intermediación, Medios extrajudiciales de litigios en línea, inteligencia artificial

Key-words: *Justice, Technology, Judicial immediacy, ODR, Artificial Intelligence.*

SUMARIO: 1. JUSTICIA DIGITAL: UNA APROXIMACIÓN OMNICOMPRESIVA 2. EL ENTORNO ACTUAL: UNA JUSTICIA POST-PANDEMIA. 3. ¿EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN SE VIRTUALIZA? 3.1. El principio de intermediación: significado y alcance. 3.2. Transición hacia otra dimensión de la intermediación: la virtualización de las actuaciones procesales. 3.3. Elementos para la virtualización en el proceso desde el principio de intermediación. 4. ¿TECNOLÓGICAMENTE SON MÁS ÁGILES Y VENTAJOSAS LAS SOLUCIONES EXTRAJUDICIALES DE LITIGIOS? 5. MEDIOS EXTRAJUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE LITIGIOS, TECNOLOGÍA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL: EL RETO DEL PRESENTE. 5.1. ¿Qué es inteligencia artificial en el ámbito jurídico? 5.2. El desafío de incorporar la inteligencia artificial en el entorno de los ODR. 5.2.A. Inteligencia artificial con funciones asistenciales en entornos ODR. 5.2.B. Un modelo de transición en ODR con aplicaciones de inteligencia artificial. 5.2.C. Inteligencia artificial decisoria en ODR: ¿i-arbitraje o i-mediación? 6. VALORACIÓN CONCLUSIVA. 7. RELACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

1. JUSTICIA DIGITAL: UNA APROXIMACIÓN OMNICOMPRESIVA

La evolución de la Justicia del siglo XXI pasa inexorablemente por su digitalización. La Justicia, como elemento que integra la cultura, la sociedad, la convivencia, las relaciones sociales, humanas y profesionales, no puede ser ajena a la realidad para la que se aplica. Y la realidad de nuestro siglo es la de la denominada “cuarta revolución industrial”¹, encarnada y sostenida sobre el uso y aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información. La tarea, ya de partida, no es sencilla. Más en un ámbito tan específico como el Derecho, en general, y la Justicia, en particular, poco acostumbrado a la modernización, la dinamización y la innovación. Pero el momento ha llegado, la sociedad lo reclama y el derecho lo necesita, una justicia abierta y digital² es imprescindible, y las reformas legales, ya sean estructurales o puntuales deben apostar por ello firmemente. Una inversión de poco más de 100 millones de euros anuales, según consta en los últimos ejercicios presupuestarios, para la

¹ SCHWAB, K., *La cuarta revolución industrial*, Ed. Debate, 2016.

² CORTÉS ABAD, O., “Justicia digital, abierta e innovadora. Hechos y retos”, en *Modernización digital e innovación en la Administración de Justicia*, (coord. Gómez Manresa, M. F., y Fernández salmerón, M.), Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 291-313.

digitalización de la Justicia en España, en las circunstancias actuales, parece insuficiente si realmente se apuesta decididamente por una justicia tecnológicamente avanzada y puntera.

Evidentemente, la Justicia es una organización compleja. En sentido amplio, incluyendo las formas extrajudiciales de resolución de litigios, casi inabarcable e imposible de enumerar en su despliegue, ya que, junto a la Administración de Justicia pública, asumida por el Poder Judicial y servida por juzgados y tribunales en el ejercicio constitucional de la función jurisdiccional que les atribuye el art. 117.3 de la Constitución Española habría que sumar las opciones arbitrales y de mediación ya disponibles y accesibles para el ciudadano. Estamos, por tanto, ante un tamaño, diversidad y heterogeneidad que solo pueden encontrar un punto de encuentro en una concepción omnicomprendensiva e integradora de la Justicia, de forma además más perceptible hoy en día con la eclosión de las formas extrajudiciales de resolución de litigios tanto a nivel nacional como internacional. De ahí que el presente estudio baraje, precisamente, esos dos niveles. Además, la extensión e ideas centrales del mismo se condicionan por la situación actual que la pandemia ocasionada por el virus³ por el denominado COVID-19, sin ninguna duda pudiendo afirmar ya que se trata de un suceso que cambiará la sociedad, también la forma de impartir Justicia, y desde el cual la máxima del “distanciamiento social” como mandamiento preventivo influirá decisivamente en el proceso y en las formas extrajudiciales de resolución de litigios. Estas son, por tanto, las líneas maestras, una justicia digital tras la pandemia del Covid-19 y el desafío que implica, de forma especial en las opciones extrajudiciales, sobre las cuales sentamos las bases de nuestras reflexiones.

No puede negarse el esfuerzo ya realizado con diversos planes para la digitalización de la Justicia en nuestro país, e incluso con normas legales *ad hoc* como el caso de la Ley 18/2011 de uso de las tecnologías en la Administración de Justicia o el Real Decreto 396/2013, por el que se regulaba el Comité técnico estatal de la Administración de Justicia electrónica o la Ley 42/2015, por la cual se reforma la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil a efectos de potenciar y obligar al uso de la tecnología en la Administración de Justicia. Fruto de los mismos son, a título de ejemplo, aplicaciones como LexNet⁴ o los diferentes programas informáticos implementados en las Comunidades Autónomas -hubiera sido deseable una cierta uniformidad pero la concesión de competencias en materia de justicia a éstas y el asimétrico desarrollo e inversiones ha dado lugar a disparidad y diferencias notables- para aplicar sistemas de gestión procesal. En la ausencia de uniformidad estriba, concretamente, uno de los escollos que la justicia digital en España también ha de solventar en el periodo post-Covid19, por cuanto se aprecian notables diferencias de medios y resultados entre unos territorios y otros. No podemos permitir que en este aspecto pueda existir una Justicia digital de dos velocidades en nuestro

³ Puede obtenerse más información con relación a la parte científica del virus en la web de la Organización Mundial de la Salud: <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019>.

⁴ En virtud del RD 1065/2015, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia se procede a desarrollar y a actualizar la regulación de este sistema de comunicaciones electrónicas, para aquellas Administraciones usuarias del mismo.

país, con Comunidades Autónomas punteras y otras con graves carencias, por cuanto se crean desigualdades que repercuten en el ciudadano que invoca su derecho a la tutela judicial efectiva. Personalmente entiendo que además se precisa un modelo de gestión digital de la justicia en España que sea común para todos sus territorios autonómicos, y un momento como el actual, de cambio y de reformulación del sistema, puede ser apropiado para este fin.

La Justicia digital tiene, como expone detalladamente GARCÍA COSTA⁵, fundamento constitucional. Este viene representado, según el autor de referencia, por la cláusula “sociedad democrática avanzada” del Preámbulo de la Constitución Española, como argumento que propicia la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación a los distintos ámbitos de acción estatal y que a su juicio “habilita para el aprovechamiento de las posibilidades derivadas de las TICs en el ámbito de los poderes del Estado y, todavía más, para legitimar las transformaciones que estas operan en el ámbito del Estado constitucional. Transformaciones que..., son esenciales en la esfera del e-Gobierno, y muy importantes, aunque no esenciales, en la de la e-Justicia⁶”. Disentimos en la precisión final, considerando que en la actualidad las transformaciones digitales en la Justicia son absolutamente esenciales en nuestra sociedad cuando se pretende ofrecer al ciudadano una eficaz tutela judicial efectiva. Y el derecho a la tutela judicial efectiva también demanda, actualmente, ofrecer al ciudadano una justicia digital, más accesible en muchos aspectos, más abierta y pública, más transparente, en definitiva, es un avance digno y acorde con la sociedad tecnológica, global e interconectada en que vivimos. La publicidad, la oralidad y la inmediación, como principios basilares del procedimiento, y también de los medios extrajudiciales de resolución de litigios, están perfectamente respaldados en un entorno digital siempre y cuando se equilibren perfectamente con el contrapeso necesario de la seguridad jurídica y tecnológica y la protección de datos personales. La justicia digital requiere de confianza, usabilidad y accesibilidad, siendo ambas una piedra de toque que puede chocar con la brecha digital que representan las carencias de formación, de aprendizaje en la utilización de TICs o de posible disponibilidad de medios para ello, tanto en el propio entorno de la Justicia como para los ciudadanos que pretendan dirimir sus litigios a través de ella. Incluso, puede topar con una palpable ineficiencia organizativa y legislativa, tal y como hemos apuntado anteriormente, y que puede ser otra rémora frente a la cual urgen medidas claras y precisas e implicación personal de todos los operadores jurídicos.

Comparto finalmente las atinadas observaciones de MARTÍNEZ DE SANTOS⁷ respecto a la intención del legislador en cuanto a implantar, con todas las consecuencias, un proceso judicial

⁵ GARCÍA COSTA, F.M., “Perfiles constitucionales de la justicia electrónica”, *Modernización digital e innovación en la Administración de Justicia*, (coord. Gómez Manresa, M. F., y Fernández Salmerón, M.), ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 29-ss.

⁶ BUENO DE MATA, F., “E-Justicia: hacia una nueva forma de entender la justicia”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm., 1, 2010, pp. 5-ss.

⁷ MARTÍNEZ DE SANTOS, A., “Del juzgado y la sede física al proceso en línea”, *Diario La Ley*, núm., 9700, 2020.

verdaderamente electrónico o limitarse meramente a poner parches ante la situación planteada por la pandemia del Covid-19, y que ha precisado tener que echar mano de las nuevas tecnologías ante la imposibilidad, por restricciones sanitarias, de llevar a cabo actos presenciales en los juzgados. ¿nos hemos planteado, en profundidad, diseñar e implementar un proceso judicial digital de principio a fin? Esta hipótesis no solo se sostiene sobre el diseño de una estructura tecnológica de gestión procedimental que respete las garantías procesales, los derechos fundamentales y los principios básicos del proceso y del procedimiento, sino que también demanda un cambio de mentalidad de quienes tienen relación con la administración de justicia. Quizá es momento, tal y como plantea el autor mencionado con la referencia del derecho comparado anglosajón, de definir el modelo a seguir. Si el modelo de implantación de las nuevas tecnologías en el proceso judicial va a consistir en incorporar estas a las estructuras existentes o bien si se va a disponer un modelo absolutamente nuevo de proceso judicial electrónico. La elección no es insustancial, puesto que supone determinar el verdadero modelo procesal de las próximas décadas.

Y en esta elección han de tener protagonismo preeminente los derechos fundamentales procesales. Como remarca CABEZUDO BAJO⁸, la eficacia en el empleo de mecanismos tecnológicos y telemáticos en el proceso, y fundamentalmente de cara al procedimiento⁹, no puede implicar vulneración de derecho fundamental alguno, sino un modo diferente de salvaguardarlos, siempre y cuando la tecnología aplicada sea la adecuada, al tiempo que se testan otros factores procesales de relevancia previstos en el ordenamiento jurídico como, según relata la autora, son la utilidad, seguridad, orden público y condición gravosa o perjudicial. Si la tecnología que digitalice la justicia no supera este crucial test, evidentemente no podrá ser aplicable.

2. EL ENTORNO ACTUAL: UNA JUSTICIA POST-PANDEMIA

Más allá de lo que la norma recientemente aprobada, Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE del día 19 de septiembre), implica, en cuanto a cambios y adaptaciones en el sistema procesal, una reflexión global e integradora sobre la mejora de nuestra Justicia parece procedente. Ese es el objetivo del presente trabajo, fundamentalmente

⁸ CABEZUDO BAJO, M.J., “Avance hacia un juicio penal íntegramente telemático mediante un uso más generalizado de la videoconferencia: eficiencia y derechos fundamentales”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 52, 2020.

⁹ En el Documento de la Fiscalía General del Estado, “Propuesta de 60 medidas para el plan de *desescalada* en la administración de justicia tras la pandemia de coronavirus covid-19”, p.2, destaca como algunos de los objetivos generales de las medidas que propone de manera específica: la agilización procesal, a través de la armonización de la eficacia procedimental, la optimización de los recursos personales y la tutela judicial efectiva sin merma de derechos, que garantice un proceso sin dilaciones indebidas y la dotación de medios materiales y tecnológicos adecuados, como el expediente digital o el sistema de gestión procesal único, pues una de las principales carencias que esta crisis ha revelado ha sido, precisamente, la tecnológica.

orientado a que la tecnología y las ventajas que aportan las herramientas de telecomunicación y desempeño de tareas a distancia encuentren un acomodo seguro y fiable en el ámbito de la Justicia en España, tanto en el marco procesal como fundamentalmente, y ahí centraremos de forma más intensa nuestras valoraciones, en las vías extraprocesales.

Ciertamente puede ser, lo anterior, consecuencia, en parte, de que hemos llevado a cabo, incluso de forma inesperada y apresurada, determinados cambios de comportamiento, relación y desempeño de labores jurídicas y procesales debido a la irrupción de la pandemia mundial ocasionada por el virus SARS-CoV-2 (popularmente conocido como “coronavirus o Covid-19”). Desde las primeras consecuencias de la pandemia, a nivel judicial, se comenzaron a esbozar propuestas para una mejora de la Justicia. De este modo, el Consejo General de Poder Judicial en su “Primer Documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el Estado de Alarma” situó como una de las líneas de acción fundamentales la incorporación efectiva de la tecnología al proceso y la digitalización de la Justicia. El citado documento es meridianamente explícito en sus páginas 5 y 6, en relación con el orden jurisdiccional civil al indicar que uno de los bloques temáticos de propuestas se dirige “a la adopción de medidas legislativas urgentes que permitan mayor flexibilidad en las actuaciones, buscando una tramitación más expeditiva, evitando ralentizaciones e incrementando el uso de medios tecnológicos a nuestro alcance”, y en la página 9, en relación con el orden jurisdiccional penal avanza su batería de medidas tendente a “la incorporación de las nuevas tecnologías a la Jurisdicción, siendo aún un proceso no acabado, permite aligerar algunos trámites, practicar pruebas sin causar molestias a las personas y permite documentar actuaciones procesales esenciales. En este sentido, se propone que en determinados ámbitos o circunstancias las sentencias puedan dictarse oralmente, sin necesidad de su documentación posterior, es decir, que, en el momento mismo de finalizar el juicio, el juez pueda pronunciar su decisión y en ese mismo momento expresar la fundamentación fáctica y jurídica de la misma. Al estar recogida tal fundamentación en un soporte audio y/o visual queda garantizado el derecho de defensa respecto de un eventual recurso de apelación”.

Aun así, y sin negar el efecto acelerante que ha tenido la pandemia, la conjunción entre tecnología y Justicia ya se venía produciendo, sin perjuicio, de que requería, y requiere, de una mayor apuesta y una mejor implementación. La Justicia del siglo XXI será eminentemente digital y telemática¹⁰, de eso no cabe duda. En un mundo tecnológico, en el que se trabaja a todos los niveles, públicos y privados, en entornos electrónicos, la justicia no puede ir contracorriente por puras razones de adaptación a la sociedad en la que se enmarca, sostenibilidad y la propia exigencia de mejora y eficiencia que como servicio público para la ciudadanía han de exigirse de ella para dispensar una tutela judicial verdaderamente efectiva

¹⁰ Entendida según la segunda acepción de este término que refiere el *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española (del.rae.es) como “aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática a la transmisión de información computerizada”.

acorde con los tiempos en los que se imparte. Y además con una tutela judicial integradora y amplia, una tutela de la Justicia, que abarque tanto al proceso como a las soluciones extrajudiciales de litigios desde el máximo y mayor aprovechamiento de las opciones electrónicas sin merma de las garantías de seguridad jurídica y respeto pleno a los derechos fundamentales de los justiciables.

El contexto de la justicia, particularmente en España en 2020, puede determinarse, entre otros factores, por la concurrencia de dos factores. En primer lugar, un necesario impulso digital y tecnológico de la Justicia, en proceso de asentamiento paulatino, aún tímido pero creciente. El segundo factor es el auge de la utilización de soluciones extrajudiciales de litigios como complemento a la vía procesal. Apogeo que viene sustentado fundamentalmente por la dotación de marcos normativos de referencia, la concienciación de los operadores jurídicos en su utilización y la capacitación y formación de profesionales que asuman funciones arbitrales o mediadoras. El arbitraje o la mediación, poco a poco, litigio a litigio, van extendiéndose como una gradual mancha de aceite sobre el tablero de la Administración de Justicia. Verdaderamente de forma aún incipiente, todavía con un exiguo peso cuantitativo –que no, en ocasiones, cualitativo- en el monto global de los litigios que han de resolverse en nuestro país, pero marcando una línea de ruptura y avance en el panorama procesal de estas dos primeras décadas de siglo. Línea que está llamada, salvo cambios de rumbo inesperados, a consolidarse y que puede encontrar en la tecnología a su gran aliada para su impulso definitivo, merced a la flexibilidad y adaptabilidad que presentan los medios extrajudiciales de resolución de litigios como característica fundamental y principal.

Habitualmente se circunscribe casi de forma automática, al hacer referencia a la conjunción entre tecnología y medios extrajudiciales de resolución de litigios a los conflictos propios de materias de derecho privado, y por tanto vinculados al orden jurisdiccional civil. La visión que pretendemos ofrecer en este trabajo es amplia e integradora, extendiendo el desafío de coordinar y rubricar legalmente la implantación de medidas de innovación tecnológica en el ámbito de la Justicia con las soluciones extrajudiciales de litigios, a los diferentes órdenes jurisdiccionales, apoyándonos, bien es cierto, en muchas de las referencias y situaciones reales ya experimentadas que, en puridad, han nacido en el marco más idóneo para la desjudicialización del litigio, como es el del derecho privado y el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en relación con derechos disponibles y para los cuales optan por soluciones no vinculadas al proceso judicial.

Retomando las valoraciones sobre el contenido y la proyección de la norma recientemente publicada –Ley 3/2020-, y que propicia un avance para el establecimiento de medidas organizativas y tecnológicas, puede ser la espoleta que, desde la premisa de la salvaguarda de la salud por motivo de la pandemia causada por el Covid19, impulse la realización de actuaciones telemáticas siempre desde el mantenimiento de las debidas garantías procesales y de los derechos de las partes en el proceso, de forma particular el respeto absoluto al derecho de defensa y al principio de contradicción. El art. 14 de la citada Ley 3/2020, rubricado bajo el título “celebración de actos procesales mediante presencia telemática”, señala como principio

general de actuación procesal, hasta el 20 de junio de 2021, la realización preferente mediante presencia telemática de comparecencias, declaraciones y vistas así como la de todos los actos procesales, siempre que los órganos jurisdiccionales y las fiscalías acrediten tener a disposición los medios técnicos necesarios para ello, estando constituidos los juzgados y tribunales en su sede. Sobre este último inciso, entendemos, que la presencia del titular del órgano jurisdiccional unipersonal o de los integrantes del órgano colegiado, para la realización de las actuaciones telemáticas enumeradas debe producirse desde su sede física como juzgado o tribunal.

Se habilita, por tanto, la realización de actos procesales, incluso de forma preferente, mediante el empleo de sedes telemáticas, sin perjuicio, particularmente en el orden jurisdiccional penal y por la concurrencia de determinados derechos fundamentales, de mantener la imprescindible presencia física¹¹ del investigado o encausado en los casos de procesos penales por delito grave, en la audiencia prevista para la adopción de la medida cautelar de prisión provisional o, por ejemplo, en la celebración del juicio cuando alguna de las acusaciones solicite una pena de prisión superior a los dos años –salvo que concurran causas justificadas o de fuerza mayor que lo impidan-. En cambio, si se difiere a su realización telemática las deliberaciones de los órganos jurisdiccionales colegiados, siempre que se cuente con medios técnicos para ello (apartados segundo y tercero del art. 14 de la Ley 3/2020).

En cualquier caso, el garantismo ha de presidir la realización de cualquier actuación procesal mediante sistemas telemáticos (así lo refrenda expresamente el art. 14.5 de la citada Ley de 2020), y de forma particular el derecho de defensa de acusados e investigados en los procedimientos penales, el derecho a la asistencia letrada efectiva, a la interpretación y traducción y a la información y acceso a los expedientes judiciales. Cualquier actuación conducida por medios tecnológicos, por decisión del juez o del letrado de la Administración de Justicia, podrá incorporar la asistencia presencial en la sede del juzgado o tribunal de los comparecientes que estime necesarios.

Pudiera parecer que esta reforma legal, con ciertos visos de interinidad, puesto que la propia ley predetermina su vigencia por un plazo delimitado y relativamente corto –hasta mediados del año 2021–, si pueda representar, paradójicamente, el escenario en el cual han de desenvolverse los procesos judiciales de los próximos lustros, con un importante apoyo y vinculación tecnológica en su planificación y presencia física. Ante esta tesitura, pretendemos valorar dos concretas repercusiones, que planteamos como conjeturas, para señalar la ruta hacia donde puede discurrir el modelo de Justicia que, como influencia de la pandemia producida por el Covid19, se atisba eminentemente tecnológica, flexible, abierta y a distancia. La primera en relación a los posibles cambios o matices que la apuesta por una mayor cobertura y realización tecnológica de actuaciones procesales pueda tener sobre el principio de inmediación,

¹¹ Supuestos para los cuales también requiere la Ley la inexcusable presencia física de su defensa letrada, a petición de esta o del propio acusado o investigado.

fundamentalmente en materia de prueba al habilitarse la realización de la vista también mediante soluciones telemáticas. En segundo término, trataremos de situar las posibles ventajas que las vías extrajudiciales de litigios presentan, de forma general, en relación al proceso judicial y el empleo de la tecnología y la realización de sus actos y procedimientos sin la necesidad de una presencia física directa de los implicados.

3. ¿EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN SE VIRTUALIZA?

3.1. El principio de inmediación: significado y alcance

Indicaba CABEZUDO RODRÍGUEZ¹² que inmediación “expresa convencionalmente proximidad o contigüidad a algo, cercanía física a un objeto material que es susceptible de convertirse en un método de conocimiento e interacción con el objeto de que se trate”. Desde esta concepción general se proyecta como uno de los principios nucleares del procedimiento¹³, considerada, ya en este concreto marco, como la directa relación entre actividad procesal y presencia del juez¹⁴ o tribunal competente. Implica una concurrencia temporal y espacial sincrónica, y no interpuesta, entre quien aporta datos al proceso, esos datos y quien recibe ese material para su valoración a través del pertinente acto procesal.

Encuentra su expresión procesal más crucial y palpable, que no la única y exclusiva, en el momento de la práctica de la prueba en la vista, por cuanto tras las alegaciones de las partes, el juez o tribunal percibe de forma directa y no interpuesta el resultado de los medios de prueba practicados, para su valoración y con ello la plasmación de su convicción respecto a los hechos controvertidos, de forma también lo más próxima posible temporalmente, en la sentencia. La inmediación, como principio procedimental, se ha asociado tradicionalmente a otro de los principios procedimentales estructurales como es la oralidad, pero sin que ambos se identifiquen absolutamente, aunque este segundo propicie la operatividad del primero¹⁵. De su

¹² CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Aproximación a la teoría general sobre el principio de inmediación procesal. De la comprensión de su trascendencia a la expansión del concepto”, *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, edits. F. Carpi y M. Ortells Ramos, vol. 2, Valencia, 2008, p. 317.

¹³ HERRERA ABIÁN, R., *La inmediación como garantía procesal*, ed. Comares, Granada, 2006.

¹⁴ El principio de inmediación, como exigencia ineludible de presencia judicial directa en las diligencias judiciales que así lo requieran ha sido destacado por el Consejo General del Poder Judicial de forma particular en la necesidad de que los jueces estén presentes en la práctica de las pruebas. El *Libro Blanco de la Justicia* (CGPJ), recogía esta exigencia en su p. 88 “No puede dejar pasar esta oportunidad para insistir en la necesidad y obligación inexcusable de los jueces de cumplir el ordenamiento procesal vigente. Resulta preocupante conocer en las muchas entrevistas realizadas que los jueces no cumplen con el principio de inmediación en general y en actos como éste en particular. Obviamente, la primera obligación del juez es cumplir la ley. Es cierto que hay que definir en forma más razonable los supuestos en los que la presencia del juez es inexcusable y eliminar de entre éstos aquellos en los que su intervención personal es superflua. Pero mientras que la ley exija la presencia del juez, por más que sea criticable, en ésta y en todas las ocasiones en que así se ponga, deberá estar presente”.

¹⁵ CHIOVENDA, G., *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1949, p. 254.

conjunción se irradian efectos ventajosos, como advierte GIMENO SENDRA¹⁶, en cuanto al descubrimiento de la verdad material que subyace en el objeto del litigio. La interacción directa e inmediata entre juzgador y material probatorio (partes, testigos, peritos) a la hora de valorar no sólo el contenido de lo expuesto, sino la forma de exponer o contestar a las interpelaciones del juzgador y de los defensores de las partes, así como la posición activa del juzgador preguntando o requiriendo explicaciones contribuye, como remarca el autor citado, de una manera decisiva al principio de inmediación.

Frente a estas ventajas no podemos obviar algunos inconvenientes, e incluso llegar a la conclusión de que, en cierto modo, la inmediación está, o ha estado, sobrevalorada¹⁷. Destacamos uno por encima del resto, por su incidencia en la sociedad contemporánea. Me refiero al sesgo y al influjo inconsciente que puede crear en el juzgador como consecuencia de la inmediación, cuando ésta implica el contacto directo con la fuente de prueba y ello supone un examen directo y personal del juzgador respecto a quienes prestan testimonio en el proceso cuya valoración ha de establecer y fijar el órgano jurisdiccional. Determinada presencia, actitud, forma de hablar o de vestir, procedencia o sexo de los intervinientes en el proceso podrían generar estímulos, sesgos o conclusiones erróneas, por sí mismas, al juzgador cuando más que el contacto directo con la persona y su apariencia, el juzgador ha de valorar lo que manifiesta.

La inmediación también está enlazada, procesalmente hablando, con el principio de contradicción, facilitando la presencia de los intervinientes en el acto procesal y la posibilidad de alegar, cuando la ley así lo contemple, cuanto convenga a su posición o situación procesal. Básicamente se refiere a las partes y a la posibilidad de conferirles una opción al enfrentamiento dialéctico para conocer sus argumentos y la manifestación ante el juzgador de la valoración que el acto procesal, llevado a cabo con todas las garantías, les ha deparado. Desde el principio de contradicción, y la igualdad de armas procesales que éste determina, se deriva la necesidad de asegurar, por el juzgador, que las partes dispongan de los mismos medios procesales para hacer valer y exponer sus alegaciones, con idénticos derechos, obligaciones y cargas procesales en lo que a esta cuestión se refiere, salvo modulaciones y restricciones legalmente establecidas. En este sentido, la virtualización del principio de inmediación, en cuanto determine realizar actos procesales en sedes telemáticas, ha de tener como exigencia inexcusable la verificación de que todos los intervinientes disponen de mecanismos adecuados e idóneos para ello y, por tanto, para garantizar los principios de contradicción e igualdad de armas en plenitud.

¹⁶ GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, p. 227.

¹⁷ NIEVA FENOLL, J., “Oralidad e inmediación en la prueba: luces y sombras”, *Civil Procedure Review*, vol.1, n.º 2, 2010, pp. 31-34.

Hasta el momento, y salvo la utilización puntual de videoconferencias¹⁸ en relación a la prueba de interrogatorio de la parte, de declaración de testigos o, más excepcionalmente, la presentación oral del informe del perito, la inmediación se entendía desde un parámetro físico de no interposición, elemento que vendría a ser matizado con la realización de actos procesales en vía telemática, al tener que recurrir a un elemento interpuesto como es la tecnología (en modo audio y video) que propicia la realización a distancia, sin presencia física, de los actos procesales. Esto nos conduce a la interrogante que intitula este apartado: ¿se virtualiza el principio de inmediación?¹⁹.

3.2. Transición hacia otra dimensión de la inmediación: la virtualización de las actuaciones procesales

Para avanzar la respuesta, y con ello el matiz que introducimos al principio de inmediación para convertirlo en “inmediación virtualizada”, acudimos al planteamiento de ORTELLS RAMOS²⁰ cuando afirma que “las nuevas tecnologías de la informática y las telecomunicaciones han abierto posibilidades de cambios en las formas de realización de los actos procesales”. Desde la constatación del citado autor, tomamos la base para determinar que esos cambios en las formas de realización de actos procesales también nos pueden conducir, en opinión personal, a un cambio, o al menos a una actualización, en la denominación y aplicación de principios procesales del procedimiento como es el caso que nos atañe.

Vayamos por partes. En primer lugar, en cuanto a que la tradicional asociación entre principio de inmediación y oralidad consideramos que no se ve afectada en modo alguno, aun produciéndose una virtualización de la inmediación al utilizarse soluciones telemáticas para la realización de actos procesales. En modo alguno impide el recurso tecnológico las alegaciones orales de las partes, del juez o tribunal y del resto de participantes en el acto procesal. Más aún, insistimos, cuando inmediación y oralidad no son conceptos idénticos a nivel procesal. Un procedimiento puede estar perfectamente regido por la inmediación cuando el órgano jurisdiccional realiza y valora la práctica de la prueba respecto de documentos escritos. Por otra parte, la conjunción entre inmediación y oralidad reporta determinados beneficios procesales, fundamentalmente en aras a la fijación de los hechos probados y con ello a la determinación del objeto del litigio y la relación jurídico material de fondo. La interacción²¹ entre juzgador,

¹⁸ Véase el reciente trabajo de CABEZUDO BAJO, M.J., “Avance hacia un juicio penal íntegramente telemático mediante un uso más generalizado de la videoconferencia: eficiencia y derechos fundamentales”, *cit.*, pp. 1-ss.

¹⁹ Línea de pensamiento que ha planteado con anterioridad BUENO DE MATA, F., “El uso de la videoconferencia en el proceso penal: ¿existencia de la inmediación virtual?”, *Estudios actuales en Derecho y Ciencia Política*, (Coord. Carrizo González-Castell, A.), ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2011, pp. 33-49.

²⁰ ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal*, VV.AA., Tirant lo Blanch, 10ª ed., Valencia, 2020, p. 360

²¹ NIETO GARCÍA, A.J., “El principio de inmediación, el lenguaje no verbal y gestual y las microexpresiones faciales”, *Diario La Ley*, núm., 9491, 2019.

partes y terceros intervinientes contribuye notablemente la averiguación de los hechos y a su interrelación con la relación jurídico material sobre la cual también ha de pronunciarse el órgano jurisdiccional en la sentencia. La incertidumbre aparece ahora en cuanto al posible resultado y consecuencias que pueda deparar la interposición de un elemento tecnológico de comunicación a distancia entre juzgador e intervinientes en el acto procesal, y si ello puede condicionar o menoscabar los beneficios de la intermediación.

Es evidente, por tanto, que la intermediación es imprescindible para el desarrollo de determinadas actuaciones procesales, y que, en caso de no observarse, puede derivar en una nulidad de pleno derecho de las actuaciones en que no se haya seguido la misma, por contravenirse o lesionarse directamente determinados derechos fundamentales y garantías procesales, a tenor de las previsiones del art. 240 LOPJ. *Contrario sensu* no implica, y la propia Ley 3/2020 es una habilitación expresa para posibilitarlo, la imposibilidad de realizar actos procesales válidos sin intermediación o, en el caso que nos ocupa, con una intermediación virtualizada mediante el empleo de mecanismos de comunicación a distancia o telemática²². De hecho, ya se vienen produciendo actos procesales en sede virtual, sean actos típicos sin intermediación –como la presentación de la demanda o la querella– o con intermediación interpuesta –como la realización de videoconferencias para que presten declaración las partes u otros intervinientes en el proceso–. Incluso actos con consecuencias procesales directas, como la ratificación de la petición de separación o divorcio consensual, prevista en el art. 777.3 LEC, mediante sesión en que las partes se identifican con DNI, sus abogados están presentes y una vez que se comprueba la libre voluntad ya no hay necesidad de acudir al juzgado en persona, con un notable ahorro de tiempo y costes para todos con el mismo resultado. Intermediación virtualizada, en definitiva, pero igual de válida y efectiva.

La clave que permite avanzar en la dirección correcta, y en la implementación de una intermediación virtualizada en el proceso es el pleno respeto a los derechos fundamentales²³ procesales y a las garantías del proceso. Dicha salvaguarda tiene en la interacción judicial su gran estandarte, por cuanto la exigencia de que jueces y tribunales presencien la actividad jurisdiccional es garantía de su regularidad y adecuación a las exigencias procesales. De este modo, ya la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente potencia la aplicación del principio de intermediación en los procesos declarativos, augurando en su Exposición de Motivos que la Ley “diseña los procesos declarativos de modo que la intermediación, la publicidad y la oralidad hayan

²² SAGÜILLO TEJERINA, E., “El principio de intermediación y las nuevas tecnologías en el juicio penal”, *La Justicia digital en España y la Unión Europea*, (coord. Arrabal Platero, P., García Molina, P., Conde Fuentes, J., dir. Serrano Hoyo, G.), ed. Atelier, Barcelona, 2019, pp. 207-218.

²³ En este mismo sentido incide el Apartado 6 de la Conclusiones del Consejo de la Unión Europea en su documento “Acceso a la Justicia: aprovechar las oportunidades de digitalización”, referencia 2020/C3421/01, Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de octubre, señalando que “las tecnologías digitales se pueden utilizar en los sistemas judiciales para promover el cumplimiento de las normas del Estado de Derecho y el ejercicio y el respeto de los derechos fundamentales”.

de ser efectivas”. Situación que se plantea a la inversa en la segunda instancia, donde, como advierte DEL POZO PÉREZ²⁴, se aprecia una clara quiebra del principio de inmediación en sentido estricto “puesto que el órgano jurisdiccional *ad quem*, que dicta, por tanto, la Sentencia, puede apartarse, respetando la legalidad, de la valoración fáctica del juez *a quo* sin necesidad alguna de practicar nueva prueba sobre los hechos controvertidos; todo ello debido el restringido régimen probatorio en la segunda instancia”.

Apreciamos entonces como, por ejemplo, el art. 137 LEC exige la presencia del titular del órgano jurisdiccional en el acto de práctica de la prueba bajo sanción de nulidad del mismo, al igual que el art. 238.5 LOPJ prevé la nulidad del juicio oral (vista) llevada a cabo sin la preceptiva intervención del Letrado de la Administración de Justicia, cuya labor de fedatario público acredita, entre otras cuestiones, la presencia inmediata del juez. En uno y en otro caso la habilitación de recursos telemáticos, acordes con la protección de datos personales y suficientemente verificados para avalar la actividad procesal desarrolladas, es factible y concuerda con una inmediación virtualizada.

En este entorno de inmediación virtualizada puede practicarse la prueba en unidad de acto, art. 290 LEC, y se mantienen intactas las facultades del órgano jurisdiccional de dirección de los debates (art. 186 LEC), interrogatorio de partes y testigos, reconocimiento judicial, reproducción de palabras, imágenes y sonido, cifras, datos, explicaciones, rectificaciones y ampliaciones del dictamen pericial –tal y como dispone el art. 289.2 LEC-. La intervención activa del órgano jurisdiccional en sede virtual o telemática también habilita la formulación de preguntas a intervinientes (arts. 306 y 372.2 LEC) o la petición de informes adicionales a las partes (433.3), legitimando con ello perfectamente la exigencia del art. 194.1 LEC en cuanto a que solo “el juez o Magistrado que ha presenciado la vista está legitimado para dictar la pertinente resolución”. La alusión a haber presenciado la vista, no requiere, en una interpretación acomodada a la realidad actual, una presencia física directa, sino que también puede asumirse en esta legalidad una presencia “telemática”. Además, en los supuestos que la ley contempla que no pueda llevarse a cabo la actividad probatoria en juicio en unidad de acto o en la propia vista por las condiciones de práctica de dicho medio de prueba, también es plenamente realizable a través de una inmediación virtualizada con el empleo de recursos telemáticos para, por ejemplo, el interrogatorio de una persona enferma (pensemos en los casos actuales de aislamiento por Covid-19), la propia prueba pericial si el órgano jurisdiccional no considera imprescindible la presencia del perito en sala, o las declaraciones testimoniales de personas jurídicas y de entidades públicas (art. 381 LEC) o el interrogatorio de la Administración pública normativamente regulado en el art. 315 LEC.

²⁴ DEL POZO PÉREZ, M., “La quiebra de la inmediación en la segunda instancia del proceso civil”, *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, (edits. Carpi, F., y Ortells Ramos, M.), vol. 2, Valencia, 2008, p. 237.

La celebración de actuaciones procesales de forma telemática, particularmente el juicio y con ello la práctica de la prueba, acarrea la disyuntiva de las posibles colisiones que ello pueda tener, tal y como hemos afirmado anteriormente, con principios como la inmediación, la oralidad o la contradicción, a cambio, bien es cierto, de una mayor celeridad en la realización de determinadas actuaciones. Personalmente considero que, respetando garantías y derechos fundamentales -defensa, presunción de inocencia, asistencia letrada, proceso público con todas las garantías, utilización de los medios de prueba pertinentes, etc.- la dispensa al ciudadano de tutela judicial efectiva mediante actos procesales telemáticos no tiene por qué menoscabar dicho derecho, desde su vertiente de acceso a la justicia.

Así puede comprobarse en una reciente resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona²⁵, Sentencia de 21 de septiembre de 2020, en la cual se establece que la celebración del juicio por videoconferencia, como consecuencia del Covid-19, no afecta al derecho de defensa del encausado ya que las condiciones de audio y video eran óptimas y no daban lugar a ningún tipo de indefensión. La Audiencia desestima el recurso de nulidad del juicio interpuesto por indefensión, dado que como consecuencia del Estado de Alarma debió celebrarse por videoconferencia la vista al no poder trasladarse al encausado desde el centro penitenciario al hallarse Barcelona en fase 1 y con confinamiento absoluto. Apoyaba legalmente dicha decisión el art. 19 del Real Decreto-ley 16/2020, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia que, como hemos expuesto, dispuso entonces que durante la vigencia del estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización, los actos de juicio, comparecencias, declaraciones y vistas y, en general, todos los actos procesales se realizaran preferentemente mediante “presencia telemática”. Circunstancia esta que se ve confirmada por las previsiones de la Directiva (UE) 2016/343, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, que no impone siempre y en todo caso la presencia física de la persona acusada en la Sala de vistas, cuando concurren razones excepcionales que justifiquen su intervención a distancia –como era el caso–.

En otro orden de cosas, no olvidemos, tampoco, que hay miles de procesos, especialmente en el ámbito del orden jurisdiccional civil, en que la cuestión a resolver es meramente jurídica, donde no hay hechos controvertidos -que por tanto no precisan de prueba y con ello tampoco precisan de la celebración de la vista para la práctica de la misma- o donde existiendo controversia en cuanto a los hechos la totalidad de la prueba es documental. Procedimientos, estos antes reseñados, en que el procedimiento telemático puede aportar rapidez y eficacia para una pronta, e igualmente justa, solución al litigio. Piensen, en estos casos, en reclamaciones de cantidad, determinación de la legalidad o carácter abusivo de cláusulas contractuales o ejecuciones hipotecaria, por citar algunos de los supuestos más ilustrativos. Similar es la situación que acontece en numerosos asuntos del orden contencioso-administrativo y del social,

²⁵ Referencia La Ley 119526/2020.

con litigios en que la controversia es únicamente de carácter jurídico material, y apenas requieren de prueba o en su caso los hechos controvertidos se pueden determinar desde la concurrencia de pruebas documentales.

La particularidad del proceso penal, y las peculiaridades procedimentales que en este orden jurisdiccional se establecen, requieren de un análisis individual²⁶. Manteniendo como principios informadores procedimentales del proceso penal, plena validez y aplicabilidad, los de inmediación, oralidad y contradicción (art. 229 LOPJ), en este concreto ámbito adquieren, si cabe, una mayor relevancia por cuanto a presencia del órgano jurisdiccional es donde han de producirse la práctica de diligencias, en la fase de instrucción, y de pruebas, en la de enjuiciamiento, que puedan acreditar la autoría y responsabilidad del hecho delictivo. Firme ha sido la postura del Tribunal Constitucional en este sentido, por ejemplo, en la Sentencia 16/2009, de 26 de enero, determinando que “la garantía de inmediación consiste en que la prueba se practique ante el órgano judicial al que corresponde su valoración”, sin perjuicio de que la propia LECrim contempla considerables ejemplos que no requieren de inmediación para la plena validez de la actuación procesal, como los casos de los arts. 306, 448, 710 o 714 LECrim. Complementa esa visión ofrecida por el máximo garante constitucional, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (Sentencia 331/2019 de 27 de junio), apreciando, por ejemplo, que “en el concreto supuesto de utilización de la videoconferencia en la fase de instrucción, permite un mejor conocimiento de este principio en cuanto posibilita que el Juez o Tribunal que conoce del asunto presencie directamente la práctica de la prueba, en los casos de auxilio judicial tanto nacional como internacional incluso, en este último caso, posibilitando la directa aplicación de la legislación nacional en la práctica de la diligencia de que se trate”. Sobre el juicio oral equipara jurídicamente la presencia física con la virtual²⁷.

Más aún, puede ser recomendable la utilización de medios telemáticos en el proceso penal cuando, debido a las circunstancias concurrentes, así lo aconseje la seguridad de la víctima y la protección para evitarle una victimización secundaria, la defensa del orden público, la prevención de otros delitos o la protección a la vida, libertad y seguridad de otros intervinientes en el proceso, tal y como ya anticipó la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de octubre de 2006, caso *Marcello Viola vs. Italia*, convalidando para ello la utilización de la videoconferencia²⁸ como forma de realización de actos procesales en sede telemática. Recordemos que la legislación positiva aplicable dispone expresamente la habilitación, art. 731

²⁶ Vid. el trabajo de LÓPEZ RUÍZ, F., “Notas entorno al principio de inmediación en el proceso penal. Una aproximación epistemológica”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm., 40, 2016.

²⁷ Vid., CABEZUDO BAJO, M.J., “Avance hacia un juicio penal íntegramente telemático mediante un uso más generalizado de la videoconferencia: eficiencia y derechos fundamentales”, *cit.*, p. 26.

²⁸ MONTESINOS GARCÍA, A., *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009 y TAVOLARI OLIVEROS, R., “La videoconferencia como mecanismo de comparecencia y la garantía del debido proceso” *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm., 1, 2006, pp. 113-130.

bis LECrim., para que el tribunal “de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación²⁹ se realice a través de videoconferencia³⁰ u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

Verdaderamente la Ley 3/2020 brinda, en cualquier caso, un marco legal de apoyo a la evolución de la intermediación hacia una intermediación virtual, por cuanto contempla expresamente la opción de desarrollar actos procesales mediante herramientas tecnológicas y en sedes telemáticas que replican la sede judicial física. Será de interés ver como se va implementado esta posibilidad desde la aplicación de la “Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas”³¹ elaborada desde el CGPJ. Es un paso adelante en la incorporación y empleo de las nuevas tecnologías en la actividad jurisdiccional que sitúa, ya de antaño, el art. 230 LOPJ, como obligación para juzgados y tribunales (también, no lo olvidemos, para las fiscalías), eso sí, siempre que estén, literalmente según el precepto, “puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones” con las limitaciones que a la utilización de tales medios se establecen tanto en la propia LOPJ como en la normativa orgánica de protección de datos personales. Por todos es sabido la carencia estructural en medios materiales y tecnológicos de muchos de los juzgados y tribunales de nuestro país, por lo que esta apuesta, que la Ley 3/2020 dispone, exige una importante inversión y adaptación de los juzgados, de los sistemas y plataformas tecnológicas y de los medios a disposición, y que solo podrá llegar a ser verdaderamente productiva y fecunda si toma como punto de partida una planificación global de una Administración de Justicia tecnológica y puntera y no mediante parches aislados a todos los niveles. Deben atenderse las prevenciones realizadas al efecto en el art. 230.6 LOPJ en cuanto a que “los sistemas informáticos que se utilicen en la Administración de Justicia deberán ser compatibles entre sí para facilitar su comunicación e integración, en los términos que determine el Comité Técnico Estatal de la Administración de Justicia Electrónica. La definición y validación funcional de los programas y aplicaciones se efectuará por el Comité Técnico Estatal de la Administración de Justicia Electrónica”.

²⁹ FERNÁNDEZ-FÍGARES MORALES, M.J., “El principio de intermediación ante las declaraciones obtenidas mediante la captura y retransmisión audiovisual en el proceso penal”, *Era Digital, Sociedad y Derecho*, (coord., Arrabal Platero, P., y. Doig Díaz, dir., Fuentes Soriano, O.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 467-479.

³⁰ Planteándose en el panorama actual su extensión y empleo de forma más intensa, como expone MAGRO SERVET, V., “Hacia el uso habitual de la videoconferencia en las vistas judiciales. Aprovechando las enseñanzas del Coronavirus. De la excepción a la regla general del art. 19 RD 16/2020, de 28 de abril”, *Diario La Ley*, núm. 9639, 2020.

³¹ Accesible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/La-Comision-Permanente-aprueba-una-Guia-para-la-celebracion-de-actuaciones-judiciales-telematicas> (última consulta 13.10.2020).

Del propio art. 230 LOPJ podemos extraer asimismo tres importantes elementos que ofrecen la transición del principio de inmediación al de inmediación virtualizada. A saber:

- a) Las actuaciones procesales, orales –grabación de vistas o celebración de comparecencias, etc.- documentadas en soporte digital no podrán transcribirse (art. 230.3 LOPJ), salvo en los casos expresamente previstos por ley, de lo que se infiere que un acto realizado con inmediación virtualizada, gracias a las nuevas tecnologías en cuyo entorno se produce ha de preservarse íntegro por cuanto su valor procesal viene dado por lo almacenado en el soporte correspondiente que recoge dicho acto. Por tanto, un acto procesal en inmediación virtualizada no precisa de ninguna otra verificación o refrendo para su validez y plenos efectos procesales.
- b) Los actos procesales que se realicen o tramiten con soporte informático, e inmediación virtualizada, requieren de la identificación previa de todos los actuantes y preservarán la confidencialidad, privacidad y seguridad de los datos de carácter personal (art. 230.4 LOPJ)
- c) La exigencia de compatibilidad de sistemas entre actuantes y Administración de Justicia en los entornos de inmediación virtual en que se desarrollen actos procesales de forma telemática y el pleno respeto a las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento (legalidad procesal), con una previsión de posible obligatoriedad en el uso de medios técnicos de telecomunicación con juzgados y tribunales para las “personas que demanden la tutela judicial de sus derechos e intereses ... cuando así se establezca en las normas procesales” (art. 230.5 LOPJ)

En relación con esta última precisión, conviene destacar la posición del Tribunal Constitucional, en cuya Sentencia 6/2019, de 17 de enero, dispone (Fundamento Jurídico Cuarto) que “la utilización de medios electrónicos para la práctica de actos de comunicación, desde el punto de vista de los sujetos que han de hacer uso de ellos puede configurarse como un derecho o bien como una obligación”. En el primer caso (se trata de un derecho) se encuentran las personas físicas que actúan como parte en un proceso, sin requerir de un representante procesal –procurador- por no exigirlo la ley procesal. Establece, por el contrario, que se entiende como obligación relacionarse con la Administración de Justicia por canales electrónicos para los profesionales de la Justicia que intervienen en representación de alguna de las partes del proceso –Abogado y Procurador- cuando estas sean particulares, Administraciones territoriales, órganos parlamentarios o entidades de derecho público.

3.3. Elementos para la virtualización en el proceso desde el principio de inmediación

La voluntad legal de impulso tecnológico en el proceso, el previo aval constitucional a la realización de actuaciones telemáticas y una dotación esperable e imprescindible de medios es el triunvirato que sustenta la evolución contemporánea de la justicia, a lo que se suma un elemento extrajurídico como es la pandemia ocasionada por el Covid-19 que ha hecho del distanciamiento social, entre otras, una de sus consecuencias fundamentales como elemento de prevención. Una justicia telemática, y no solo de base procesal –que sobre ello proseguiremos en posteriores apartados del trabajo-, es imprescindible desde la implementación de soluciones tecnológicas para garantizar la adecuada tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos. La apertura de la Justicia a una concepción extensa en la que también se incardinan medios extrajudiciales de resolución de litigios, cierra el círculo sobre el cual puede establecerse el

ámbito de aplicación de la misma en las próximas décadas desde los factores de virtualización y extrajurisdiccionalidad.

En una perspectiva acotada al ámbito del proceso, en este punto del trabajo hemos de reiterar el aporte de agilidad, rapidez e inmediatez que comporta la virtualización de actuaciones procesales desarrolladas a través de herramientas de apoyo y soporte tecnológico. Pero ese progreso procedimental no puede tener lugar a cualquier precio, y menos si es a costa de una merma de garantías y derechos de los justiciables. Las actuaciones telemáticas en general, y en particular lo que de ellas repercute en el principio de inmediación³² en su vertiente virtualizada, deben atenerse ineludiblemente a una serie de requisitos y condiciones, como afianzamiento de su validez y de la exclusión de cualquier atisbo de nulidad.

Tomando las referencias legales de los arts. 229.3 LOPJ, con carácter general, y del art. 731 bis LECrim, desde el entorno procesal penal, podemos extrapolar una serie de elementos para la virtualización del principio de inmediación que verifican *a priori* la validez de los actos procesales conducidos desde una justicia digital y telemática. Seguidamente los enumeramos:

- 1) El acto procesal desarrollado telemáticamente ha de soportarse desde un entorno digital seguro y que proteja adecuadamente los datos personales y la intimidad de los intervinientes
- 2) El acto procesal debe producirse de manera bidireccional (emisor del acto y receptor o receptores) y simultánea (sincrónica en el tiempo y con emisión en directo) de imagen y sonido.
- 3) Debe permitir la interacción visual, auditiva y verbal de todos los participantes, salvo que el órgano jurisdiccional, motivadamente, determine alguna concreta restricción –para la protección de los derechos o las garantías de alguno de los participantes en el acto-.
- 4) El acto procesal telemático debe llevarse a cabo desde la plenitud del principio de contradicción y el ejercicio del derecho de defensa, así como del resto de derechos procesales fundamentales
- 5) Observancia de todas las exigencias procedimentales establecidas en la ley procesal aplicable, para la versión presencial del acto siempre que sean posibles y adecuadas al entorno telemático en que se desarrolla
- 6) Intervención del Letrado de la Administración de Justicia para verificar la realidad, integridad y documentación –en soporte digital- del acto celebrado. Acreditará la identidad de los intervinientes por el medio que proceda (documentación acreditativa, como puede ser la exhibición del DNI o su previa remisión, firma digital, conocimiento personal u otro medio que se considere apropiado).

Extraemos entonces la conclusión de que el principio de inmediación va a verse matizado, y actualizado, en el entorno de una justicia digital y telemática, sin perder su esencia y sentido de ser originario. Esto es, el contacto entre juzgador y elementos del acto procesal será directo, pero ahora interpuesto a través de un mecanismo de nueva tecnología que sustituye la presencia física por una presencia e interacción virtual. En su Sentencia 161/2015 de 17 de marzo, el

³² CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*. ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Tribunal Supremo³³ determinaba, en relación con la videoconferencia, que “el ritmo al que se suceden los avances tecnológicos obliga a no descartar que en un futuro no muy lejano la opción entre el examen presencial de los testigos/peritos y su interrogatorio mediante videoconferencia, sea una cuestión que no se plantee en términos de principalidad y subsidiariedad”. Además, entendemos que se puede avanzar en incardinar en este nuevo entorno tecnológico de aplicación a la oralidad y la inmediación en su punto exacto de principios procedimentales que tratan, en cualquier caso, de facilitar la averiguación de los hechos en el proceso³⁴. Pues bien, ese futuro, parece haber llegado ya, quizá azuzado por las consecuencias del Covid-19, y con el actual estado de cosas, el que denominaba el Tribunal Supremo, en la citada sentencia, “entendimiento histórico-convencional del principio de inmediación” sigue siendo considerado un valor que preservar pero que avanza en consonancia con las nuevas formas y opciones de actuación procesal que hacen prevalecer a la proximidad física y personal otros pormenores y singularidades. Y este fenómeno de digitalización, apuesta telemática e inmediación virtualizada –hasta el extremo de aplicar incluso inteligencias artificiales- veremos, seguidamente como ya ha hecho camino y abierto brecha en el ámbito de las soluciones extrajudiciales de litigios, quizá por su carácter más global, universal, informal y flexible que el proceso judicial.

Solo queda valorar, finalmente, con el posible riesgo de hacer depender determinadas actuaciones de la tecnología, cuando nos encontramos con carencias en las dotaciones materiales y con problemas de conectividad y funcionamiento en muchos juzgados o para alguno de los intervinientes cuya presencia sea imprescindible. Las incidencias derivadas de estas vicisitudes pueden repercutir negativamente, al tener que aplazar la realización del acto y con ello dilatar el procedimiento o en caso de que el acto desarrollado telemáticamente no haya tenido la calidad de audio o vídeo deseable y se haya podido recoger íntegro, puede llegar a comprometer su validez. En cualquier caso, y tal y como señaló de forma taxativa CORTÉS DOMÍNGUEZ³⁵, quien sitúa a la inmediación en la esencia misma del proceso, como valor³⁶ procesal por sí misma y cuya valoración no ha de depender de apreciaciones más o menos sociológicas sobre su eficacia o sobre si es más conveniente o imprescindible el contacto directo entre el órgano jurisdiccional y el acto procesal sino que “el enraizamiento claramente constitucional de la inmediación hace indiscutible la necesidad de la misma con independencia

³³ Referencia Roj: STS 812/2015 - ECLI: ES:TS:2015:812.

³⁴ LETELIER LOYOLA, E., “Oralidad, inmediación y la determinación de las verdades en el proceso penal”, *Estudios actuales en Derecho y Ciencia Política*, (Coord. Carrizo González-Castell, A.), ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2011, pp. 3-31.

³⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La Constitución española y los principios rectores del proceso civil”, *Principios Constitucionales en el proceso civil*. Cuadernos de Derecho Judicial núm., XXII, Madrid, 1993, pp. 139-140.

³⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)”, en *Jueces para la democracia*, núm., 46, 2003, pp. 57-66.

de si actuaciones procesales sin intermediación suponen o no un ataque o violación al derecho de defensa”.

4. ¿TECNOLÓGICAMENTE SON MÁS ÁGILES Y VENTAJOSAS LAS SOLUCIONES EXTRAJUDICIALES DE LITIGIOS?

Uno de los fenómenos que está caracterizando la Justicia de las primeras décadas del siglo XXI es, incuestionablemente, la expansión de las soluciones extrajudiciales de litigios como elemento complementario a la solución de litigios en sede judicial. El modelo social que nos acoge propugna, cada día más, la libertad y la disponibilidad individual de los sujetos en prácticamente todas y cada una de las parcelas de su existencia. Esa autonomía también se observa en la gestión de sus derechos y obligaciones, vinculada al tradicional principio de autonomía de la voluntad, ciertamente, allí donde éste es posible jurídicamente hablando.

Sumamos a esta circunstancia el hecho, también fácilmente contrastable, de que los medios extrajudiciales de resolución de litigios son más universales y flexibles que el proceso judicial. Esta reflexión nos conduce a valorar como en un mundo cada día más globalizado, con litigios que incorporan con frecuencia elementos transnacionales³⁷, soluciones que no se vinculan a un territorio y a unos patrones legales muy estrictos, como es el proceso judicial, pueden ir ganando terreno y posiciones para la asunción de determinados conflictos. El arbitraje, la mediación o una simple negociación, se mueven en parámetros menos marcados y aportan mayor flexibilidad en su utilización y resultados, lo cual casa perfectamente, de nuevo, con la premisa expuesta en el párrafo anterior, de la disponibilidad por parte del ciudadano de sus derechos, llegando al punto de disponer de la solución a los conflictos que de los mismos se desprendan.

La actual situación que vivimos, a nivel social y de relación e interacción, con la distancia social como regla básica, es un tercer elemento a considerar. Nos explicamos. En el ámbito de aplicación de los medios extrajudiciales de resolución de litigios no se requiere, en primer término, una interacción tan continuada y constante como en el proceso judicial. Además, los medios extrajudiciales se han adelantado al proceso judicial en la incorporación de nuevas tecnologías a su práctica habitual. Sirva de ejemplo la Plataforma Europea de resolución extrajudicial de litigios en línea en materia de consumo, impulsada institucionalmente desde la propia Unión Europea, y que lleva ya varios años en funcionamiento. Esta plataforma ha demostrado, desde los datos que ya disponemos sobre la misma, que es posible acceder a una solución extrajudicial de un litigio de forma totalmente telemática. La Plataforma electrónica europea de resolución extrajudicial de litigios de consumo es probablemente el señuelo de un modelo tecnológico y extrajudicial de justicia que puede extenderse, en un primer momento al

³⁷ A título de ejemplo podemos citar un sector en que dada su transnacionalidad puede resultar muy ventajoso el uso de la mediación electrónica como es el caso de la litigiosidad marítima. Consúltese FONTESTAD PORTALÉS, L., “En busca de nuevas soluciones procesales y extraprocesales en el transporte marítimo de mercancías”, *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 26, 2020.

derecho privado, y posteriormente, a otros ámbitos jurídicos. Desde la conjunción de estos dos elementos, y con las circunstancias que actualmente tiñen de aislamiento y distancia nuestras relaciones interpersonales, se pueden asentar las bases de una justicia moderna y eficaz en las próximas décadas. Estas opciones también son justicia, y no solo en el ámbito del consumo³⁸, a la que se accede evitando los riesgos que la pandemia del Covid-19 pudiera representar.

La sobrecarga de asuntos que han padecido los órganos jurisdiccionales, acentuada con las consecuencias de la pandemia del Covid-19 y las semanas de restricciones y de dificultades en el desempeño de la función jurisdiccional, pueden encontrar un perfecto aliado para la descongestión y para potenciar la eficacia de la Justicia en la tecnología y en las vías extrajurisdiccionales de resolución de litigios, estando éstas más preparadas y avanzadas para dar respuesta a muchos tipos de conflictos desde dispositivos digitales de acceso universal (ordenadores, portátiles, teléfonos inteligentes, tabletas, etc) en los cuales llevar a cabo de forma flexible y directa un arbitraje, una mediación, una conciliación o una negociación. Estaríamos con ello invirtiendo también el esquema tradicional basado en que ha de ir a buscarse la justicia a una concreta sede física -los juzgados y tribunales-, cuando desde la comodidad y cercanía del hogar o el lugar de trabajo se podría avanzar en la resolución de un conflicto con todas las garantías jurídicas. Además, esto comportaría ventajas en cuanto a la agilidad, rapidez, manejabilidad o disminución de gastos que determina la necesidad de acudir a un proceso judicial. Tal vez se propicie también una mayor satisfacción a los justiciables, quienes asumen responsabilidad y protagonismo al encarar el conflicto que afecta a sus derechos o expectativas. La moderna faz de la Justicia sería poliédrica, con varias caras en las cuales el justiciable puede acomodar su litigio.

³⁸ Así, por ejemplo, en enero de 2018, se ha dado a conocer la implementación en España de una plataforma de tramitación electrónica de resolución extrajudicial de conflictos derivados de accidentes de tráfico en relación a las reclamaciones de daños personales a las aseguradoras. De este modo, y en virtud de un convenio suscrito al efecto entre el Consejo General de la Abogacía y la Patronal de las Aseguradoras (UNESPA), se ha desarrollado una plataforma electrónica (a través de la empresa TIREA) que permite a los letrados comunicarse de forma telemática y segura con las aseguradoras de los vehículos que se han visto implicados en un siniestro de circulación con víctimas facilitando la solución extrajudicial del litigio. A dicho Convenio se han adherido en la actualidad un total de 23 aseguradoras –que representan el 90% del mercado en España-. El nuevo servicio se llama SdP-Lex. Mediante dicha herramienta online, los abogados envían y reciben de manera segura, inmediata y estandarizada la documentación con las reclamaciones de sus clientes a las entidades aseguradoras. El trasvase de información se realiza a través de la firma electrónica cualificada de la Autoridad de Certificación de la Abogacía (ACA). La plataforma posibilita el diálogo entre el abogado y la entidad en base a lo establecido en el convenio suscrito la pasada primavera entre el Consejo General de la Abogacía Española, UNESPA y TIREA. Otra ventaja de SdP-Lex es que es un servicio operativo todos los días del año y a todas horas. El sistema cumple, igualmente, los criterios establecidos por las normas de competencia y protección de datos.

5. MEDIOS EXTRAJUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE LITIGIOS, TECNOLOGÍA E INTELIGENCIA ARTIFICIAL: EL RETO DEL PRESENTE

Las ODR³⁹, acrónimo anglosajón con el que se designan a los medios extrajudiciales de resolución de litigios online, y por tanto con aplicación directa de la tecnología y de soluciones fundamentalmente telemáticas, serán un elemento de referencia en la justicia post-covid19. El confinamiento y las restricciones de movilidad y de contacto personal han expandido y convertido en cotidiano el uso y acceso a dispositivos de nuevas tecnologías para llevar a cabo a través de ellos, muchas de las actividades que anteriormente hacíamos presencialmente, con intermediación. Se han derribado muchas barreras en este sentido, pese a las divergencias y dificultades que para muchos colectivos supone el empleo de nuevas tecnologías. Llegados a este punto, el ámbito de la justicia no puede, ni debe, quedar atrás, y debe aprovechar el viento a favor. Y para ello están, indudablemente, mucho mejor posicionados los medios extrajudiciales de resolución de litigios que se conducen online. Dotarlas, además, de transparencia y al mismo tiempo de confidencialidad y adecuada protección de datos reforzará su idoneidad⁴⁰.

El convencimiento de que la innovación constante, la oferta de alternativas al proceso y las capacidades de los profesionales jurídicos en adaptarse a nuevas realidades para orientar y asistir a los ciudadanos en su obtención de soluciones a sus litigios son los parámetros que pueden conducirnos a una mayor eficiencia y un mejor acceso a la Justicia. A todos ellos se suma un protagonista estelar: la inteligencia artificial y su irrupción a todos los niveles y en el mundo de la Justicia en particular⁴¹.

5.1. ¿Qué es inteligencia artificial en el ámbito jurídico?

El primer recurso conceptual sobre inteligencia artificial entendemos que debe ser generalista y para ello acudimos a la Real Academia Española, que la define como la “especialidad científica que genera programas informáticos, que se encargan de realizar un trabajo similar al

³⁹ KAUFMANN-KOHLER, G., y SCHULTZ, T., *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, Kluwer Law International, 2004.

⁴⁰ RULE, C., HARPREET SINGH, H., “ODR and Online Reputation Systems – Maintaining Trust and Accuracy Through Effective Redress”. *Online Dispute Resolution: Theory & Practice. A treatise on technology and dispute resolution*, (coord.. Abdel Wahab, M. S., Katsh, E., Rainey, Eleven, D.), 2011, pp. 175-196.

⁴¹ Según MIRÓ LLINARES la transformación que en la justicia puede acarrear la entrada de la inteligencia artificial “suele conllevar respuestas iniciales dicotomizadas entre, por un lado, el temor y la negación del cambio y, por otro, la esperanza y la aceptación del mismo sin ambages”, *vid.*, MIRÓ LLINARES, F. “Inteligencia Artificial y Justicia Penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3(20), 2018, p. 110.

que ejecuta la mente del ser humano, como podría ser el aprendizaje o el razonamiento lógico⁴²”.

Probablemente la definición que más nos puede ir aproximando, ya de forma técnica, a la consideración de la inteligencia artificial nos la ofrece la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones sobre Inteligencia Artificial para Europa (referencia: COM (2018) 237 final) según la cual por inteligencia artificial podemos entender los sistemas que muestran un comportamiento inteligente al analizar su entorno y realizar acciones, con cierto grado de autonomía, para lograr objetivos específicos. Si la completamos con lo expuesto en las “Directrices éticas para una inteligencia artificial confiable” preparadas por el Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial (AI HLEG) de la Unión Europea, donde apunta que se trata de “sistemas de software (y posiblemente también hardware) diseñados por seres humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital al percibir su entorno a través de la adquisición de datos, interpretando los datos recopilados o no estructurados, razonando sobre el conocimiento, o el procesamiento de la información, derivado de estos datos y la decisión de las mejores acciones a tomar para lograr el objetivo dado”.

La aplicación de inteligencia artificial en el derecho⁴³ se conoce, siguiendo una vez más la terminología anglosajona, como *Artificial Legal Intelligence* (bajo el acrónimo ALI) y está basada en el desarrollo de la automatización de razonamientos jurídicos y en su aplicación en modelos computacionales de argumentación jurídica. Podemos llegar a concluir, por tanto, que la inteligencia artificial en el ámbito jurídico implica un elemento tecnológico capaz de brindar apoyo para asesorar legalmente, asistir en la toma de decisiones e incluso, en sus versiones más avanzadas, asumir la responsabilidad de la decisión de un litigio en ámbitos procesales⁴⁴ y extrajurisdiccionales.

5.2. El desafío de incorporar la inteligencia artificial en los entornos de ODR

La necesidad perentoria de sumar nuevos factores emergentes que hagan evolucionar la justicia post-covid19, tiene uno de sus escenarios más idóneos en la adaptación de los entornos ODR⁴⁵, caracterizados por la utilización de la tecnología y la telemática y por tanto sin contacto directo.

⁴² Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, (versión 23.3 disponible en la web <https://dle.rae.es>).

⁴³ SURDEN, H., “Artificial intelligence and Law: an overview”, *Georgia State University Law Review*, vol. 35, núm., 4, 2019, pp. 1305-1337.

⁴⁴ NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

⁴⁵ SOLETO MUÑOZ, H., “Avances, tecnología y ADR en el sistema de justicia. La necesaria revolución de los sistemas de resolución de conflictos”, *La Justicia digital en España y la Unión Europea*, (dirs. Conde Fuentes, J., y Serrano Hoyo, G.), Barcelona, 2019, pp. 341-353.

En este sentido, el punto de partida es ideal. Si al arbitraje⁴⁶, o la mediación electrónica le activamos un elemento disruptivo como la inteligencia artificial, el desafío de las soluciones extrajudiciales de litigios online, las transformará de ODR en i-ODR (entendido como el acrónimo que englobaría la utilización de sistemas de ODR con asistencia de inteligencia artificial).

En estos términos considero que se plantea el desafío de una Administración de Justicia que evolucione como consecuencia de la crisis que ha producido la pandemia del covid-19. Una Administración de Justicia de visión amplia, integradora y que debe apostar firmemente por un modelo tecnológico de vanguardia. Dar cabida dentro de ella a los ODR y los posibles i-ODR⁴⁷ confirmaría una decida apuesta por la agilidad, la eficiencia y la ubicuidad temporal y espacial de las vías extrajudiciales de resolución de litigios como complemento eficaz al proceso judicial, en sintonía con el tiempo en que vivimos y con las aplicaciones de inteligencia artificial y el procesamiento de *big data*, algoritmos, etc que deriven en el diseño final de softwares aplicados a arbitraje y mediación online que desempeñen funciones tanto de asistencia (pasiva) como decisoria (activa) en la resolución de litigios. Nuestras observaciones se dirigen, entonces, hacia la vinculación entre inteligencia artificial⁴⁸ y mecanismos extrajudiciales de resolución de litigios en línea (ODR) sobre un sustrato común que les confiera plena operatividad, interconexión y regularidad legal. Ambas opciones, ODR e IA, comparten su naturaleza de base tecnológica, pero por ello no deben, ni pueden, quedar fuera de las exigencias jurídicas de garantismo que cualquier procedimiento de resolución de litigios requiere, ya sea judicial o extrajudicial. En particular, las ODR deben observar las mismas normas y principios generales que sus réplicas en versión presencial (o fuera de línea), tanto con relación a los derechos de las partes en litigio y a los derechos y obligaciones del tercero neutral (árbitro o mediador) como a las exigencias procedimentales básicas.

5.2.A. Inteligencia artificial con funciones asistenciales en entornos ODR

A buen seguro que la inteligencia artificial puede ser un elemento de apoyo en el desarrollo de un arbitraje o una mediación electrónica. La gama de soluciones que puede brindar se extiende

⁴⁶ BARONA VILAR, S. “Maximización de la eficiencia y búsqueda de la celeridad en el arbitraje: entre el mito, la sublimación y la cuarta revolución industrial (4.0)”, *Revista de Arbitraje Comercial e Inversiones*, núm. 1, vol. XI, 2018, pp. 17-53; MATHEUS LÓPEZ, C., “Tecnología y arbitraje internacional en tiempos del coronavirus”, *CIAR Global*, accesible en el vínculo: <https://ciarglobal.com/tecnologia-y-arbitraje-internacional-en-tiempos-del-coronavirus/>.

⁴⁷ MARTÍN DIZ, F., Inteligencia artificial y medios extrajudiciales de resolución de litigios online (ODR): evolución de futuro en tiempos de pandemia global (COVID-19), *Revista La Ley. Mediación y Arbitraje*, núm. 2, 2020, pp. 48-93.

⁴⁸ Véase *White Paper on artificial intelligence – an European approach to excellence and trust* desde donde se aboga por su implementación, desarrollo y empleo respetando los principios y valores fundamentales de la Unión Europea. En el ámbito jurídico desde la observancia plena de los derechos fundamentales de la ciudadanía.

https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf,

desde la designación del tercero que participa junto a las partes en la resolución del litigio, hasta el manejo de los datos y predicciones que puedan ser de ayuda y orientación en alguna de las decisiones o actuaciones que deban desenvolverse en su labor arbitral⁴⁹ o mediadora⁵⁰. Con el grado de implantación y utilización que la inteligencia artificial presenta hoy en día en este ámbito, probablemente es el que está más cerca de sus posibilidades reales y legales por cuanto aún parece muy aventurado, y con límites aún desconocidos, el conceder a la inteligencia artificial la capacidad decisoria en arbitrajes o mediaciones electrónicas -lo que no significa que ya haya casos en que se está haciendo-. Nos postulamos defensores, al menos por ahora, del principio *human in command* por el cual se proclama que la máquina es controlada por el ser humano y éste fortalece su aplicación, es el núcleo desde el cual debiera expandirse la utilización de la inteligencia artificial⁵¹.

La evolución tecnológica nos puede llevar, por tanto, a que una inteligencia artificial sea útil para evaluar la conveniencia de un arbitraje⁵² o una mediación, e incluso de su variante telemática, aportando tendencias y ventajas en cuanto a tiempo, coste y soluciones de un litigio frente a su planteamiento jurisdiccional. En definitiva, una primera aplicación asistencial de la inteligencia artificial sería de carácter estratégico y pre-litigioso, para apoyar, fundamentar y ponderar la elección de la vía más idónea para la resolución del asunto. Puede ser igualmente un recurso de interés para los contendientes, sobremanera para sus asesores legales, a efectos de determinar una posible trazabilidad y orientación del caso en arbitraje y mediación, desde la elección de sus variantes (por ejemplo, en el caso del arbitraje determinar si conviene que sea de derecho o de equidad), o la elección de la modalidad entre arbitraje o mediación institucional (y en su caso, ante qué institución) o *ad hoc* (con posibles recomendaciones procedimentales adaptadas al asunto), etc. También sería un recurso válido para el procesamiento y análisis de datos, documentos y precedentes con los cuales los defensores legales de las partes pueden preparar sus alegatos y posiciones, y de otra parte los árbitros o mediadores pueden revisar las posiciones de las partes con mayor rapidez y agilidad, e, incluso, con la ventaja de que en el entorno tecnológico que propician las ODR la interactividad puede ser superior que la del entorno físico presencial.

⁴⁹ MÉNDEZ ZAMORA, E., “Panorama actual y futuro de la inteligencia artificial en el arbitraje internacional: implementaciones, obstáculos y consideraciones jurídicas”, *Revista Costarricense de Derecho Internacional*, núm., 1, 2018, pp. 6-24.

⁵⁰ BUENO DE MATA, F., “Mediación electrónica e inteligencia artificial”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 2015.

⁵¹ En las citadas Conclusiones del documento “Acceso a la Justicia: aprovechar las oportunidades de digitalización”, referencia 2020/C342I/01, su apartado 39 subraya “que el uso de herramientas de inteligencia artificial no debe interferir con el poder de decisión de los jueces ni con la independencia judicial. Las resoluciones judiciales deben ser siempre dictadas por seres humanos y no pueden delegarse en una herramienta de inteligencia artificial”.

⁵² PAISLEY, K., Y SUSSMAN, E., “Artificial Intelligence Challenges and Opportunities for International Arbitration”, *NYSBA NY Dispute Resolution Lawyer*, núm., 1, 2018, pp. 35-40.

Podría ser aplicable la inteligencia artificial en este campo, como ya hemos señalado, para que sea esta herramienta tecnológica quien opere la selección y designación del árbitro⁵³ o mediador (o de la institución, en caso de los modelos institucionales de ambos) desde unos criterios o recomendaciones que pautaran los litigantes y que tratarían con ello de conseguir la mayor objetividad posible para que se corrija la intuición y las referencias personales o profesionales por una recomendación soportada sobre datos como la especialidad del árbitro o mediador, sus tasas de actividad o sus propias habilidades y preferencias mostradas a través de cuestionarios que aporten información concreta, real y precisa del árbitro o mediador. Si esta circunstancia se abre paso, podría tener cabida su previsión legal, mediante la correspondiente modificación legislativa en los arts. 15 de la Ley de Arbitraje y 16.1.a) de la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, como un ejercicio de adaptación a la realidad jurídico-social y tecnológica del momento, siempre que se haga dicha asistencia con las máximas garantías de transparencia y control por el usuario.

Finalmente, y en relación con la parte conclusiva de un procedimiento de ODR, sea un arbitraje o una mediación electrónica, una inteligencia artificial puede asistir a los árbitros o a los mediadores en la preparación, redacción y estructuración del contenido del laudo o acuerdo, especialmente en cuanto a comprobar de una parte que el laudo o acuerdo aborda todo el objeto del litigio y a garantizar su coherencia interna e incluso su regularidad legal.

5.2.B. Un modelo de transición en ODR con aplicaciones de inteligencia artificial

Existen ya en marcha experiencias en ODR en que, mediante negociaciones automatizadas en sede electrónica, se percibe una especie de modelo de transición entre la aplicación de inteligencia artificial a las ODR con funciones meramente asistenciales y las aplicaciones de inteligencia artificial en ODR a las que se otorgasen funciones decisorias. En estos modelos de interacción, el perfil negociador que se asigna a la inteligencia artificial es parecido al de un “asignador automático” que sitúa la resolución del conflicto en un término medio al que se llega desde los indicios y posturas ofrecidas por las partes. En nuestro caso tenemos incluso un precedente, ya algo remoto, con la previsión que en su momento contenía el Borrador del Real Decreto-ley que precedió a la vigente Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles contenía. El art. 16 del citado texto prelegislativo contemplaba una “especie” de mediación automatizada que, en atención a la naturaleza de ésta, constituía realmente una negociación automatizada electrónica. En la propuesta se preveía que, una vez recibidas las posiciones de las partes, si hubiera acuerdo sobre la cantidad reclamada, “el sistema electrónico les ofrecerá de forma automática una propuesta de acuerdo para su aceptación”. Si dicha propuesta se rechazase por alguna de las partes, ya fuese la mera propuesta económica o la propuesta de acuerdo final, ambas efectuadas por el sistema electrónico, “se podría solicitar al sistema una

⁵³ ROGERS, C.A., “Arbitrator Intelligence: From Intuition to Data in Arbitrator Appointments”, *New York Dispute Resolution Lawyer*. Vol. 11, núm., 2, 2018.

nueva propuesta con el límite de ofertas que establezcan las reglas de la institución de mediación”. Con este planteamiento es evidente que una herramienta de inteligencia artificial podría asumir perfectamente ofrecer esta modalidad de negociación automatizada (una ODR, al fin y al cabo) ya que la previsión normativa de aquel entonces aludía a “sistemas electrónicos”, sin precisar ni restringir qué entender por tales. Opción que es absolutamente factible en la actualidad en que los modelos computacionales para la creación de una inteligencia artificial son capaces de gestionar desde flujos de tráfico hasta complejas operaciones de trading en los mercados financieros. Dicho precepto, origen remoto del vigente art. 24.2 de la Ley 5/2012 de mediación en asuntos de derecho civil y mercantil, no pasó de ahí, de ser considerada en el Borrador de Real Decreto-ley, y no cuajó normativamente ni ha vuelto a ponerse sobre la mesa.

En la actualidad ya existen herramientas de ODR con inteligencia artificial implementada que realizan funciones de negociación asistida. Una de ellas es *SmartSettle*⁵⁴, un software diseñado como una especie de “adjudicador” de controversias, basado en una negociación bilateral electrónica y mediante algoritmos. Ofrece un espacio telemático en el cual se reciben las posturas de las partes y se generan diferentes opciones de acuerdo, tomando como punto de partida las posiciones esgrimidas por cada uno de los afectados en el litigio. Funciona como un procedimiento electrónico, cooperativo, online y que requiere del acuerdo final de todos los implicados sobre la base de las opciones que va generando la interfaz interactiva. Otra de las herramientas de este tipo que también se ha implementado con similares características es *Modria*, como software inicialmente desarrollado para gestionar en Ebay⁵⁵ y PayPal los millones de reclamaciones anuales de sus clientes de forma rápida y telemática. Dentro de sus variantes, cuenta con un “módulo de negociación” que resume las áreas de acuerdo y desacuerdo y hace sugerencias para resolver el problema.

5.2.C. Inteligencia artificial decisoria en ODR: ¿i-arbitraje o i-mediación?

El paso más arriesgado lo determina la valoración que implica vincular ODR e inteligencia artificial en funciones decisorias. Esto es, conferir a la herramienta tecnológica la facultad de decidir (arbitraje) o de mediar, sustituyendo con ello al humano que asume todas esas funciones legales y jurídicas en pleno⁵⁶. Ese reemplazo puede llevarse a cabo ya sea en la forma de agentes relacionales⁵⁷, robots, avatares, etc., diseñados y calibrados como solución tecnológica a estos

⁵⁴ iCan Systems Inc. es el creador de *Smartsettle*, publicitado como “único sistema de negociación electrónica seguro del mundo que utiliza algoritmos de optimización patentados para lograr soluciones justas y eficientes que realmente están más allá de Win-Win”. Puede visitarse su web: <https://www.smartsettle.com/>

⁵⁵ KATSH, E., RIFKIN, J., GAITENBY, A., “E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute resolution: in the shadow of “eBay Law”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 15:3, 2000, pp. 705-734.

⁵⁶ LARSON, D.A., “Artificial Intelligence: Robots, Avatars, and the Demise of the Human Mediator”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, núm. 1, 2010, pp. 105-163.

⁵⁷ Como expone Larson, *op.cit.*, p. 155, “Relational agents can contribute to dispute resolution and problem-solving processes both by behaving intelligently and being intelligent. Their ability to connect with humans by engaging,

efectos y que, como ya avanza BARONA VILAR, en la sociedad global que tenemos a día de hoy no es más que una manifestación “desde parámetros de eficiencia que comportan cada vez más una superación del ser humano por la máquina..., quizá en el futuro, la inteligencia artificial supere el pensamiento humano crítico, sus imperfecciones, y sea capaz de equilibrar eficiencia con derechos. De momento, genera una cierta inquietud ese paso de la creación de las máquinas con pensamiento humano a la conformación de los humanoides, a saber, de crear máquinas que creen su propio pensamiento y, por ende, su capacidad sui generis de resolver”⁵⁸.

Hemos destacado la gran ventaja que comportan los medios extrajudiciales de resolución de litigios en cuanto a la flexibilidad de la que están imbuidos. Ello les permite adaptarse a la cambiante realidad social, y, ahora, ponerse en la vanguardia tecnológica mediante los ODR e incluso, como señalamos, su interacción con herramientas de inteligencia artificial. Dar un paso al frente para configurar sistemas extrajudiciales online de resolución de litigios con inteligencias artificiales decisorias, lo que podríamos catalogar como i-arbitraje o i-mediación, sería una confirmación de dicha flexibilidad. Cuando las tecnologías ya son parte indisoluble de nuestra vida diaria, cuando esta pandemia del año 2020 nos ha hecho tecnológicamente más dependientes ante el aislamiento y la restricción del contacto social, cuando las nuevas generaciones son nativas digitales, parece que el camino a seguir no puede ser otro.

Ahora bien, también puede aparecer barreras e inconvenientes. La primera objeción que se puede formular es de propiamente técnica, ya que actualmente nadie ni nada puede garantizar la infalibilidad y perfección total de un sistema de inteligencia artificial. Un sistema de inteligencia artificial puede tener defectos internos (defectuosa calibración o programación) o externos (mala conexión, ataque al sistema) lo cual nos llevaría a que no cumpla sus funciones de forma adecuada o apropiada. Tampoco la inteligencia artificial es sinónimo de eficacia absoluta y satisfacción total para los justiciables, que lo percibirán en función del resultado respecto a sus propios intereses. Además, hay que valorar la comodidad de los usuarios de un sistema de resolución extrajudicial de litigios online gestionado directa -y de forma única- por una inteligencia artificial. Puede, evidentemente, resultarles extraño y poco amigable, con lo que valorarían desistir del mismo y optar por sistemas con componente humano. Nos cuestionamos, igualmente, si las inteligencias artificiales diseñadas para estos propósitos tendrán capacidad de adaptación a cada concreto asunto, con sus matices, aristas y pretensiones de las partes, tanto en relación con la evolución de la posición de las partes a lo largo del procedimiento como con los cambios normativos y sociales que puedan tener vinculación con el asunto litigioso.

expressing emotion, collaborating, and creating social relationships can be quite valuable to a dispute resolution or problem solving process. Before a mediation session begins, for instance, parties may be anxious and unsettled. The chance to interact with an empathetic, conversational relational agent, infinitely patient and willing to review and repeat without any loss of attentiveness, may prove especially helpful”.

⁵⁸ BARONA VILAR, S. “Maximización de la eficiencia...”, *op.cit.*, p. 24.

6. VALORACIÓN CONCLUSIVA

La tecnología ha llegado al mundo de la Justicia no solo para quedarse, también para transformarla. Transformación que se produce en el ámbito del proceso y, de forma más significativa gracias a su flexibilidad, en el de los medios extrajudiciales de resolución de litigios, particularmente en aquellos encauzados electrónicamente. Indudablemente, la Justicia de las próximas décadas se nos antoja incluso impredecible en su estructura y funcionamiento, pero desde luego absolutamente conectada a realidades tecnológicas y telemáticas. No descuidemos un riesgo que se cierne sobre ella, pues es una justicia vulnerable por cuanto en cualquier entramado electrónico, hasta en los más protegidos, el intrusismo, el acceso a los datos y las vulnerabilidades del sistema también han de ser consideradas y especialmente protegidas. Las medidas de protección que se adopten en este sentido serán también elemento crucial en la justicia virtualizada que se presenta a las puertas de los próximos años.

¿Encontraremos en el futuro jueces⁵⁹, árbitros o mediadores virtuales que hayan sustituido a humanos? Desde luego el desarrollo tecnológico lo hará posible, cuestión distinta es que social, humana y legalmente sea aceptable y conveniente. Más plausible parece, a primera vista, en el entorno de los medios extrajudiciales de resolución de litigios conducidos en sedes electrónicas. Aún así, en este sentido me parecen ilustrativas las reflexiones de SIM⁶⁰ en relación con los procesos humanos que conducen a la decisión y el componente subjetivo que está detrás de la labor del árbitro -decidiendo- o del mediador -asistiendo o facilitando-, al considerar que es casi imposible de trasladar a una inteligencia artificial, aún incluso, así se nos antoja, cuando árbitros o mediadores participen activamente junto a ingenieros informáticos en el diseño de la inteligencia artificial. Apostar por una inteligencia artificial que asuma funciones decisorias en la resolución de litigios, sea en el modelo y opción que sea, exige un alto perfeccionamiento de lo que se conoce como “programas de verificación de diversidad” que comprueban su correcto calibrado para que esta no cree tendencias sesgadas, discriminatorias, desproporcionadas en relación con los datos reales y objetivos, partiendo para ello del manejo de grandes conjuntos de datos previamente aplicados para evaluar la diversidad de sesgos.

La Justicia está presidida por el garantismo, encarnado básicamente en el respeto a una serie de principios y derechos fundamentales. Esto exigirá que las herramientas de inteligencia artificial sepan conjugar adecuadamente la flexibilidad procedimental propia de las resoluciones extrajudiciales de litigios online con las debidas garantías procedimentales que han de observarse en todo caso. A día de hoy, uno de los motivos por los que pese a todos sus defectos,

⁵⁹ DE TRAZEGNIES, F., “¿Seguirán existiendo jueces en el futuro? El razonamiento judicial y la inteligencia artificial”, *Revista Ius et Veritas*, núm., 47, 2013, pp. 112-130.

⁶⁰ SIM, C., “Will Artificial Intelligence Take Over Arbitration?”, *Asian International Arbitration Journal*, núm., 1, 2018. Puede consultarse en:

https://www.academia.edu/36646259/Will_Artificial_Intelligence_Take_Over_Arbitrators_2018_forthcoming_Asian_Journal_of_International_Arbitration

acudimos a la justicia procesal viene dado por que existe un sistema estructurado de justicia que ante una vulneración de las garantías (fundamentalmente a través del sistema de recursos) promueve su subsanación, además de que toda resolución judicial al estar motivada permite conocer los entresijos de la misma, cuestión que frente al secreto del algoritmo de una inteligencia artificial (la denominada caja negra o *black box*) que mantiene a ultranza su creador bajo el halo de la protección de los derechos de propiedad industrial o la patente de la misma, se nos antoja harto complicada de ponderar y, posteriormente, de enmendar por cuanto no existe un sistema, como tal, de revisión de resoluciones arbitrales (salvo en el caso interno el recurso de anulación del laudo) o de impugnación de acuerdos de mediación (salvo su anulabilidad) en parangón con la previsión de los sistemas de impugnación en el ámbito jurisdiccional.

La tecnología aportará innegables ventajas, pero disminuirá el factor humano y el humanismo en el derecho y en el ámbito de la Justicia. Actos interpuestos, sin inmediatez presencial, más ahora con la pandemia que nos asola y los impide o condiciona por razones sanitarias y de distanciamiento social, que no ofrecen el mismo contacto inmediato y directo que la cercanía personal. Es indudable pero también parece irremediable por razones aquí expuestas. Más acuciante aún con el crecimiento de la dependencia de la inteligencia artificial como recurso tecnológico para todo y que nos llevará, a no mucho tardar, a conocer i-árbitros e i-mediadores con forma de robot, avatar o similar.

Pero no debemos olvidar que el derecho, la justicia y la resolución de litigios es una creación y una actividad humana, por encima de todo y que debe estar siempre bajo su supervisión y control. Es por ello por lo que una expresión de este control humano, del predominio del humanismo sobre la tecnología en materia de ODR y con la irrupción de la inteligencia artificial⁶¹, debe ser el derecho irrenunciable de los ciudadanos, como usuarios tecnológicos, a objetar de su utilización. Cualquiera de las partes en un litigio resuelto en arbitraje o mediación electrónica tiene la facultad, libre, voluntaria e incondicional, de rechazar la utilización de un agente relacional o de un software, como inteligencia artificial, sea en funciones asistenciales, sea en funciones decisorias.

Hacer predicciones a futuro es una quimera que se vence por el tiempo con fugacidad ante escenarios inesperados. La pandemia que ha producido la aparición del virus Covid-19 es una dolorosa muestra de ello. Con la experiencia y resultados de los meses que ya hemos vivido inmersos en esta singular y exigente situación quizá podamos extraer algunas conclusiones para la justicia postpandemia. Una es que la potenciación de los recursos telemáticos en la justicia, procesal y extrajudicial, será irrefutable. La otra es que tal vez estemos ante la eclosión definitiva de los medios extrajudiciales de resolución de litigios en línea y, en una versión más avanzada y aún por definir, ante la implementación de soluciones de inteligencia artificial en

⁶¹ BARONA VILAR, S., “Psicoanálisis de las ADR. Retos en la sociedad global del siglo XXI”, *La Ley. Mediación y Arbitraje*, núm., 1, 2020, pp. 51-54.

los ODR que lleguen hasta el extremo de brindarnos figuras quizá hoy unimaginables como el i-árbitro o el i-mediador. Todo lo anterior, con o sin pandemia, con o sin justicia post-pandemia, siempre desde el respeto en el ámbito de la Justicia a su esencia: los derechos fundamentales⁶² de las personas y el control humano de cualquier recurso tecnológico para hacer Justicia y resolver litigios.

7. RELACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Sobre el valor de la inmediatez (Una aproximación crítica)”, en *Jueces para la democracia*, núm., 46, 2003

BARONA VILAR, S. “Maximización de la eficiencia y búsqueda de la celeridad en el arbitraje: entre el mito, la sublimación y la cuarta revolución industrial (4.0)”, *Revista de Arbitraje Comercial e Inversiones*, núm. 1, Vol. XI, 2018

BARONA VILAR, S., “Psicoanálisis de las ADR. Retos en la sociedad global del siglo XXI”, *La Ley. Mediación y Arbitraje*, núm., 1, 2020

BUENO DE MATA, F., “E-Justicia: hacia una nueva forma de entender la justicia”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm., 1, 2010

BUENO DE MATA, F., “El uso de la videoconferencia en el proceso penal: ¿existencia de la inmediatez virtual?, *Estudios actuales en Derecho y Ciencia Política*, Coord. A. Carrizo González-Castell, Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2011

BUENO DE MATA, F., “Mediación electrónica e inteligencia artificial”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 2015

CABEZUDO BAJO, M.J., “Avance hacia un juicio penal íntegramente telemático mediante un uso más generalizado de la videoconferencia: eficiencia y derechos fundamentales”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm., 52, 2020

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Aproximación a la teoría general sobre el principio de inmediatez procesal. De la comprensión de su trascendencia a la expansión del concepto”, *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, edits. F. Carpi y M. Ortells Ramos, vol. 2, Valencia, 2008

⁶² MARTÍN DIZ, F., “Inteligencia artificial y proceso: garantías frente a eficiencia en el entorno de los derechos procesales fundamentales”, *Justicia: ¿garantías versus eficiencia?*, (dir. Bellido Penadés. R.), 2019, pp. 815-827; COTINO HUESO, L., “Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”, *Revista DILEMATA*, 24, 2017, pp. 131-150 y “La necesaria actualización de los derechos fundamentales como derechos digitales ante el desarrollo de internet y las nuevas tecnologías”, *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*, (dir. Pendás García, B.), vol. 3, tomo 3, 2018, pp. 2347-2361.

- CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010
- CHIOVENDA, G., *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1949
- CORTÉS ABAD, O., “Justicia digital, abierta e innovadora. Hechos y retos”, *Modernización digital e innovación en la Administración de Justicia*, Coord. M.F. Gómez Manresa y M. Fernández Salmerón, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “La Constitución española y los principios rectores del proceso civil”, *Principios Constitucionales en el proceso civil*. Cuadernos de Derecho Judicial núm., XXII, Madrid, 1993
- COTINO HUESO, L., “Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales”, *Revista DILEMATA*, 24, 2017
- COTINO HUESO, L., “La necesaria actualización de los derechos fundamentales como derechos digitales ante el desarrollo de internet y las nuevas tecnologías”, *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*, Pendás García, B. (dir.), vol. 3, tomo 3, 2018
- DE TRAZEGNIES, F., “¿Seguirán existiendo jueces en el futuro? El razonamiento judicial y la inteligencia artificial”, *Revista Ius et Veritas*, núm., 47, 2013
- DEL POZO PÉREZ, M., “La quiebra de la inmediación en la segunda instancia del proceso civil”, *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, edits. F. Carpi y M. Ortells Ramos, vol. 2, Valencia, 2008
- FERNÁNDEZ-FÍGARES MORALES, M.J., “El principio de inmediación ante las declaraciones obtenidas mediante la captura y retransmisión audiovisual en el proceso penal”, *Era Digital, Sociedad y Derecho*, Coord., P. Arrabal Platero, Y. Doig Díaz, Dir., O. Fuentes Soriano, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020
- FONTESTAD PORTALÉS, L., “En busca de nuevas soluciones procesales y extraprocesales en el transporte marítimo de mercancías”, *Revista de Derecho del Transporte*, núm., 26, 2020
- GARCÍA COSTA, F.M., “Perfiles constitucionales de la justicia electrónica”, *Modernización digital e innovación en la Administración de Justicia*, Coord. M.F. Gómez Manresa y M. - Fernández Salmerón, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, Ed. Cívitas, Madrid, 1981
- HERRERA ABIÁN, R., *La inmediación como garantía procesal*, Ed. Comares, Granada, 2006

- KATSH, E., RIFKIN, J., GAITENBY, A., “E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute resolution: in the shadow of “eBay Law”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 15:3, 2000
- KAUFMANN-KOHLER, G., y Schultz, T., *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, Kluwer Law International, 2004
- LARSON, D.A., “Artificial Intelligence: Robots, Avatars, and the Demise of the Human Mediator”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, núm., 1, 2010
- LETELIER LOYOLA, E., “Oralidad, intermediación y la determinación de las verdades en el proceso penal”, *Estudios actuales en Derecho y Ciencia Política*, Coord. A. Carrizo González-Castell, Ed. Andavira, Santiago de Compostela, 2011
- LÓPEZ RUIZ, F., “Notas entorno al principio de intermediación en el proceso penal. Una aproximación epistemológica”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm., 40, 2016
- MAGRO SERVET, V., “Hacia el uso habitual de la videoconferencia en las vistas judiciales. Aprovechando las enseñanzas del Coronavirus. De la excepción a la regla general del art. 19 RD 16/2020, de 28 de abril”, *Diario La Ley*, núm., 9639, 2020
- MARTÍN DIZ, F., “Inteligencia artificial y proceso: garantías frente a eficiencia en el entorno de los derechos procesales fundamentales”, *Justicia: ¿garantías versus eficiencia?*, Bellido Penadés. R., (dir), 2019
- MARTÍN DIZ, F., Inteligencia artificial y medios extrajudiciales de resolución de litigios online (ODR): evolución de futuro en tiempos de pandemia global (COVID-19), *Revista La Ley. Mediación y Arbitraje*, núm. 2, 2020
- MARTÍNEZ DE SANTOS, A., “Del juzgado y la sede física al proceso en línea”, *Diario La Ley*, núm., 9700, 2020
- MATHEUS LÓPEZ, C., “Tecnología y arbitraje internacional en tiempos del coronavirus”, *CIAR Global* (accesible en el vínculo: <https://ciarglobal.com/tecnologia-y-arbitraje-internacional-en-tiempos-del-coronavirus/>)
- MÉNDEZ ZAMORA, E., “Panorama actual y futuro de la inteligencia artificial en el arbitraje internacional: implementaciones, obstáculos y consideraciones jurídicas”, *Revista Costarricense de Derecho Internacional*, núm., 1, 2018
- MIRÓ LLINARES, F. “Inteligencia Artificial y Justicia Penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3(20), 2018
- MONTESINOS GARCÍA, A., *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009

- NIETO GARCÍA, A.J., “El principio de inmediación, el lenguaje no verbal y gestual y las microexpresiones faciales”, *Diario La Ley*, núm., 9491, 2019
- NIEVA FENOLL, J., “Oralidad e intermediación en la prueba: luces y sombras”, *Civil Procedure Review*, vol.1, n.º 2, 2010
- NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018
- ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal*, VV.AA., Tirant lo Blanch, 10ª ed., Valencia, 2020
- PAISLEY, K., Y SUSSMAN, E., “Artificial Intelligence Challenges and Opportunities for International Arbitration”, *NYSBA NY Dispute Resolution Lawyer*, núm., 1, 2018
- ROGERS, C.A., “Arbitrator Intelligence: From Intuition to Data in Arbitrator Appointments”, *New York Dispute Resolution Lawyer*. Vol. 11, núm., 2, 2018
- RULE, C., HARPREET SINGH, H., “ODR and Online Reputation Systems – Maintaining Trust and Accuracy Through Effective Redress”. *Online Dispute Resolution: Theory & Practice. A treatise on technology and dispute resolution*, Coord., M.S. Abdel Wahab, E. Katsh., D. Rainey, Eleven, 2011
- SAGÜILLO TEJERINA, E., “El principio de inmediación y las nuevas tecnologías en el juicio penal”, *La Justicia digital en España y la Unión Europea*, Coord. P., Arrabal Platero, P. García Molina, J. Conde Fuentes, Dir., G. Serrano Hoyo, Ed. Atelier, Barcelona, 2019
- SCHWAB, K., *La cuarta revolución industrial*, Editorial Debate, 2016
- SIM, C., “Will Artificial Intelligence Take Over Arbitration?”, *Asian International Arbitration Journal*, núm., 1, 2018
- SOLETO MUÑOZ, H., “Avances, tecnología y ADR en el sistema de justicia. La necesaria revolución de los sistemas de resolución de conflictos”, *La Justicia digital en España y la Unión Europea*, J. Conde Fuentes y G. Serrano Hoyo (dirs.), Ed. Atelier, Barcelona, 2019
- SURDEN, H., “Artificial intelligence and Law: an overview”, *Georgia State University Law Review*, vol., 35, núm., 4, 2019
- TAVOLARI OLIVEROS, R., “La videoconferencia como mecanismo de comparecencia y la garantía del debido proceso” *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm., 1, 2006.

Justicia y pandemia en España (2020)

Justice and pandemic in Spain (2020)

JOSÉ MARTÍN OSTOS

Catedrático de Derecho Procesal

Universidad de Sevilla (España)

martinos@us.es

 <https://orcid.org/0000-0002-5489-6004>

Resumen: La Administración de Justicia durante el estado de alarma a causa de la crisis sanitaria provocada por Covid-19

Abstract: *The administration of justice during the state of alarm declared because of the health crisis caused by the Covid19.*

Palabras claves: Administración de Justicia, Tribunales, Fiscalía, Abogacía, estado de alarma, Ministerio de Justicia

Key words: *Administration of justice, courts, prosecutor's office, state of alarm, Ministry of Justice.*

Sumario: 1. PALABRAS PREVIAS. 2. LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA (RD 463/2020). 3. LA PREOCUPACIÓN POR LA JUSTICIA (RD-L 16/2020). 3.1. Capítulo primero. 3.1.A. Días hábiles. 3.1.B. Plazos procesales. 3.1.C. Nuevo procedimiento. 3.1.D. Tramitación preferente de determinados procedimientos (art. 7 del comentado Real Decreto-ley). 3.2. Capítulo segundo. 3.3. Capítulo tercero. 3.3.A. Celebración de actos procesales mediante presencia telemática. 3.3.B. Acceso a las salas de vistas. 3.3.C. Exploraciones médico-forenses. 3.3.D. Uso de toga. 3.3.E. Atención al público. 3.3.F. Órganos judiciales para asuntos de COVID-19. 3.3.G. Jueces de Adscripción

Recepción: 27/10/2020

Aceptación: 24/11/2020

Cómo citar este trabajo: MARTÍN OSTOS, José, "Justicia y pandemia en España (2020)", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, ISSN-e: 2660-7964, n.º 2, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 75-98, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i2.04>

Territorial. 3.3.H. Asignación de funciones. 3.3.I. Jornada laboral. 3.3.J. Situación y refuerzo de Letrados de la Administración de Justicia. 3.4. Otras disposiciones. 4. LA SITUACIÓN DEL PODER JUDICIAL. 4.1. Paralización general. 4.2. Reanudación escalonada. 4.3. Nuevos órganos judiciales. IV.4. Cursos de especialización y oposiciones a la Carrera Judicial y Fiscal. 5. EL MINISTERIO DE JUSTICIA. 6. LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO Y LOS PLAZOS DE INSTRUCCIÓN. 7. LOS COLEGIOS DE ABOGADOS. 8. EL ESTADO DE ALARMA ENTRE REJAS. 9. LAS PRÓRROGAS DEL ESTADO DE ALARMA. 9.1. Hasta junio de 2020. 9.2. Por plazo superior. 9.3. Los estados de alarma en el futuro. 10. RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD. 11. CONCLUSIONES. 12. ÚLTIMA HORA.

1. PALABRAS PREVIAS

A partir de la celebración el día 8 de marzo -en Madrid- de la famosa marcha feminista (no la única, pero sí la más importante, con la asistencia de relevantes autoridades, algunas de las cuales resultaron contagiadas por el peligroso virus) y de las preocupantes noticias llegadas desde el extranjero, comenzaron a adoptarse medidas de prevención de cara a la posible difusión de la enfermedad.

Aprobado el estado de alarma como primera medida de urgencia, se fueron paulatinamente dictando numerosas disposiciones; nos detendremos en las de mayor repercusión en la Administración de Justicia, que es el tema que aquí nos ocupa.

2. LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA (RD 463/2020)

El 14 de marzo de 2020 (BOE del mismo día) se sancionó el Real Decreto 463/2020 declarando el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19¹.

Ello se hizo al amparo de lo dispuesto en el artículo cuarto, apartados b) y d), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (art. 1). La declaración del estado de alarma afectó a todo el territorio nacional (art. 2) y su duración prevista era de quince días naturales (art. 3); todo ello de acuerdo con lo establecido en el texto constitucional².

¹ En España solamente se tenía la experiencia de un estado de alarma, hace años, que duró un mes (motivada por la huelga de controladores aéreos).

² Artículo 116.2 CE: “El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración”.

Además de contemplarse la posibilidad del dictado de sucesivos estados de alarma (disposición final segunda), se dispuso que el presente Real Decreto entrara en vigor en el momento de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (disposición final tercera).

En virtud del citado Real Decreto, se limitó la libertad de circulación de las personas, siendo autorizadas únicamente para hacerlo por las vías de uso público para la realización de determinadas actividades (entre otras: adquisición de alimentos, asistencia a centros sanitarios, desplazamiento al lugar de trabajo, cuidado de mayores y menores...). También, se permitió la circulación de vehículos particulares en esos supuestos (art. 7). Al efecto, se encargó a los agentes de la autoridad la tarea de comprobar si en las personas, bienes, vehículos, locales y establecimientos se llevaban a cabo los servicios y actividades suspendidos³.

Por lo que interesa a la Administración de Justicia, destaca principalmente la suspensión de los plazos procesales (regulada en la disposición adicional segunda)⁴, aunque también se suspendieron los plazos administrativos (disposición adicional tercera)⁵; en ambos casos, hasta que terminara el estado de alarma o, en su caso, las sucesivas prórrogas.

En consecuencia, se suspendieron e interrumpieron los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órganos jurisdiccionales. Su cómputo se reanudaría en el momento en que perdiera vigencia el Real Decreto o sus posibles prórrogas. No obstante, se contemplaba la posibilidad de que el juez o tribunal pudiera acordar la práctica de actuaciones judiciales necesarias para evitar perjuicios irreparables en los derechos e intereses legítimos de las partes en un proceso.

A tal efecto, se introdujo una distinción entre el orden jurisdiccional penal y los restantes.

Respecto al primero, lógicamente, no sería aplicable en los procedimientos de *habeas corpus*, actuaciones de los servicios de guardia o con detenido, órdenes de protección, materia penitenciaria y medidas cautelares en materia de violencia sobre la mujer o menores. Además, en la etapa de instrucción, el juez o tribunal competente podría acordar la práctica de actuaciones urgentes.

³ En este sentido, la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo (BOE de 15), por la que se establecen criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma.

⁴ Más tarde, el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo (BOE de 23), por el que se aprobó la quinta prórroga del estado de alarma, alzó la suspensión de los plazos procesales, con efectos desde el 4 de junio de ese año (art. 8). También, levantó la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones (art. 10).

⁵ Igualmente, el mismo RD, esta vez con efectos desde el 1 de junio, aprobó la reanudación del cómputo de los plazos administrativos que estuvieran suspendidos (art. 9). Como consecuencia, se derogaron las disposiciones adicionales segunda, tercera y cuarta del RD 463/2000, de 14 de marzo.

En cuanto a los otros órdenes jurisdiccionales, determinados supuestos (procedimiento, autorización judicial o adopción de medidas, según proceda) fueron exceptuados de la mencionada suspensión; así: protección de los derechos fundamentales de la persona y entrada en domicilios u otros lugares (Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa), conflictos colectivos y tutela de los derechos de los trabajadores (Ley de la jurisdicción social), internamiento no voluntario por trastorno psíquico (Ley de Enjuiciamiento Civil) y protección del menor (Código Civil).

También, durante la vigencia del mencionado Real Decreto y sus eventuales prórrogas, el Pleno del Tribunal Constitucional (Acuerdo de 16 de marzo de 2020, BOE de 17) suspendió los plazos para realizar cualesquiera actuaciones procesales o administrativas ante ese Tribunal. Sin embargo, la suspensión del cómputo de los plazos no afectó a la presentación de recursos y demás escritos, sobre los distintos procesos constitucionales o administrativos, a través del Registro electrónico, ni la declaración del estado de alarma interrumpió el funcionamiento de ese órgano constitucional, que podría continuar dictando las resoluciones y medidas cautelares necesarias en los procesos que lo requiriesen⁶.

3. LA PREOCUPACIÓN POR LA JUSTICIA (RD-L 16/2020)

Al mes siguiente, por Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril (BOE de 29), de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia⁷, se procuró atender a los principales problemas surgidos en ese campo debido al estado generalizado de crisis sanitaria.

En su preámbulo, a modo de Exposición de Motivos, se explica que la Administración de Justicia había sufrido una ralentización significativa como consecuencia de la crisis del COVID-19, por lo que se hace necesario aprobar este RD-L que persigue “procurar una salida ágil a la acumulación de los procedimientos suspendidos por la declaración del estado de alarma cuando se produzca el levantamiento de la suspensión”.⁸

⁶ Más tarde, el propio Pleno del Tribunal Constitucional, por Acuerdo de 6 de mayo del mismo año (BOE de 8), decidió que, en todos los procesos constitucionales que ya estuvieran iniciados, los términos y plazos que estaban suspendidos volverían a computarse desde su inicio, siendo por tanto el primer día del cómputo el siguiente hábil a aquél en el que se levantara la suspensión de los procedimientos.

⁷ Este RD-L fue convalidado por Acuerdo del Congreso de los Diputados en su sesión de 13 de mayo de 2020, publicado por Resolución del mismo día (BOE de 15).

Fue derogado por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre (BOE de 19), de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (disposición derogatoria única).

⁸ Añadiendo que: “Asimismo, deben adoptarse medidas en previsión del aumento de litigiosidad que se originará como consecuencia de las medidas extraordinarias que se han adoptado y de la propia coyuntura económica derivada de la crisis sanitaria”.

Además, declara que, durante todo el tiempo que perdure la crisis sanitaria, se han de adoptar medidas que garanticen el derecho a la salud de todos los que se relacionan con la Administración de Justicia (personal a su servicio, ciudadanos y profesionales), procurando evitar situaciones de contagio.

El texto se estructuró en tres capítulos, uno claramente procesal, otro referido a materia consursal y societaria, y un tercero sobre aspectos orgánicos y tecnológicos.

3.1. Capítulo primero

Destaca la preocupación por el tiempo de las actuaciones procesales, así como se aprueba un nuevo procedimiento especial; de este modo:

3.1.A. Días hábiles

Se declaran hábiles para todas las actuaciones judiciales los días 11 a 31 del mes de agosto del 2020, exceptuando los sábados, domingos y festivos, salvo aquellas actuaciones para las que estos días sean ya hábiles⁹ (art. 1). En otras palabras, se habilita de modo excepcional y parcial el mes tradicionalmente considerado vacacional dentro de la actividad judicial. En consecuencia, durante esos días del año 2020, son consideradas urgentes todas las actuaciones procesales.

Se percibe en el legislador una voluntad de recuperar el tiempo para la práctica de diligencias, tras la general suspensión de actividad judicial acordada a mediados del mes de marzo.

A tal efecto, se prescribe que las instituciones afectadas¹⁰ adoptarán de forma coordinada, en sus respectivos ámbitos, las medidas necesarias para la distribución de las vacaciones de Jueces, Magistrados, miembros del Ministerio Fiscal, Letrados de la Administración de Justicia y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia.

A pesar de ese imperativo, el Consejo General del Poder Judicial instó en mayo a los jueces a tomar vacaciones y no fijar juicios en agosto, frente al citado RD-L que habilitaba ese mes (lo que puede entenderse como disconformidad con la intromisión del poder ejecutivo en la independencia judicial). En la práctica dicha disposición resultó, pues, absolutamente inoperativa.

⁹ Recuérdese que, conforme al artículo 183 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, son inhábiles todos los días del mes de agosto, salvo para actuaciones declaradas urgentes.

¹⁰ Consejo General del Poder Judicial, Fiscalía General del Estado, Ministerio de Justicia y Comunidades Autónomas con competencias en materia de Justicia.

3.1.B. Plazos procesales

También, se establece que los términos y plazos procesales que quedaron suspendidos por aplicación del Real Decreto 463/2020 (declarando el estado de alarma con motivo del COVID-19), volverán a computarse desde su inicio, siendo por tanto el primer día del cómputo el siguiente hábil a aquel en el que deje de tener efecto la suspensión del procedimiento correspondiente. Es decir, como explica el preámbulo del RD-L, no se toma en consideración el plazo (o la parte de éste, añadimos) que hubiera transcurrido previamente a la declaración del estado de alarma.

En cuanto a los plazos para el anuncio, preparación, formalización e interposición de recursos contra sentencias y demás resoluciones que pongan fin al procedimiento y que sean notificadas durante la mencionada suspensión de plazos, así como las que sean notificadas dentro de los veinte días hábiles siguientes al levantamiento de la suspensión de los plazos procesales suspendidos, quedarán ampliados por un plazo igual al previsto en la ley para el anuncio, preparación, formalización o interposición del recurso (artículo 2)¹¹.

Obviamente, lo expuesto no será aplicable a los procedimientos cuyos plazos fueron exceptuados de la suspensión.

Hay que valorar positivamente la intención de favorecer el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva, facilitando el funcionamiento de los despachos profesionales que vieron afectada su labor durante el tiempo de la pandemia.

Por otra parte, el tiempo de suspensión de actividad judicial, fue aprovechado por jueces y magistrados para dictar el mayor número posible de resoluciones pendientes. Además de los posibles recursos interpuestos contra éstas, era de esperar un importante aumento de otros escritos y demandas, por lo que se persigue la evitación del posible colapso de los tribunales, amén de facilitar a los profesionales la preparación de aquéllos en aras de defender los intereses de sus clientes.

3.1.C. Nuevo procedimiento

Al mismo tiempo, con carácter temporal, se establece un nuevo procedimiento especial y sumario para atender a cuestiones en materia de derecho de familia derivadas de la crisis sanitaria (arts. 3 a 6).

¹¹ Como prevé el citado preámbulo: “aunque los plazos procesales han sido suspendidos, ..., los jueces y magistrados han venido dictando sentencias y otras resoluciones y se ha continuado con su notificación en la medida en que ha sido posible en función de la reducción de actividad del personal al servicio de la Administración de Justicia. Es previsible, en consecuencia, que en los primeros días en que se retome la actividad judicial ordinaria tras el levantamiento de la suspensión de los plazos procesales, se produzca un notorio incremento en el número de recursos presentados frente a dichas resoluciones”.

En efecto, durante la vigencia del estado de alarma (en esos momentos se desconocía su duración definitiva) y hasta tres meses después de su finalización, se decidirán a través del mismo las siguientes materias: a) pretensiones sobre régimen de visitas o custodia compartida que resulten afectadas por las medidas adoptadas por el Gobierno con motivo de la pandemia; b) revisión de medidas sobre cargas del matrimonio, pensiones entre cónyuges y alimentos a los hijos, por haber variado las circunstancias económicas de cónyuges y progenitores; c) establecimiento o revisión de prestar alimentos por cambio en las circunstancias económicas del pariente obligado (art. 3).

En todos los supuestos, el mencionado Real Decreto-ley establece el juzgado competente.

En cuanto a su tramitación, sucintamente los pasos son los siguientes: comienza por demanda de juicio ordinario, acompañada de un principio de prueba documental¹²; tras su admisión por el Letrado de la Administración de Justicia (en su defecto, por el juez), se cita a las partes (y al Ministerio Fiscal, cuando proceda) a una vista. Previamente se intentará que las partes alcancen un acuerdo (si hay un menor, ha de atenderse a su interés superior); también, con carácter previo, puede oírse a los hijos menores (en todo caso, a los mayores de doce años). En la vista serán oídas las partes, pudiéndose solicitar el recibimiento del pleito a prueba¹³, incluso formularse reconvención. Las partes acudirán a la vista con las pruebas de que intenten valerse, practicándose en dicho acto (incluso, las de oficio, en su caso). Después, cabe que formulen oralmente sus conclusiones. El órgano judicial dictará sentencia o auto (según corresponda), de forma oral o por escrito¹⁴; contra dicha resolución puede interponerse recurso de apelación.

La justificación de este nuevo procedimiento (insistimos en su carácter temporal) se explica por la incidencia que las medidas adoptadas a causa de la epidemia pudieran producir en el régimen de custodia y de visitas de los menores, así como por las consecuencias económicas provocadas por la crisis del COVID-19 y su repercusión en el pago de pensiones alimenticias y en la modificación de medidas.

¹² Este consistirá en la aportación del certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones en el que figure la cuantía mensual percibida por ese concepto o por subsidio de desempleo, o bien el certificado de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (o, en su caso, de las administraciones tributarias de Navarra o del País Vasco) sobre la declaración de cese de actividad o disminución de ingresos, si son trabajadores por cuenta ajena.

¹³ A tal efecto, las partes podrán solicitar, al menos con cinco días de antelación a la fecha de la vista, aquellas pruebas que, habiendo de practicarse en la misma, requieran de citación o requerimiento, o que se soliciten documentos que posean instituciones públicas o privadas.

¹⁴ Si fuera oralmente, se documentará con expresión del fallo y de una sucinta motivación; si todas las partes expresaren su decisión de no recurrir, se declarará en el acto la firmeza de la resolución. En el supuesto de que lo haga por escrito, dispone de un plazo de tres días hábiles para ello y el plazo para recurrir cuenta desde la notificación de la resolución.

3.1.D. Tramitación preferente de determinados procedimientos (art. 7 del comentado Real Decreto-ley)

Hasta el 31 de diciembre de 2020, se tramitarán con preferencia ciertos expedientes y procedimientos.

A saber: a) en materia de jurisdicción voluntaria¹⁵; b) en el orden jurisdiccional civil¹⁶; c) en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo¹⁷; y d) en el orden jurisdiccional social¹⁸.

Como puede apreciarse, aunque pertenecientes a diferentes órdenes jurisdiccionales, se trata de materias que se encuentran en estrecha relación con las medidas adoptadas por el estado de alarma a causa de la epidemia en cuestión. Naturalmente, todo lo regulado se entiende sin perjuicio del carácter preferente que tengan reconocido otros procedimientos de acuerdo con las leyes procesales.

3.2. Capítulo segundo

Regula una serie de medidas concursales y societarias con vigencia durante el año siguiente a contar desde la declaración del estado de alarma, que se recogen en los artículos 8 a 18 del presente Real Decreto-ley.

En el preámbulo de esa normativa se reconoce que la ya mencionada crisis sanitaria constituye un obstáculo adicional a la viabilidad de las empresas concursadas, por lo que, a las medidas urgentes acordadas por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo (que extendió a estas empresas la posibilidad de acceder a un expediente de regulación temporal de empleo conforme al RD-L 8/2020, de 17 de marzo), se añaden ahora otras, con una triple finalidad: a) mantener la continuidad económica de las empresas, profesionales y autónomos que, con anterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma, venían cumpliendo regularmente las obligaciones derivadas de un convenio, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un acuerdo de refinanciación homologado; b) potenciar e incentivar la financiación de las empresas para

¹⁵ En los que se adopten las medidas a que se refiere el artículo 158 del Código Civil, así como el procedimiento especial y sumario previsto en los artículos 3 a 5 del presente real decreto-ley.

¹⁶ Procesos derivados de la falta de reconocimiento por la entidad acreedora de la moratoria legal en las hipotecas de vivienda habitual y de inmuebles afectos a la actividad económica, los procesos derivados de reclamaciones que pudieran plantear los arrendatarios por falta de aplicación de la moratoria legal o de la prórroga obligatoria del contrato, así como los procedimientos concursales de personas naturales que no sean empresarios.

¹⁷ Recursos contra actos y resoluciones de las Administraciones Públicas por los que se denieguen ayudas y medidas previstas para paliar los efectos económicos producidos por el COVID-19.

¹⁸ Tendrán carácter urgente y preferente los procesos por despido o extinción de contrato, los derivados del procedimiento para la recuperación de horas de trabajo no prestadas durante el permiso retribuido (conforme al Real Decreto-ley 10/2020), la aplicación del plan MECUIDA del Real Decreto-ley 8/2020, la impugnación individual, colectiva o de oficio de los expedientes de regulación temporal de empleo por las causas reguladas en este RD-L, así como los que se sustancien para hacer efectivo el trabajo a distancia.

atender sus necesidades transitorias de liquidez; c) evitar el previsible aumento de litigiosidad en relación con la tramitación de concursos de acreedores en los Juzgados de lo Mercantil y de Primera Instancia¹⁹.

En definitiva -se añade-, se trata de evitar que el escenario posterior al COVID-19 produzca declaraciones de concurso o apertura de la fase de liquidación sobre empresas que podrían ser viables en condiciones generales de mercado, destruyéndose tejido productivo y puestos de trabajo.

Sin embargo, pocos días después, por el Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, se da a la luz el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (BOE de 7), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, que entraría en vigor el 1 de septiembre del mismo año.

En su Preámbulo se explica que el Gobierno no sólo aspira a ofrecer un conjunto normativo que fuera sistemático y que fuera claro e inteligible. Por supuesto -añade-, el texto refundido no puede incluir modificaciones de fondo del marco legal refundido, así como tampoco introducir nuevos mandatos jurídicos inexistentes con anterioridad o excluir mandatos jurídicos vigentes.

3.3. Capítulo tercero

Contiene una serie de medidas que afectan directamente a la organización de la Administración de Justicia (son las mayoritarias), junto a otra que, aun reconociendo su lógica relación con las anteriores, es más bien de carácter tecnológico.

En general, su duración se extenderá durante la vigencia del estado de alarma (incluidas sus posibles prórrogas) y hasta tres meses después de su finalización (esta extensión durante un plazo tan dilatado hay que valorarlo como un refuerzo de su eficacia). En todo caso, se trata de unas decisiones de carácter temporal tendentes a garantizar la protección de las personas relacionadas con la Administración de Justicia, a la vez que a facilitar su mejor desarrollo.

Sin embargo, por Ley 3/2020, de 18 de septiembre (BOE de 19), de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, se extendieron los plazos de vigencia de estas medidas hasta el 20 de junio de 2021.

¹⁹ De este modo, se regulan los siguientes aspectos: modificación del convenio concursal; aplazamiento del deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación; acuerdos de refinanciación; régimen especial de la solicitud de declaración del concurso de acreedores; financiaciones y pagos por personas especialmente relacionadas con el deudor; impugnación del inventario y de la lista de acreedores; tramitación preferente; enajenación de la masa activa; aprobación del plan de liquidación; agilización de la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos; y, por último, la suspensión de la causa de disolución por pérdidas.

Respetando en la exposición el mismo orden del comentado RD-L (arts. 19 a 28), son las siguientes:

3.3.A. Celebración de actos procesales mediante presencia telemática

Constituido el Juzgado o Tribunal en su sede, todos los actos procesales en general (juicios, comparecencias, declaraciones, vistas y deliberaciones de los tribunales; se incluyen también expresamente los practicados en las fiscalías) se realizarán preferentemente mediante presencia telemática; naturalmente, explicita el texto, siempre que los órganos dispongan de los medios técnicos necesarios (de ahí su carácter preferente, que en ocasiones no será viable).

Como lógica excepción, en el orden jurisdiccional penal será necesaria la presencia física del acusado en los juicios por delito grave.

Por su parte, corrigiendo la anterior redacción, la mencionada Ley 3/2020, de 18 de septiembre, añadió lógicamente que también se requerirá la presencia física del investigado o acusado, a petición propia o de su defensa, en la audiencia prevista en el art. 505 LECRIM cuando cualquiera de las acusaciones interese su prisión provisional o en los juicios cuando alguna de las acusaciones solicite pena de prisión superior a los dos años, salvo que concurran causas justificadas o de fuerza mayor que lo impidan.

Además, cuando se disponga la presencia física del acusado o del investigado, será también necesaria la presencia física de su defensa letrada, a petición de esta o del propio acusado o investigado (art. 14.2, Ley 3/2020).

En cuanto al uso de medios telemáticos, se adoptarán las medidas necesarias para asegurar que se garantizan los derechos de todas las partes en el proceso (especialmente, el derecho de defensa de los acusados e investigados en los procedimientos penales; en particular: el derecho a la asistencia letrada efectiva, a la interpretación y traducción y a la información y acceso a los expedientes judiciales). También, en los actos que se celebren mediante presencia telemática, el juez o Letrado de la Administración de Justicia ante quien se celebren podrá decidir la asistencia presencial a la sede del juzgado o tribunal de los comparecientes que estime necesarios (art. 14.5 y 6 Ley 3/2020).

3.3.B. Acceso a las salas de vistas

Para garantizar la salud de las personas y atendiendo a las características de las salas de vistas, cada órgano judicial ordenará el acceso del público a todas las actuaciones orales.

Lógicamente, se refiere a las de carácter público y excluidas todas las que se realicen de forma telemática; el juzgado o tribunal ordenará la regulación de su acceso o no, en función de la cabida de la sala y de sus condiciones. Es decir, a pesar de que en términos generales las

actuaciones judiciales deben gozar de publicidad²⁰, por razón de seguridad puede restringirse el acceso a todas las actuaciones (como sucedió en la práctica, incluso en algunas circunscripciones desde un día antes de decretarse el estado de alarma).

Además, ha de respetarse la distancia de seguridad, evitando las usuales aglomeraciones de personas en las sedes judiciales.

3.3.C. Exploraciones médico-forenses

Los informes médico-forenses podrán realizarse basándose únicamente en la documentación médica existente a su disposición, siempre que ello fuere posible (por la abundancia y exhaustividad de aquélla, se entiende).

Se excluye, por tanto, la obligación de exploración directa del herido, incluso del cadáver (lo que podría incluso conducir, en el segundo supuesto, a enterramientos sin previa autopsia).

Una vez más, por insuficiente, la Ley 3/2020, de 18 de septiembre (en sus diversos apartados del art. 16), modificó lo regulado en abril de ese año. En su virtud, además de ampliar el plazo de vigencia de las medidas, dispone que la documentación médica podrá ser requerida a centros sanitarios o a las personas afectadas para que sea remitida por medios telemáticos, siempre que fuere posible. Del mismo modo podrán actuar los equipos psicosociales de menores y familia y las unidades de valoración integral de violencia sobre la mujer.

También, de oficio, o a requerimiento de cualquiera de las partes o del facultativo encargado, el juez podrá acordar que la exploración se realice de forma presencial.

3.3.D. Uso de toga

Se dispensa a las partes que asistan a actuaciones orales del uso de togas en las audiencias públicas. Plazo ampliado hasta el 20 de junio de 2021 (art. 17 Ley 3/2020).

La medida, se entiende que voluntaria y casi de carácter anecdótico, puede explicarse por los abogados que carecen de una toga en propiedad y suelen utilizar las de su corporación profesional. De este modo, se evitan posibles contagios.

3.3.E. Atención al público

La atención al público, en cualquier dependencia judicial o de la fiscalía, se realizará por vía telefónica o correo electrónico, siempre que sea posible; obviamente, hay que atender a la protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre).

²⁰ Constitución Española (art. 120.1) y Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 186).

En los supuestos en los que sea imprescindible la presencia física en una sede judicial o del Ministerio Fiscal, hay que obtener previamente una cita. A tal efecto, se establecen unos protocolos que deben contemplar las particularidades de las comparecencias ante los juzgados de guardia y los de violencia sobre la mujer.

Igualmente, se ha ampliado el plazo de vigencia de esta medida hasta el 20 de junio de 2021 (Ley 3/2020, art. 18).

3.3.F. Órganos judiciales para asuntos de COVID-19

A la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley, existían algunos órganos judiciales pendientes de su puesta en funcionamiento. Pues bien, ahora se contempla la posibilidad de transformarlos en órganos para el conocimiento exclusivo de procedimientos asociados al COVID-19²¹.

En consecuencia, se habilita al Ministerio de Justicia para que pueda anticipar la entrada en funcionamiento de los órganos judiciales de la programación de 2020, pudiendo dedicarse todos o algunos con carácter exclusivo a conocer de esos procedimientos.

Razones de urgencia, motivadas por la gravedad de la situación, explican el anticipo de su entrada en funcionamiento y la nueva dedicación atribuida.

3.3.G. Jueces de Adscripción Territorial

En relación con el anterior apartado, se dispone que los Jueces de adscripción territorial (los llamados JAT), por designación del presidente del Tribunal Superior de Justicia, podrán ejercer sus funciones jurisdiccionales, con carácter preferente, en órganos que conozcan de procedimientos asociados al COVID-19.

3.3.H. Asignación de funciones

Durante el mismo tiempo establecido en los anteriores supuestos, los Secretarios Coordinadores Provinciales podrán asignar a los Letrados de la Administración de Justicia y demás funcionarios al servicio de la Administración de Justicia (destinados en las unidades procesales de apoyo directo), la realización de funciones que, siendo propias del Cuerpo al que pertenecen, estén atribuidas a otras unidades; incluso, dicha asignación de funciones podrá realizarse entre el personal destinado en cualquier órgano unipersonal o colegiado.

Se dará preferencia a quienes accedan voluntariamente, sin que ello implique variación de retribuciones. La nueva asignación se hará mediante resolución motivada, fundada en que la

²¹ De conformidad con la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial, el Ministerio de Justicia, previo informe del Consejo General del Poder Judicial y previa audiencia de la Comunidad Autónoma afectada, podrá acordar dicha transformación.

medida resulta imprescindible para garantizar la correcta prestación del servicio, pero solamente se podrá acordar entre unidades u órganos que radiquen en el mismo municipio y que pertenezcan al mismo orden jurisdiccional en que el funcionario venga realizando su actividad.

3.3.I. Jornada laboral

Para los Letrados de la Administración de Justicia y resto del personal, se establecerán jornadas de trabajo de mañana y tarde, para todos los servicios y órganos.

A la par que se atiende a horarios más amplios de apertura, se procura evitar el trabajo en condiciones que no garanticen la distancia social recomendada. Además, permite la celebración de juicios en sesiones de mañana y tarde.

3.3.J. Sustitución y refuerzo de Letrados de la Administración de Justicia

Este precepto contempla las enseñanzas prácticas de la formación inicial del Cuerpo de Letrados, que se lleva a cabo en el Centro de Estudios Jurídicos. A tal efecto, se establece que aquéllas podrán realizarse desempeñando labores de sustitución y refuerzo, ejerciendo sus funciones con idéntica amplitud a la de los titulares.

Se regulan otros aspectos (como el informe que se elaborará sobre su rendimiento, colaboración de las Secretarías de Gobierno y percibo de retribuciones), aunque la intención de refuerzo resulta evidente, a la vez que no se interrumpe la formación de los citados profesionales.

3.4. Otras disposiciones

Con propio carácter complementario, el comentado Real Decreto contiene las usuales disposiciones adicionales²², transitorias²³, derogatoria²⁴ y finales²⁵.

²² Se amplían determinados plazos del Registro Civil. Además, por lo que afecta a la jurisdicción militar, la referencia a los Letrados de la Administración de Justicia se entiende extendida a los Secretarios Relatores, a la par que se exceptúa en dicho ámbito la celebración de actos procesales de forma telemática. En cuanto al orden jurisdiccional civil, se suspende temporalmente la aplicación del art. 151.2 LEC respecto a los plazos de comunicación del Ministerio Fiscal.

²³ Regulan el régimen de aplicación temporal del presente Real Decreto-ley a las actuaciones procesales (realizadas a partir de su entrada en vigor), así como previsiones en materia de concurso de acreedores (por presentación de solicitud de concurso necesario, o de apertura de la fase de liquidación o de declaración de incumplimiento).

²⁴ Se procede a dejar sin vigencia el artículo 43 (plazo del deber de solicitud de concurso) 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.

²⁵ Dentro de las disposiciones finales, entre otras, se modifica la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia (sobre sistemas de identificación y firma, y la dotación de medios e instrumentos electrónicos y sistemas de información por las Administraciones competentes a todos los órganos, oficinas judiciales y fiscalías), fomentando el teletrabajo, así

4. LA SITUACIÓN DEL PODER JUDICIAL

4.1. Paralización general

Decretado el estado de alarma a mediados del mes de marzo, con sus consiguientes prórrogas, quedaron prácticamente paralizados los juzgados y tribunales. La excepción se produjo en determinados asuntos penales.

A pesar de la habilitación de los días 11 a 31 de agosto, establecida por el RD-L 16/2020, muchos juristas consideraron ineficaz ese plan de choque del Gobierno. Estimaron que con veinte días más (incluidos varios fines de semana en ellos) no se arreglaba la deficiente situación de la Administración de Justicia, agravada en gran manera por la crisis sanitaria. Lógicamente, ésta también afectó a la incorporación de los funcionarios judiciales a sus puestos de trabajo, que tampoco podían teletrabajar desde sus domicilios debido a la falta de un sistema informático adecuado; es decir, la paralización de la actividad judicial ha sido prácticamente generalizada, a diferencia de otros sectores de la Administración.

En consecuencia, como se difundió en la prensa, desde el propio Consejo General del Poder Judicial se invitó a los jueces a limitar las vistas orales durante esos días²⁶.

Obviamente, ello no significó la inactividad total por parte del personal juzgador, que precisamente aprovechó ese tiempo para dictar las numerosas resoluciones pendientes. También, los abogados (como se ha dicho más arriba) pudieron disponer de más tiempo para estudiar los temas encargados, aunque, lógicamente, han sufrido el impacto de la crisis de modo muy directo.

4.2. Reanudación escalonada

La actividad judicial comenzó a producirse de forma escalonada. Se establecieron turnos de trabajo y se acondicionaron algunas salas de vistas, especialmente en el orden jurisdiccional penal en que, a pesar de lo dispuesto por el Gobierno, no resultaba válida la celebración de juicios orales por vía telemática y con ausencia de los acusados. Jueces, fiscales y abogados intervinieron detrás de unas mamparas transparentes; también, los acusados y testigos en sus declaraciones²⁷. Los micrófonos se presentaban enfundados con capuchones y se adoptó una

como se prorroga la entrada en vigor de la Ley del Registro Civil (hasta el 30 de abril de 2021), y se dispone la entrada en vigor del propio RD-Ley (al día siguiente de su publicación en el BOE).

²⁶A título de ejemplo, todos los Juzgados de lo Penal de la provincia de Sevilla decidieron no celebrar juicios a lo largo del mes de agosto. El CGPJ les había recordado que la decisión de celebrarlos o no correspondía al titular de cada órgano judicial. En nuestra opinión, una falta de sintonía más entre el órgano de gobierno de los jueces y el poder ejecutivo que, al parecer, actuó sin contar previamente con los primeros.

²⁷Sin embargo, a principios del mes de junio, en la provincia de Granada fue suspendida la celebración del primer juicio con jurado popular desde la crisis sanitaria. Aunque la sala se había acondicionado con mamparas, el total

serie de medidas preventivas (lavado de manos, uso de geles alcohólicos y de mascarillas, dispensa de la obligación de portar toga, distancia social, desinfección de salas, etcétera).

4.3. Nuevos órganos judiciales

Los órganos judiciales anunciados por el Ministerio de Justicia en abril de 2019 y cuya entrada en vigor estaba prevista para marzo de 2020 no comenzarían a actuar hasta el mes de septiembre, debido a la epidemia. La casi absoluta paralización de la Administración de Justicia ha repercutido también en ello.

4.4. Cursos de especialización y oposiciones a la Carrera Judicial y Fiscal

Conforme se fue paulatinamente normalizando la situación sanitaria, las instituciones comenzaron a recobrar su anterior ritmo de funcionamiento.

En este sentido, por Acuerdos de 27 de mayo y de 4 de junio de 2020 (publicados en el BOE de 8 de junio), de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, se convocaron pruebas de especialización para la provisión de plazas de Magistrado especialista en los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo, así como pruebas de promoción y especialización en los asuntos propios de los órganos de lo mercantil²⁸.

Por lo que se refiere a las oposiciones para ingreso en la Carrera Judicial y en la Carrera Fiscal, por Acuerdo de 25 de marzo de 2020 (BOE de 27), el Consejo General del Poder Judicial, a través de la Comisión de Selección, debido a la situación del estado de alarma declarado con motivo de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, acordó la suspensión temporal del proceso selectivo en curso para la provisión de plazas de alumnos de la Escuela Judicial, para su posterior ingreso a la Carrera Judicial por la categoría de Juez, y plazas de alumnos del Centro de Estudios Jurídicos, para su posterior ingreso en la Carrera Fiscal por la categoría de Abogado Fiscal.

Más tarde, la mencionada Comisión, con fecha de 10 de junio de 2020 (BOE de 13), ante el cese el día 21 de junio de la situación de estado de alarma, acordó reanudar el mencionado proceso selectivo²⁹.

previsible de asistentes (fiscal, acusaciones, defensa, jurados titulares y suplentes, tribunal, técnico de auxilio judicial y acusado), en una sala sin ventilación, aconsejó la decisión.

²⁸ Para acceder a las pruebas, entre otros requisitos exigidos a las personas aspirantes, será preciso acreditar “haber participado en actividades de formación continua con perspectiva de género con un mínimo de cincuenta horas lectivas” (Base segunda. 4).

²⁹ Que había sido aprobado el año anterior (concretamente por Acuerdo de 5 de julio de 2019, BOE de 8) y posteriormente suspendido, como hemos apuntado (por Acuerdo de 25 de marzo de 2020, BOE de 27).

5. EL MINISTERIO DE JUSTICIA

Algunas medidas acordadas en su seno se justificaban por la grave situación sanitaria producida; por el contrario, estimamos que otras podían haber esperado unas circunstancias más adecuadas.

Entre las primeras, cabe citar la Orden JUS/332/2020, de 6 de abril (BOE de 9), por la que se concede una subvención directa al Consejo General de Procuradores de España en materia de prestación de asistencia jurídica gratuita, para el ejercicio presupuestario de ese año.

También, por Orden JUS/394/2020, de 8 de mayo (BOE de 9), se aprobó el Esquema de Seguridad Laboral y el Plan de Desescalada para la Administración de Justicia ante el COVID-19³⁰.

En la misma línea, por Resolución de 11 de mayo de 2020 (BOE de 13), de la Dirección General para el Servicio Público de Justicia, se procede al alzamiento de la suspensión de la realización de la prueba de aptitud profesional para el ejercicio de la profesión de Abogado y se acuerda la convocatoria de la prueba³¹. Más adelante, por Orden PCM/467/2020, de 29 de mayo (BOE de 30), del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, se modificó la Orden por la que se convocaba la mencionada prueba de evaluación, pues las actuales circunstancias desaconsejaban su realización de forma presencial³².

Sin embargo, como hemos apuntado, tal vez la urgencia no justificara algunas decisiones, que posiblemente hubieran requerido en su lugar dedicar los esfuerzos a un mejor funcionamiento de la Administración de Justicia, gravemente afectada por la declaración del estado de alarma. En este sentido, nos referimos a la tramitación de los indultos y a la Comisión para la elaboración del anteproyecto de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En cuanto a la primera, por Resolución de 20 de marzo de 2020 (BOE de 21), de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia, se acuerda reanudar por razones de interés general todos los procedimientos para solicitar y conceder la Gracia de Indulto que estuvieran en tramitación con

³⁰ Activando la Fase I del Plan con efectos desde el 12 de mayo y aprobando los criterios para la asistencia en turnos de tarde. Por cierto, en el Anexo II se recogen las cuatro fases de incorporación presencial del personal incluido en dicha Orden.

³¹ Por Orden PCI/1261/2019, de 26 de diciembre, se había convocado la correspondiente prueba de evaluación de aptitud profesional. Con fecha 6 de marzo de 2020 el Ministerio de Sanidad recomendó su aplazamiento en atención a la incidencia que estaba teniendo el contagio del coronavirus. A la vista de ello, por Resolución de 10 de marzo, se acordó suspender la celebración de la mencionada prueba.

³² En consecuencia, para el año 2020, pasa de ser escrita y presencial a celebrarse on line de manera síncrona a través de la plataforma AVEX de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

fecha 14 de marzo de 2020 o que se hubieran iniciado o fueran a iniciarse con posterioridad³³. Lo mismo se produjo en el Ministerio de Defensa, por Resolución 400/38088/2020, de 23 de marzo, de la Subsecretaría (BOE de 24).

Por lo que respecta a la Comisión de Expertos, en plena crisis sanitaria producida por la pandemia, a principios del mes de mayo el Ministerio de Justicia dio a conocer su constitución para la elaboración del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim).

Cinco fiscales, tres magistrados y dos profesores de Derecho Procesal integran el grupo de expertos, coordinado por el magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid Juan José López Ortega, quien presidirá la comisión. Cinco de sus miembros, incluido el coordinador, participaron en 2011 en la elaboración de la correspondiente propuesta de reforma normativa del anterior Gobierno socialista.

El Ministro de Justicia la ha incluido entre las prioridades de su mandato, comprometiéndose a presentar un texto para su aprobación por el Consejo de Ministros antes del final de 2020.

6. LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO Y LOS PLAZOS DE INSTRUCCIÓN

La tradicional redacción de nuestro texto procesal penal establecía que el sumario debía terminarse en el plazo de un mes, lo que evidentemente resultaba de imposible cumplimiento, sobre todo en las causas de cierta complejidad. Aunque tardíamente, la Ley 41/2015, de 5 de octubre (BOE de 6), de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, reformó de modo importante dicha situación³⁴.

Sin embargo, el tema adquirió especial relevancia durante la comentada pandemia. Sabido es que, a causa de la crisis sanitaria, el Gobierno paralizó la actividad judicial no esencial (remitimos a lo expuesto más arriba). Pues bien, la Fiscalía General del Estado (presidida por la anterior Ministra de Justicia, Dolores Delgado), planteó la posibilidad de poner el reloj a cero

³³ En la presentación de la Resolución, el Poder ejecutivo explica que “el interés general que concurre en estos supuestos es el mismo que constituye el fundamento de su excepcionalidad, la consecución de la justicia material”.

³⁴ En síntesis, la regulación de 2015 quedó del siguiente modo (art. 324 LECRIM): como principio general, las diligencias de instrucción se practicarían durante el plazo máximo de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas. Es lo que se calificó como instrucción sencilla o normal. Antes de la expiración de ese plazo, el instructor, a instancia del fiscal y previa audiencia de las partes, podía declarar la instrucción compleja, porque la primera no pudiera razonablemente terminarse dentro de los seis meses. El plazo de duración de la instrucción compleja sería de dieciocho meses, que el instructor podía prorrogar por igual plazo o uno inferior (con lo que la instrucción podía elevarse hasta tres años de duración), igualmente a instancia escrita del fiscal y oídas las partes restantes. Se contemplaba, también, la posibilidad excepcional de que, antes de que transcurrieran los plazos establecidos para la instrucción sencilla o para la compleja o, en su caso, el de la prórroga, el instructor pudiera fijar un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción, previa audiencia de las partes.

en los plazos de instrucción, en lugar de reanudarlos desde que se interrumpieron. En este sentido, propuso la posibilidad de que los plazos comenzaran a computarse no solo para presentar un recurso, sino para todas las investigaciones penales que habían quedado suspendidas y cuyos límites temporales estaban bien definidos en la anteriormente citada reforma de octubre de 2015. Se habló, incluso, de derogar los plazos establecidos para la instrucción, lo que exigiría otra reforma legal. Ello supondría practicar instrucciones penales sin plazos máximos. Ni que decir tiene que, de haber prosperado dicha opinión, importantes sumarios llevados a cabo en juzgados de Sevilla habrían recibido un aplazamiento sine die.

Esta opinión de la Fiscal General recibió críticas por parte de un sector³⁵. De un modo más extenso y contundente, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO manifestó que en tiempo de coronavirus una derogación de los plazos de instrucción tenía “el inequívoco significado objetivo de una autoamnistía encubierta”, mediante la colocación del “manto del olvido” sobre las legítimas reclamaciones que ya se estaban planteando. Asimismo, calificó de sarcástica la actitud de la Fiscalía Anticorrupción que, en una nota de prensa, invocó la bondad de una derogación fáctica de los plazos de instrucción por su pretendida utilidad para el ejercicio de un hipotético derecho de los investigados a demostrar su inocencia³⁶.

Afortunadamente, la situación no llegó a mayores y al poco tiempo se aprobó por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados una Proposición de Ley (BOCG, entrada en el Senado el 1 de julio de 2020), convertida posteriormente en Ley 2/2020, de 27 de julio, por la que se modifica el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE, de 28 de julio). En su Preámbulo se explica que: “Si bien establecer sin más un límite máximo a la duración de la instrucción se ha evidenciado pernicioso por cuanto puede conducir a la impunidad de la persecución de delitos complejos, no es menos cierto que establecer ciertos límites a la duración de la instrucción supone una garantía para el derecho de los justiciables”³⁷.

³⁵ Entre otros, algunos letrados en el conocido caso de los ERE en Andalucía manifestaron su sensata preocupación al respecto, como: Adolfo CUÉLLAR PORTERO, que expresó que los únicos plazos que debían reiniciarse son los que afectarían a los recursos o a la presentación de escritos de calificación, no a los establecidos en el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y Manuel PÉREZ CUAJARES, para quién no cabe la confusión de un plazo concedido a las partes para que no se vea perjudicada la tutela judicial efectiva, con los plazos de instrucción (Diario ABC de Sevilla, de 1 de junio de 2020).

³⁶ Añadiendo que: “Con suerte para el poder, sin plazos, los juicios se celebrarán en quince o veinte años, donde la verdad es más fácilmente manipulable, donde podrá haberse silenciado o -peor aún- convertido en mito, gracias a la propaganda” (El tiempo y el Derecho: el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en CONFILEGAL, 7 de mayo de 2020). En otro lugar, el mismo autor afirma: “sólo desde el más puro tancredismo del alma española puede entenderse la extendida opinión en la carrera judicial y fiscal contraria a los plazos de la instrucción establecidos por el art. 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras su reforma en 2015, aprovechada oportunamente desde la política para sus peculiares ajustes de cuentas y maniobras de distracción de la opinión pública mediante la ceremonia de la confusión” (La inacción procesal o la estatua de Don Tancredo, en El Español, 11 de mayo de 2020).

³⁷ La nueva redacción del art. 324 LECRIM queda, pues, del siguiente modo: la investigación judicial se desarrollará en un plazo máximo de doce meses desde la incoación de la causa. Si, con anterioridad a la finalización del plazo, se constatare que no será posible finalizar la investigación, el juez, de oficio o a instancia de parte, oídas

7. LOS COLEGIOS DE ABOGADOS

Sin duda, la pandemia, con el consiguiente confinamiento, influyó decisivamente en la actividad de los despachos de abogados. Aunque reseñaremos el de Sevilla, muy representativo dentro del ámbito andaluz por el elevado número de sus colegiados, el comentario puede extenderse a todas las corporaciones profesionales españolas de esta clase.

De este modo, hubo provincias en las que en las primeras semanas de junio se produjo alguna que otra concentración de abogados, procuradores y graduados sociales, ante la Audiencia Provincial. Como señal de protesta, en la primera de las celebradas en la ciudad de Sevilla se lanzaron togas al cielo.

Exigían la reactivación de la Administración de Justicia, para volver a la normalidad (sin tener que esperar al 15 de septiembre) y poder acceder libremente a los juzgados (hasta ahora la entrada está limitada a ciertos trámites y con cita previa). Hablaban de una parálisis total en la Justicia. Como muestra demostrativa de la realidad, baste decir que en dicha ciudad se están señalando vistas para 2023 y 2024.

Por otra parte, ante la situación que la epidemia ha producido en la actividad profesional de los letrados, con el consiguiente descenso de ingresos económicos en los despachos, el Colegio de Abogados de la mencionada ciudad acordó el adelanto del 50 por ciento del pago del segundo trimestre de guardias y oficios. Con ello se pretendía paliar en la medida de lo posible la grave situación de muchos colegiados que han intervenido en el turno de oficio.

También resulta de interés la Orden SND/261/2020, de 19 de marzo (BOE de 20), para la coordinación de la actividad profesional de los miembros de los cuerpos de funcionarios regulados en el libro VI de la Ley Orgánica del Poder Judicial, durante el estado de alarma. Pues bien, en ella se encomienda al Ministro de Justicia, además de la citada coordinación, la de los servicios públicos prestados a través de los Colegios Profesionales que actúan en el ámbito de la Administración de Justicia y, en particular, el turno de oficio y la asistencia jurídica gratuita (apartado primero).

Igualmente, hemos de mencionar la Resolución de 16 de abril de 2020 (BOE de 28), del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, por la que se publicó el Convenio, suscrito en Madrid el 15 de abril, entre la Administración General del Estado (perteneciente al citado

las partes podrá acordar prórrogas sucesivas por períodos iguales o inferiores a seis meses. El juez concluirá la instrucción cuando entienda que ha cumplido su finalidad.

Ministerio) y el Consejo General de la Abogacía Española, en relación con la realización de trámites administrativos y gestión documental por vía electrónica³⁸.

8. EL ESTADO DE ALARMA ENTRE REJAS

La pandemia ha afectado a los reclusos en los centros de internamiento, incluidos los de menores; especialmente, se ha percibido en los de extranjeros³⁹.

Sin embargo, en el sistema penitenciario se actuó con mayor previsión. En este sentido, la Orden INT/227/2020, de 15 de marzo (BOE del mismo día), en relación con las medidas que se adoptan en el ámbito de Instituciones Penitenciarias al amparo del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma, dispuso que, durante la vigencia del estado de alarma: a) se suspendían todas las comunicaciones ordinarias de los internos en los centros penitenciarios; b) y salidas de todo tipo, salvo casos de fuerza mayor o necesidad e internos que se encontraran en tercer grado, secciones abiertas, etcétera.

Para paliar los efectos nocivos del aislamiento, se ordenó la ampliación de las comunicaciones telefónicas autorizadas, especialmente con sus abogados, a fin de que en todo momento quedara garantizado el derecho de defensa.

Más tarde, se suavizaron esas medidas. De este modo, por Orden INT/407/2020, de 12 de mayo (BOE de 13), además de derogar la anterior Orden INT 227/2020, se adoptaron medidas para flexibilizar las restricciones establecidas en el ámbito penitenciario, explicado por el inicio de un proceso de reducción gradual de las medidas extraordinarias de restricción de la movilidad.

En consecuencia, se perseguía reanudar en los centros penitenciarios, de forma paulatina y gradual, las siguientes actividades: a) comunicaciones ordinarias de los internos; b) salidas de permiso y programadas; c) salidas de los internos clasificados en tercer grado o que tengan aplicado el régimen de flexibilidad y se hallen destinados en centros de inserción social, secciones abiertas o centros ordinarios; d) traslados de internos cuando sean solicitados por las autoridades judiciales, traslados por razones humanitarias u otros que lo requieran por indicaciones sanitarias; y e) actividades educativas, formativas, terapéuticas, deportivas, culturales y religiosas en el interior de los centros penitenciarios, en función de la situación de estos y de las medidas que se pudieran adoptar por las autoridades competentes.

³⁸ Dicho Convenio persigue hacer posible que la presentación electrónica de documentos en representación de los ciudadanos por parte de los abogados se beneficie del régimen especial que establece la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (concretamente, el art. 5.7).

³⁹ A título de ejemplo, según la prensa, el Centro de Estancia Temporal de Emigrantes (CETI) de Melilla (con 782 plazas de capacidad, albergaba en agosto a 1.354 personas; 43 en aislamiento por haberse detectados como positivos) se encontraba saturado. Una situación de hacinamiento que, irremediablemente, derivó en un grave motín a finales de ese mes.

9. LAS PRÓRROGAS DEL ESTADO DE ALARMA

9.1. Hasta junio de 2020

Como se ha expuesto más arriba, el Gobierno, en reunión extraordinaria del Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2020, aprobó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Se dispuso que su entrada en vigor fuera en el momento de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (disposición final tercera), lo que se produjo el mismo día.

Pues bien, conforme a lo dispuesto en la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, se estableció que la duración de dicho estado sería de quince días naturales (artículo 6º.2), contemplándose además la posibilidad de prórroga del estado de alarma (disposición final segunda).

En tal sentido, se produjeron varias (todas acordadas en Consejo de Ministros y posteriormente autorizadas por el Congreso de los Diputados).

La primera fue por Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo (BOE de 28) y la prórroga se extendió hasta las 00:00 horas del día 12 de abril⁴⁰. La segunda se produjo por Real Decreto 487/2020, de 10 de abril (BOE de 11), extendiéndose hasta las 00:00 horas del 26 de abril⁴¹. La siguiente prórroga del estado de alarma tuvo lugar por Real Decreto 492/2020, de 24 de abril (BOE de 25), y se extendió hasta las 00:00 horas del día 10 de mayo⁴². La cuarta (Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, BOE de 9) se extendió hasta las 00:00 horas del día 24 de mayo⁴³. La siguiente prórroga fue aprobada por Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo (BOE de 23), extendiéndose hasta las 00:00 horas del día 7 de junio⁴⁴. Finalmente, por Real Decreto

⁴⁰ El correspondiente Acuerdo del Consejo de Ministros fue de 24 de marzo y la autorización requerida fue concedida por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 25 de marzo (BOE de 28). El Gobierno explicó que, a la luz de los datos e informes disponibles, no se puede afirmar que la situación de emergencia sanitaria se habrá superado completamente en el plazo previsto inicialmente, “por lo que se estima imprescindible prorrogar el estado de alarma”, con el fin de “garantizar la eficaz gestión de la emergencia sanitaria y contener la propagación de la enfermedad”.

⁴¹ El Acuerdo del Consejo de Ministros se adoptó el 7 de abril y el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 9 de abril (BOE de 11), concedió la autorización solicitada. El Gobierno argumentó “la experiencia comparada en la aplicación de medidas similares adoptadas en Estados en los que se ha producido una incidencia intensa y más temprana de la pandemia”.

⁴² Esta tercera prórroga fue acordada por Consejo de Ministros el 21 de abril, concediéndose su autorización por el Congreso de los Diputados el día 22 de abril (BOE de 25). Se concluyó que los beneficios derivados de la nueva prórroga eran mayores que los perjuicios ocasionados.

⁴³ El Acuerdo del Consejo de Ministros se produjo el 5 de mayo y la autorización del Congreso de los Diputados fue el 6 (BOE de 9). Igualmente, “se estima imprescindible prorrogar de nuevo el estado de alarma”.

⁴⁴ El Consejo de Ministros la aprobó el 19 de mayo y el Congreso de los Diputados el 20 (BOE de 23).

555/2020, de 5 de junio (BOE de 6), se declara prorrogado el estado de alarma, por sexta y última vez, hasta las 00:00 horas del día 21 del mismo mes de 2020⁴⁵.

9.2. Por plazo superior

A mediados de mayo se planteó por parte del Gobierno la posibilidad de solicitar en el Congreso de los Diputados la votación favorable para la prórroga de un mes del estado de alarma, en vez de los quince días como se había hecho hasta el momento.

En nuestra opinión, ello hubiera constituido un fraude de derecho. La ley habla de un plazo de quince días⁴⁶, prorrogable, y eso significa -en su caso- renovar la autorización de ese plazo, incluso reducirlo. Ampliarlo no sería prorrogar el plazo, sino modificarlo o alterarlo. Así se refieren los textos legales a los numerosos supuestos en los que se contempla la posibilidad de ampliar un plazo.

¿Por qué un mes y no tres o seis, incluso una prórroga por un año? Lógicamente, tal pretensión no prosperó y las solicitudes de prórroga del estado de alarma que se plantearon al Congreso de los Diputados fueron siempre por quince días.

9.3. Los estados de alarma en el futuro

Por otra parte, redactando estas notas sobre la repercusión de la pandemia y del estado de alarma en nuestra Administración de Justicia, se difunde la noticia de la posibilidad de que el Gobierno deje en manos de las Comunidades Autónomas la solicitud -y su correspondiente defensa parlamentaria- del estado de alarma en cada territorio.

De este modo, se abriría la puerta a que, en un determinado momento, convivan simultáneamente en España diversos estados de alarma; por supuesto, con diversos ámbitos territoriales y duración temporal. En todo caso, las prórrogas deberían ser refrendadas por el Parlamento.

Como fundamento legal, se esgrime el art. 116.2 CE y el Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio.

En efecto, dichos preceptos contemplan dicha posibilidad, aunque consideramos que el estado de alarma está concebido para una situación concreta (p. e. un incendio de grandes proporciones

⁴⁵ El Acuerdo del Consejo de Ministros tuvo lugar el 2 de junio y la aprobación del Congreso de los Diputados fue el día 3 (BOE de 6) del mismo mes y año.

⁴⁶ Artículo 116.2 CE: “El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración”.

o un terremoto) pero no generalizada de peligro (p. e. la pandemia). Habría que someter al Congreso la aprobación de numerosas situaciones particulares.

Tampoco falta quien opina que es suficiente con la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley de Seguridad Nacional o la Ley del Sistema de Protección Civil.

Por último, hay que mencionar que, unos meses después de la declaración del estado de alarma, se han adoptado confinamientos perimetrales de determinadas ciudades; así, en Madrid, decretado por el Gobierno Central, o en ciudades más pequeñas (como Écija y Casariche, en la provincia de Sevilla, acordados por el Gobierno autonómico).

10. RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Por providencias de 6 de mayo de 2020 (BOE de 8), el Pleno del Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 1813-2020, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario de VOX en el Congreso, así como el recurso de inconstitucionalidad número 2035-2020, promovido por más de cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Popular del Senado, ambos contra la disposición final segunda del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19⁴⁷.

Además, por otra providencia de ese día, el TC acordó admitir a trámite distinto recurso de inconstitucionalidad (el número 2054-2020), del mencionado Grupo VOX, en relación con los arts. 7, 9, 10 y 11 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis ocasionada por el COVID-19; Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, en cuanto modifica el art. 7 del Real Decreto 463/2020; Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril y 492/2020, de 24 de abril, en cuanto aprueban sucesivas prórrogas del estado de alarma; Real Decreto 492/2020, además, en cuanto da nueva redacción al art. 7 del Real Decreto 463/2020; y Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19. Estos recursos no han sido resueltos todavía.

⁴⁷ La mencionada disposición final modifica la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia. En concreto, reformó el apartado 2 de su artículo 6, sobre la composición de la Comisión en la que se integran, entre otros, a los vicepresidentes del Gobierno, incluido el vicepresidente cuarto (del Grupo Unidas Podemos). Una deficiente técnica legislativa, conocida como de decreto ómnibus, utilizada para incorporar en un texto legal una reforma que nada tiene que ver con la normativa anunciada.

11. CONCLUSIONES

En términos generales, durante el primer estado de alarma (con sus prórrogas) se ha producido una paralización de la Administración de Justicia, con previsibles consecuencias en orden a una sustancial acumulación de asuntos judiciales una vez que se levantara aquél.

Algunas de las medidas adoptadas han tenido un mero carácter testimonial, cuando no una manifiesta inutilidad.

Otras disposiciones se han dictado con una deficiente técnica legislativa; así, en los decretos leyes se contemplan aspectos muy concretos, cuya regulación debería haberse hecho en órdenes ministeriales.

Además, como hemos dicho, se ha aprovechado el estado de alarma para aprobar disposiciones que nada tienen que ver con la pandemia.

Especial mención merece la citada Ley 3/2020, de 18 de septiembre (BOE de 19), de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19. En ella, además de derogar el Real Decreto-ley 16/2020, en síntesis, sigue la línea de esa norma, aunque con la introducción de algunas modificaciones a las que puntualmente hemos hecho referencia más arriba.

12. ÚLTIMA HORA

Terminado este trabajo, el Gobierno, en reunión extraordinaria del Consejo de Ministros, ha aprobado un nuevo estado de alarma, que finalizará a las 00:00 horas del día 9 de noviembre del presente año, sin perjuicio de las prórrogas que puedan aprobarse más adelante.

En efecto, por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre (BOE de 25), se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARSCOV-2.

Su entrada en vigor ha sido el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (disposición final segunda del RD).

Además, en la actualidad se debate la propuesta del Gobierno de extender su vigencia durante seis meses. Esa posibilidad, con efectos que llegarían hasta el mes de mayo de 2021, está siendo criticada por numerosos juristas y fuerzas políticas.

A todo ello, es igualmente de aplicación lo expuesto en las páginas de arriba, aunque han sido redactadas teniendo en cuenta el estado de alarma declarado en el mes de marzo de este año.

Las directrices de la jurisprudencia italiana sobre enfermedades profesionales derivadas de la exposición a campos electromagnéticos producidos por teléfonos móviles


Italian Case Law on Occupational Diseases caused by Exposure to

Electromagnetic Fields (EMF) generated by Cell Phones

LAVINIA SERRANI

Investigadora ADAPT

lavinia.serrani@adapt.it


 <https://orcid.org/0000-0003-1116-4521>

MICHELE TIRABOSCHI

Catedrático de Derecho del Trabajo

Universidad de Módena y Reggio Emilia (Italia)

michele.tiraboschi@unimore.it

 <https://orcid.org/0000-0002-6040-0175>

Resumen: El artículo se centra en el análisis de la jurisprudencia italiana en cuanto al uso del teléfono móvil como causa de aparición de enfermedades profesionales. Los Autores llegan a afirmar que en la actualidad la orientación consolidada de la jurisprudencia parece inclinarse hacia la convicción de que un cierto grado de certeza probabilística pueda considerarse suficiente para reconstruir el nexo causal entre la exposición a ciertos riesgos y la aparición de enfermedades para el reconocimiento de una pensión por enfermedad profesional al trabajador. Según los Autores, esta evidencia confirmaría el retraso de la reflexión de la legislación laboral con respecto al tema de los nuevos riesgos derivados de tecnologías cuyos efectos en las personas se desconocen -mucho más allá del caso del uso de teléfonos móviles y *smartphone*- con especial referencia a los nuevos entornos de trabajo, los espacios de

Recepción: 12/11/2020

Aceptación: 09/12/2020

Cómo citar este trabajo: SERRANI, Lavinia y TIRABOSCHI, Michele, “Las directrices de la jurisprudencia italiana sobre enfermedades profesionales derivadas de la exposición a campos electromagnéticos producidos por teléfonos móviles”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, ISSN-e: 2660-7964, n.º 2, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 99-122, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i2.05>

coworking y la dinámica del trabajo a distancia (el llamado *smart working*). De hecho, un punto de partida sólido para repensar un sistema de protecciones podría ser fomentar un diálogo interdisciplinario más fructífero entre la investigación médico-científica, la autoridad administrativa y la ciencia jurídica.

Abstract: *This paper examines how Italy's case law has dealt with work-related diseases (e.g. acoustic neuroma and parotid gland tumour) caused by cell phone use. In order to award workers sickness benefits, case law has ruled that some degree of probability might be sufficient to establish the cause-and-effect relationship between exposure to some risks and the development of a disease. In the authors' view, this aspect confirms that labour laws fail to keep up with the new risks linked to technological innovation, especially in relation to new work environments, co-working areas e remote work. In order to deal with this issue, a starting point could be promoting interdisciplinary cooperation between scientific research, administration bodies and legal sciences.*

Palabras claves: jurisprudencia, enfermedades profesionales, campos electromagnéticos, teléfonos móviles.

Keywords: *case law, occupational diseases, EMF, cell phones.*

Sumario: 1. EXPOSICIÓN A CAMPOS ELECTROMAGNÉTICOS PRODUCIDOS POR TELÉFONOS MÓVILES PARA NECESIDADES LABORALES Y APARICIÓN DE UN TUMOR: CAUSALIDAD JURÍDICA Y PROTECCIÓN LEGAL. 2. ¿UNA ORIENTACIÓN CONSOLIDADA? 3. UN MARCO INCOMPLETO CONDICIONADO POR LAS INCIERTAS RELACIONES ENTRE CIENCIA Y DERECHO. 4. TRANSFORMACIONES LABORALES Y RIESGOS DEBIDOS AL *IGNOTO TECNOLÓGICO* (TECNOLOGÍAS CUYOS EFECTOS EN LAS PERSONAS SE DESCONOCEN): NUEVOS DESAFÍOS PARA LA PROTECCIÓN LABORAL. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. EXPOSICIÓN A CAMPOS ELECTROMAGNÉTICOS PRODUCIDOS POR TELÉFONOS MÓVILES PARA NECESIDADES LABORALES Y APARICIÓN DE UN TUMOR: CAUSALIDAD JURÍDICA Y PROTECCIÓN LEGAL

Con la sentencia del 13 de enero de 2020, n. 904 la Corte di Appello de Turín reconoció la existencia de una relación de causalidad entre la exposición a campos electromagnéticos producidos por teléfonos móviles y la aparición de un neuroma acústico calificado en los términos legales de una enfermedad profesional de etiología multifactorial no reconocida por las instituciones de seguros. La sentencia -que confirma lo ya decidido por el tribunal de primera instancia (*Tribunale* de Ivrea, sentencia de 30 de marzo de 2017, n. 96)- se refería a un empleado de Telecom Italia S.p.A. quienes, por necesidades de servicio, había hecho un uso anormal (muchas horas al día) y durante un período prolongado (de 1995 a 2010) de los teléfonos antes mencionados. Una vez comprobado, con carga de la prueba impuesta al trabajador y en términos de certeza razonable, el conflicto laboral, la *Corte di Appello* de Turín

reiteró en consecuencia la condena del Istituto nazionale per l'Assicurazione Infortuni sul Lavoro (Inail) a pagar al trabajador la pensión relativa por enfermedad profesional.

La decisión de la Corte di Appello de Turín, aunque destacada por la prensa nacional, no es nueva. En todo caso, confirma, al menos como primera aproximación y a la luz de los pocos precedentes disponibles en los repertorios de la jurisprudencia italiana, un enfoque interpretativo que, al menos a primera vista, se está consolidando con el tiempo con respecto a una herramienta (también) de trabajo relativamente nueva como es teléfono móvil que, como tal, sigue siendo difícil de evaluar en términos de riesgos reales o potenciales a medio y largo plazo para la salud de quienes lo utilizan. De hecho, la Corte di Appello de Brescia ya se había expresado en términos similares (sentencia de 10 de diciembre de 2009, n. 361), con una resolución sujeta a acaloradas controversias en el campo médico-legal con respecto a sus supuestos fácticos y científicos tal y como se explicaron al órgano judicial por el asesor técnico de oficio¹ y, de nuevo en el mismo caso ante decisiones contrarias del Tribunale y de la Corte di Appello de Brescia, también la Corte di Cassazione (sentencia de 12 de octubre de 2012, n. 17438). En la misma línea de apreciación, más recientemente, junto con el mencionado Tribunale de Ivrea, también se expresó el Tribunale de Florencia (sentencia n. 391 de 24 de junio de 2017)².

Más bien, también para relativizar la resonancia mediática de la resolución, hay que aclarar de inmediato que la sentencia de la Corte di Appello de Turín y todos los precedentes que a la misma se ajustan, no se colocan en la dirección, que pertenece únicamente a las ciencias naturales y médicas, de establecer una conexión cierta y absoluta (la llamada certeza

¹ Ver el trabajo de LAGORIO, S., y VECCHIA, P., “Una Corte italiana riconosce l’origine professionale di un neurinoma del trigemino in un utilizzatore di telefoni mobili: un esempio concreto dei complessi rapporti tra scienza e diritto”, en *La Medicina del Lavoro*, 2011, 102, pp. 144-162, y la respuesta de LEVIS, A.G., GRASSO, G., PALMISANO, S., CONSIGLIERE, F., y GENNARO, V., “A proposito dell’articolo su Med. Lav., 2011, 102, 144-162 di S. Lagorio e P. Vecchia. Telefoni mobili e tumori alla testa: la sentenza della Corte d’Appello di Brescia – Sezione Lavoro – alla luce delle attuali conoscenze scientifiche e della legislazione in materia”, en *La Medicina del Lavoro*, 2012, n. 103, pp. 309-313.

² En doctrina, como comentario a estas sentencias, ver: CASALE, D., “La prova del nesso di causalità professionale per le tecnopatie non tabellate. A proposito della prima pronuncia che riconosce gli effetti cancerogeni dei campi elettromagnetici dei telefoni cellulari”, en *ADL*, 2010, n. 6; VARVARESSOS, A., “Riscontro epidemiologico e probabilità qualificata: nuove prospettive per l’accertamento in concreto dell’elemento causale nelle ipotesi di malattie non tabellate o ad eziologia multifattoriale”, en *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2013, n. 3; ROTA, A., “Sulla natura professionale del tumore contratto per overuse del cellulare in ambito lavorativo”, en *RIDL*, 2013, n. 3; BANORRI, B., “Danni da uso del cellulare e (ir)responsabilità del produttore?”, en *RCP*, 2013, n. 4; CERATO, M., y ROMEO, M., “Inquinamento elettromagnetico”, en CENDON, P., *La prova e il quantum nel risarcimento del danno*, Utet, 2013, aquí spec. § 45.5; AL MUREDEN, E., “Uso del cellulare e danni alla salute: la responsabilità del produttore tra dannosità “tollerabile”, principio di precauzione e nuovi obblighi informativi”, en *CG*, 2013, n. 3; BENINCASA, G., “Il tribunale di Ivrea qualifica come malattia professionale il tumore causato dall’uso scorretto del cellulare”, en *Boll. ADAPT*, 2017, n. 18; PAOLINI, C., “Danni alla salute per uso abnorme del cellulare: si tratta di tecnopatia se sussiste il nesso causale della probabilità qualificata”, en *ADL*, 2017, n. 4-5.

determinista) entre el uso del teléfono móvil y la aparición de un tumor. Y esto no solo por el hecho de que, recordando algunos de los casos que han llamado la atención de la jurisprudencia con el propósito de reconstruir el nexo causal entre la exposición a campos electromagnéticos producidos por los teléfonos móviles y la aparición de una patología oncológica, una cosa es el neuroma del nervio acústico (como en el caso tratado por la citada Corte di Appello de Turín) y otra es el tumor de la glándula parótida (como en el caso tratado por el Tribunale de Cremona al que se hará referencia en el § 3). Incluso independientemente de la diversidad y acalorada oposición de opiniones que se registra sobre este punto en la literatura médico-científica³, se trata, en retrospectiva, de decisiones relativas, hasta el momento, a figuras profesionales particulares (gerente, coordinador de grupos de trabajo, representante de ventas en una empresa de importación-exportación), en dinámicas de trabajo muy peculiares, si no excepcionales, porque se caracterizan por un uso del teléfono móvil considerado pacíficamente “anormal” y durante un largo período de tiempo, en una época en la que la telefonía móvil aún se encontraba en su etapa embrionaria y el poder adaptativo de las antenas (en ese momento no muy extendido en el territorio) era elevado, y aún no existían dispositivos y herramientas (como auriculares o audífonos) que permitieran evitar la contacto directo del teléfono móvil con el oído y la cara.

Ahora bien, no es que no sea útil resumir (ver *infra*, § 2), a la luz de los precedentes jurisprudenciales, el estado del arte en cuanto a: 1) riesgo para los trabajadores expuestos a campos electromagnéticos producidos del uso de teléfonos móviles; 2) enfermedades profesionales no reconocidas por las instituciones de seguros, relacionadas con ellas; 3) métodos y técnicas para verificar el vínculo causal (general e individual); 4) espacios y límites para el reconocimiento de una pensión de seguridad social a favor del trabajador a cargo de Inail. Más bien, el examen del razonamiento jurídico avanzado hasta ahora en la materia, tanto en las decisiones de la magistratura como en los comentarios doctrinales que siguieron, debería permitir, sobre todo, poner de relieve los graves retrasos y ciertas lagunas (*infra*, § 3) que, con respecto a la cuestión del riesgo del llamado *ignoto tecnologico* (tecnologías cuyos efectos en las personas se desconocen) (*infra*, § 4), aún confinan la reflexión jurídica (y las protecciones relacionadas) a la única dimensión del daño y la responsabilidad *ex post* sin una perspectiva evolutiva real, en términos de prevención y evaluación *ex ante* de los riesgos para la salud y la seguridad de los trabajadores, que vaya más allá de las meras referencias rituales a las disposiciones abstractas (y a menudo ignoradas) de la ley vigente. Esta es una circunstancia que suscita muchas preocupaciones hoy, en medio de una nueva revolución industrial que debería reclamar una atención renovada e incluso diferente de los juristas -y de los juristas laborales en

³ Ver, para todos, las posiciones opuestas, que también se han enfrentado repetidamente en las salas de audiencias, de MOCCALDI, R., y POLICHETTI, A., “Mancato riconoscimento come malattia professionale di un tumore alla parotide in esposto a campi elettromagnetici da telefoni mobili e a radiazioni ionizzanti”, en *Aggiornamenti di Radioprotezione*, 2016, pp. 4-19, por un lado, y LEVIS, A.G., MINICUCI, N., RICCI, P., GENNARO, V., CROSIGNANI, P., y GARBISA, S., “Telefoni mobili e tumori alla testa: è tempo che i dati corretti vengano messi in evidenza e valorizzati?”, en *Epidemiologia & Prevenzione*, 2011, pp. 188-199, por otro lado.

particular, si solo se piensa en algunas dolorosas “lecciones del pasado”⁴- al tema de la protección de la salud y la seguridad en los nuevos entornos de trabajo y debido a las tecnologías de nueva generación introducidas en los procesos productivos⁵. Es cierto, además, que el tema del uso de los teléfonos móviles -por muy común y extendido que sea y, también por ello, objeto de constante interés mediático- es solo la punta del iceberg respecto a las múltiples situaciones, aún no suficientemente monitorizadas, de exposición a campos electromagnéticos en el lugar de trabajo que, debido también a la complejidad objetiva del tema y a la extrema incertidumbre de los estudios médico-científicos realizados hasta ahora, todavía lucha por emerger en el contexto de la reflexión sobre la legislación laboral y la jurisprudencia relacionada (*infra*, § 3).

2. ¿UNA ORIENTACIÓN CONSOLIDADA?

A la luz de estas consideraciones introductorias, ahora es posible revisar brevemente y, sobre todo, contextualizar el razonamiento desarrollado por la Corte di Appello de Turín que, en sus pasajes lógicos centrales y en los argumentos técnico-legales relacionados, confirma los escasos precedentes en la materia conocidos en el campo del derecho laboral, por ser publicados y comentados en revistas especializadas.

El punto de partida, al tratarse de enfermedades profesionales no reconocidas por las instituciones de seguros⁶, son los resultados que ofrece la investigación médica y el debate científico que, como se sabe, aún no han llegado a una conclusión compartida sobre las consecuencias (nocivas o no) para la salud de las personas por el uso de teléfonos móviles⁷. En

⁴ Véase, en particular, TULLINI, P., “A rischio amianto?”, en *RIDL*, 2007, I, aquí p. 455, con referencia a un caso, tratado principalmente en términos coyunturales, como el del amianto.

⁵ Sobre este tema, para una visión general del problema, véase el extenso informe presentado por la Comisión al Parlamento, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre *Safety and Liability Implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and Robotics*, 19 de febrero de 2020, COM(2020)64 final.

⁶ En lo que respecta a las enfermedades profesionales, en Italia hay una serie de casos, las llamadas “*malattie tabellate*”, en las que existe una presunción legal sobre su origen laboral, es decir, determinada por las condiciones laborales o el trabajo realizado. El listado de enfermedades en cuestión es exhaustivo, a diferencia de las enfermedades “*non tabellate*” en las que no opera la presunción legal y se requiere que el trabajador demuestre la existencia real de la enfermedad, las características de las funciones realizadas, que sean tales que provoquen la aparición de la enfermedad y relación causal entre la enfermedad y el cargo que ocupa. Sobre el tema, para la reconstrucción del sistema de cobertura de seguros italiano, ver GIUBBONI, S., LUDOVICO, G., Y ROSSI, A., *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Cedam, 2014, cap. III, § 10, y también CERBONE, M., *Il giudice e l'Inail nell'applicazione delle norme sulle malattie professionali*, Working Papers Olympus, 2014, n. 34.

⁷ Una extensa reconstrucción del debate científico y del estado de la investigación se puede encontrar, con respecto a los limitados perfiles especializados que son relevantes a efectos de un análisis de derecho laboral, en los precedentes jurisprudenciales mencionados anteriormente a los que se añade la bibliografía citada en GOBBA, F., MODENESE, A., ZANOTTI, G., “Effetti dei campi elettromagnetici nei lavoratori professionalmente esposti: le evidenze scientifiche, le decisioni della magistratura”, en GOLDONI, S., CONTESSA, G.M., NATALETTI, P., DELLA VECCHIA, N., y NICOLINI, O., *Radiazioni ionizzanti e non ionizzanti: valutazione e protezione alla luce della nuova normativa europea*, Modena, 2017, pp. 140-141, disponible en acceso abierto en la *library* de la plataforma SALUS, en la dirección <http://salus.adapt.it>.

realidad, no faltan estudios sobre radiofrecuencias que excluyen decididamente cualquier vínculo causal entre el uso de teléfonos móviles y los tumores cerebrales. Sin embargo, se trata de análisis y valoraciones que, aunque formulados en el ámbito científico, no son considerados fiables por la magistratura (al menos la conocida por los abogados laboristas) debido a la posición de conflicto de intereses en la que se encontrarían involucrados sus autores (como consultores de operadores de telefonía celular o empresas del sector) o, en todo caso, por el carácter no público de la financiación que (también gracias a las aportaciones económicas de las empresas telefónicas) permitió realizar la investigación. La Corte di Appello de Turín escribe: “(es evidente que) la investigación y las conclusiones de autores independientes dan mayores garantías de fiabilidad que las encargadas, gestionadas o financiadas, al menos en parte, por sujetos interesados en el resultado de los estudios. [...] Además, precisamente en una disputa contra Inail relacionada con una enfermedad profesional (tumor intracraneal) por exposición a radiofrecuencia desde un teléfono móvil, la Suprema Corte di Cassazione sostuvo que “El énfasis adicional en la mayor confiabilidad de estos estudios, dada su posición de independencia, es decir, por no haber sido cofinanciados, a diferencia de otros, incluso por los propios fabricantes de teléfonos celulares, constituye una adicional y no ilógica base de las conclusiones aceptadas” (ver Corte di Cassazione 12.10.2012, n. 17438)”⁸.

La ausencia de certeza absoluta en el campo de la investigación científica y médica sobre el peligro o no de los teléfonos celulares para la salud de las personas no afecta, sin embargo, el razonamiento jurídico para la protección del empleado, dado que la magistratura no se coloca en la perspectiva de la existencia o no de una ley científica. Lo que importa más bien, a los efectos y dentro de los límites de una valoración jurídica en términos de riesgo profesional y daño, es precisamente la ausencia de *certezas* y, si acaso, la presencia de sospechas y dudas que luego abren el camino a lo *probable* y *posible*⁹. Esto permite a los magistrados formular, en términos generales y a la luz del principio de precaución (*infra*, § 4), una evaluación de la posible nocividad de las ondas electromagnéticas emitidas por los teléfonos móviles (y no solo por ellos: *infra*, § 3) con respecto a los cuales los resultados de experimentos con animales y diversos estudios estadístico-epidemiológicos independientes, aunque no del todo concordantes, indicarían la existencia, en ausencia de factores de riesgo alternativos y en circunstancias particulares relacionadas con la edad, cantidad y duración de la exposición al factor de riesgo, un grado suficiente de certeza probabilística a los efectos de reconstruir el

⁸ Sobre el tema, para una denuncia que va más allá de los límites de nuestras competencias científicas y técnicas, pero que sin embargo es útil para señalar la delicadeza del perfil de independencia real y neutralidad de la investigación que se está haciendo sobre los efectos de los campos electromagnéticos en la salud de personas, ver también LEVIS, A.G., GRASSO, G., PALMISANO, S., CONSIGLIERE, F. y GENNARO, V., *A proposito dell'articolo su Med. Lav.*, 2011, 102, 144-162 di S. Lagorio e P. Vecchia. *Telefoni mobili e tumori alla testa ecc.*, cit., e *ivi*, p. 313, también la respuesta de Susanna Lagorio e Paolo Vecchia.

⁹ En general, ver VISCOMI, A., “Amianto: precauzione, prevenzione e responsabilità”, en MONTUSCHI, L., e INSOLERA, G., *Il rischio amianto. Questioni sulla responsabilità civile e penale*, Bononia University Press, 2006, aquí p. 54.

vínculo causal válido para la ley¹⁰ y para la aplicación, en el caso concreto, de las consecuencias jurídicas relacionadas, es decir, en nuestro caso, el reconocimiento de una pensión por enfermedad profesional. Esta es una situación que la magistratura enmarca técnicamente en los términos de un “riesgo relativo”, es decir, una medida probabilística del aumento del riesgo causado por la exposición al factor presuntamente patógeno, mediante el uso de la expresión “más probable que no”¹¹.

En la reconstrucción sistemática del problema causal en los contextos de causas concomitantes y eventos multifactoriales -como es el caso que es objeto de nuestra reflexión y como es la situación imperante en la actualidad por la propagación de enfermedades crónico-degenerativas y enfermedades neoplásicas atribuibles a factores de riesgo ubicuo, a los que se puede estar expuestos *incluso* fuera del lugar de trabajo¹²- el aspecto del vínculo causal jurídico y el perfil probatorio están en tal medida interconectados “que parecen casi epifenómenos de la misma causa, que es la identificación de una metodología de investigación por casos, a la cual un razonamiento (nomo)lógico-deductivo es inaplicable”¹³. Razonando de esta manera, el nexo causal puede por tanto considerarse probado a partir de las encuestas estadísticas documentadas por estudios epidemiológicos sobre los efectos de la exposición a campos electromagnéticos producidos por teléfonos móviles, obviamente contextualizados a la peculiaridad y dinámica del caso específico de cáncer y del historial laboral individual en cuestión¹⁴, aunque la ciencia médica aún no haya llegado a definir y compartir la existencia de una ley científica real¹⁵.

¹⁰ Así: Cass. 12 de octubre de 2012, n. 17438, e *ivi* más referencias jurisprudenciales. En doctrina, ver: ROMEO, L., “Nesso di causalità nelle malattie multifattoriali”, en *RIMP*, 2016, aquí p. 322.

¹¹ Ver., entre muchas, Cass. 27 de abril de 2004, n. 2073, en *RGL*, 2005, II, pp. 199-210, con nota de SACCONI, G., *La prova del nesso di causalità nelle malattie multifattoriali: l'importanza del criterio epidemiologico*. Sobre el tema, para la evolución del concepto de causalidad con referencia específica a la relación entre causalidad general y causalidad individual, ver, para todos, FIORI, A., “La causalità nelle malattie professionali”, en *Atti del VI Convegno nazionale di medicina legale previdenziale, S. Margherita di Pula 18-20 ottobre 2006*, Inail, 2006, p. 36 y spec. pp. 42-50, donde se concreta el *proprium* de la valoración probabilístico-inductiva en el uso de criterios cronológicos, topográficos, cuantitativos, de continuidad, clínico-anamnésticos y sobre todo de exclusión de otras causas. Ver. también SFERRA, C., *Confronto tra malattia professionale non tabellata e malattia comune*, en *RIMP*, 2010, aquí spec. pp. 479-483, y MANCA, G., “Assalti e difese ai bastioni della causalità scientifica nei contributi più recenti di dottrina e giurisprudenza”, en *RCP*, 2013, pp. 476-503.

¹² En estos términos, DE MATTEIS, A., “La prova della malattia multifattoriale. L'equivoco continua”, en *RIMP*, 2014, aquí p. 583.

¹³ Así: VARVARESSOS, A., *Riscontro epidemiologico e probabilità qualificata ecc.*, cit., aquí p. 1559.

¹⁴ Ver de nuevo VARVARESSOS, A., *Riscontro epidemiologico e probabilità qualificata ecc.*, cit., aquí p. 1560.

¹⁵ En este sentido (entre las muchas decisiones, incluso inéditas, recordadas en el amplio estudio editado por LEVIS, A.G., *La posizione innovativa della Magistratura Italiana sui rischi per la salute da CEM*, 2012, disponible *open access* en la *library* de la plataforma SALUS, cit.) ver: Cass. n. 9893/2000; Trib. Modena n. 1430/2004; Trib. Venezia n. 441/2008; Cass. Pen. n. 33285/2008; App. Milano n. 2168/2009; Cass. n. 23676/2009; Cass., sez. un., n. 581/2008; Cass. n. 15991/2011; Cass. n. 3227/2011.

En esta perspectiva de análisis, como especifica la Corte di Appello de Turín siguiendo la enseñanza constante de la jurisprudencia de la legitimidad (ver, entre muchas otras, Cass.10 de abril de 2018, n. 8773) “al tratarse de una enfermedad profesional de etiología multifactorial no reconocida por las instituciones de seguros, el cargo de la prueba en el procedimiento judicial, sin duda impuesto al trabajador, [...] debe valorarse en términos de certeza razonable y, por tanto, excluyendo la relevancia de la mera posibilidad de origen profesional, se puede reconocer en presencia de un grado significativo de probabilidad”. Esto se basa en los resultados ofrecidos, para cada caso, no solo por el trabajador, sino también por los asesores médico legales nombrados de oficio (ver *Corte di Cassazione* 12 de octubre de 2012, n. 17438, y *Tribunale* de Florencia 24 de junio 2017, n. 391), también debido a las tareas realmente realizadas por el trabajador, el tipo específico de enfermedad y las características concretas (en términos de duración e intensidad) de la exposición del trabajador a las radiofrecuencias.

Como especifica la *Corte di Cassazione* (sentencia de 24 de noviembre de 2015, n. 23951) “en la hipótesis de una enfermedad de etiología multifactorial -como el cáncer- el nexo causal relativo a su origen profesional no puede ser objeto de simples presunciones extraídas de hipótesis técnicas teóricamente posibles, sino que requiere una demostración concreta y específica, que incluso puede darse como probabilidad, pero solo en el caso de “probabilidad calificada”, la cual necesita ser verificada a través de elementos adicionales adecuados para traducir en certeza jurídica las conclusiones en términos probabilísticos del asesor técnico”. Y esto cuando en los casos concretos, una vez excluida la relevancia de la mera posibilidad de procedencia profesional (*Corte di Cassazione* 10 de febrero de 2011, no. 3227), se identifican elementos y datos que no justifican, en términos precisamente probabilísticos, una exclusión del nexo causal entre la exposición a campos electromagnéticos y la aparición de la enfermedad. Una “certeza razonable”, en definitiva, suficiente para que la magistratura detecte los extremos del nexo causal jurídico y, en consecuencia, permita el reconocimiento a favor del trabajador de una pensión por enfermedad profesional, aunque esta no esté incluida en las tablas de las instituciones de seguros (en los mismos términos ver *Corte di Cassazione* 12 de octubre de 2012, n. 17438). Se trata de una causalidad jurídica todavía individual (y no meramente general) y que, sin embargo, también puede verificarse con respecto a una “ley” estadístico-epidemiológica: “es decir, no se trata de comparar los resultados de un estudio sobre una muestra de casos clínicos relacionados con la patología en cuestión con el caso concreto, sino de considerar válidos, incluso frente a estudios adicionales o alternativos, aquellos que presentan variables de evaluación también subsistentes y relevantes en el caso concreto y que permitan una demostración lógica a partir de una simple comparación con el índice de riesgo reconocido en la materia¹⁶.

¹⁶ Así, siempre con referencia a Cass. 12 de octubre de 2012, n. 17438, VARVARESSOS, A., *Riscontro epidemiologico e probabilità qualificata ecc.*, cit., aquí p. 1564. Ver también, en general, COGGIOLA, N., “Il giudice e la statistica: attività lavorative, esposizione all’amianto ed asbestosi ovvero quando il numero di morti e malati fa la prova nel processo”, en *GI*, 2005, pp. 1172-1176.

Finalmente, en esta línea de análisis, queda por precisar, a partir de lo señalado por el Tribunale de Florencia (sentencia de 24 de junio de 2017), que la circunstancia “de que probablemente el teléfono móvil también haya sido utilizado por motivos personales y por lo cual no puede constituir una causa exclusiva de la patología, sin embargo, no excluiría la relación concausal con la actividad laboral, teniendo en cuenta que, por consolidada orientación jurisprudencial, en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se aplica la regla contenida en el artículo 41 del código penal, en virtud del cual la relación de causalidad entre hecho y daño se rige por el principio de equivalencia de condiciones, según el cual debe reconocerse la eficiencia causal de cualquier antecedente que haya contribuido, incluso de manera indirecta y remota, a la producción del evento, a menos que el nexo etiológico sea interrumpido por la ocurrencia de un factor suficiente por sí solo para producir el evento, con el efecto de degradar las causas precedentes a simples ocasiones” (en este sentido, ver también Corte di Cassazione 19 de junio de 2014 , núm. 13954, y Corte di Cassazione 9 de septiembre de 2005, núm. 17959, al que se refiere en este punto el Tribunale de Florencia).

3. UN MARCO INCOMPLETO CONDICIONADO POR LAS INCIERTAS RELACIONES ENTRE CIENCIA Y DERECHO

Las consideraciones desarrolladas hasta ahora abren inevitablemente el camino a muchos problemas jurídicos. Sobre todo, el relativo a la elección -no obligatoria pero que, sin duda, representa la vía principal en decisiones como las objeto de nuestro comentario- del asesor técnico judicial que, como es fácilmente comprensible, dada la complejidad de los reconocimientos médicos respecto a un panorama bastante variado y controvertido de opiniones e investigaciones científicas, juega un papel decisivo en la formación de la convicción, por parte del juez, sobre la existencia o no del nexo causal jurídico. La atribución al magistrado de la tarea de resolver en última instancia, sobre la base de los resultados de las asesorías técnicas solicitadas a instancia de parte y de oficio, cuestiones científicas que no son fáciles de evaluar ni siquiera entre los expertos, es un tema muy conocido, que durante mucho tiempo ha sido objeto de atención por la reflexión jurídica tanto en procesos civiles como penales. Con los recientes avances en el conocimiento científico, en paralelo con la introducción en los procesos productivos y en el lugar de trabajo de tecnologías de nueva generación que multiplican las fuentes de riesgo y las posibles enfermedades profesionales, cabe preguntarse si los jueces -al menos considerando la formación y las habilidades que tienen hoy, que son el resultado de las vías ordinarias de entrenamiento y selección- puedan ser los verdaderos *gatekeepers* de la fiabilidad del conocimiento especializado y de las evaluaciones científicas que entran en el proceso¹⁷. Si este enfoque podía “parecer razonable mientras las cuestiones técnicas de interés para la ley eran relativamente simples y comprensibles incluso para un “laico” como el juez”,

¹⁷ Para esta terminología, que recuerda los lineamientos de la jurisprudencia norteamericana, ver ya MASERA, L., “Giudice e perito nel processo penale: spunti per un dibattito”, en *Epidemiologia e Prevenzione*, 2005, aquí p. 305.

va hoy recibiendo cada vez más crédito la duda sobre la razonabilidad y sostenibilidad de la opción de confiar a una persona que carece (al menos por la forma en que se organiza hoy la selección y formación de los magistrados) de cualquier competencia médico-científica la decisión sobre temas altamente especializados y complejos incluso para expertos en la materia: “¿cómo podemos creer que juez, quién hasta el momento del juicio tal vez nunca había oído hablar de una ciencia llamada epidemiología [...] sea milagrosamente capaz de adquirir habilidades que le permitan resolver racionalmente el conflicto entre los expertos de las distintas partes del juicio?”¹⁸. Aunque centrales -y de hecho destinadas a aumentar en importancia e intensidad con respecto a la cada vez más frenética e incierta persecución entre la innovación tecnológica, las evaluaciones científicas de nocividad y la regulación legal de los fenómenos económicos- las cuestiones 1) de la validez de las vías actuales de selección y formación de los magistrados, 2) de los criterios para verificar la calificación profesional y la “neutralidad” del asesor técnico de oficio e incluso 3) de la posibilidad de encomendar a sujetos con habilidades especializadas adecuadas la legitimidad para emitir valoraciones médico-científicas vinculantes para el juez en el juicio, inevitablemente van más allá de los límites de esta contribución¹⁹.

Respecto a los lineamientos de la magistratura destacados hasta ahora, aparentemente consolidados²⁰, queda por subrayar un aspecto crítico adicional aún no destacado por la

¹⁸ Así MASERA, L., *Giudice e perito nel processo penale ecc.*, cit., p. 305. En los mismos términos también TARUFFO, M., “Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense”, en *RTDPC*, 1996, pp. 219-249, y SALOMONE, E., “Sulla motivazione con riferimento alla consulenza tecnica d’ufficio”, en *RTDPC*, 2002, aquí p. 1026. *Contra*, entre muchos: RADOS, B. y GIANNINI, P., *La consulenza tecnica nel processo civile*, Giuffrè, 2013, aquí p. 41. Sobre el tema, ver también BOVE, M., “Il sapere tecnico nel processo civile”, en *RDP*, 2011, pp. 1431-1450.

¹⁹ Aquí podemos limitarnos a señalar, para el primero de estos tres puntos críticos, la posibilidad de una combinación entre un título de tres años en medicina básica y un master en derecho o viceversa. Así, respecto a la necesidad de una mayor interdisciplinariedad en la construcción de las profesiones jurídicas, ver la propuesta de ENRIQUES, L., “Come si forma un avvocato”, en *Lavoce.info*, 26 de septiembre de 2013. Sobre el tema, ver también RIVERSO, R., “Dalla tutela del lavoratore alla tutela della persona. Il profilo oggettivo”, en *RIMP*, 2015, spec. p. 416, donde recuerda como “el artículo 202 del *Testo Unico* del 1965 prevé cursos especialización -nunca activados que se sepa- a cargo de Inail para jueces en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”. Por otro lado, con respecto a la cuestión de la calificación profesional y de los criterios para la elección del asesor técnico de oficio, claramente analizados ya por el *Tribunale* de Como (orden de 30 de noviembre de 2001, spec. § 6.3 de la motivación, en relación con el papel del asesor técnico de oficio en la verificación del vínculo causal entre la leucemia infantil y la exposición a campos electromagnéticos producidos por dos líneas de conducción eléctrica de alta tensión), ver ZANETTI, R., “Il sapere scientifico in tribunale”, en *Epidemiologia e Prevenzione*, 2005, pp. 307-309; TRENTA, G., “Competenze e professionalità nelle consulenze d’ufficio in tribunale”, en *La Medicina del Lavoro*, 2011, 102, pp. 163-166 y también GOBBA, F., MODENESE, A., y ZANOTTI, G., *Effetti dei campi elettromagnetici nei lavoratori professionalmente esposti: le evidenze scientifiche, le decisioni della magistratura*, cit., spec. p. 138, donde critican algunas de las sentencias analizadas en el párrafo anterior debido a que, según ellos, se basan en conclusiones de los asesores técnicos de oficio, los cuales se habrían desviado de las orientaciones predominantes en la comunidad científica. En cuanto a la posibilidad de encomendar a terceros calificados valoraciones médico-científicas vinculantes para el juez, ver MASERA, L., *Giudice e perito nel processo penale ecc.*, cit., p. 306.

²⁰ En este sentido, ver PAOLINI, C., *Danni alla salute per uso anormale del cellulare ecc.*, cit., p. 1285.

reflexión jurídica que se ha medido sobre la controvertida relación entre exposición a campos electromagnéticos y protección de la salud de los trabajadores. Nos referimos a la ausencia en nuestro país de una base de datos que contenga todas las sentencias, incluso de mérito, existentes sobre el tema. Como ha señalado una fuente médico-científica²¹, la percepción de los juristas respecto a las orientaciones de la magistratura está quizás parcialmente distorsionada por una suerte de cortocircuito comunicativo: “Los medios (de hecho) informaron solo noticias relativas a algunas sentencias que se pronunciaron a favor de la existencia de un nexo causal, pero en realidad en otros procesos la magistratura se expresó en sentido contrario”, donde el conocimiento de la existencia de varios casos judiciales con diferentes conclusiones podría brindar una visión más integral y menos distorsionada del problema en cuestión a los profesionales, la opinión pública y los responsables políticos. En otras palabras, “la difusión de noticias relativas únicamente a los procesos concluidos con el reconocimiento de una relación causal entre exposición ocupacional a CEM y cáncer induce una situación, comparable a la que en el ámbito científico se define “*publication bias*”, que hace una hipótesis más creíble, aunque solo sea porque parece ser la única posible”²².

Y, de hecho, una compleja investigación empírica, basada en la información fragmentaria disponible en la literatura médico-científica²³, también indica la existencia de precedentes de signo contrario a los hasta ahora recordados en el debate sobre derecho laboral, al ser éstos los únicos que se reportan en los repertorios de jurisprudencia y en las revistas especializadas. También en este caso, nos enfrentamos, en realidad, con un número limitado de decisiones. Suficiente, sin embargo, por un lado, para poner en duda la existencia de una orientación verdaderamente inequívoca de la magistratura y, por otro, para volver a proponer en el centro de la reflexión jurídica el problema de la centralidad del asesor técnico con respecto a la adhesión o no a una orientación alarmista con respecto a las conexiones, que varían también según los sectores de producción y los tipos de procesamiento (véase, en general, el informe Inail sobre Tumori professionali: analisi per comparti economici, 2019), entre la exposición a campos electromagnéticos producidos por teléfonos móviles y la aparición de un tumor. Sin olvidar que, en los repertorios de la magistratura, existe un silencio casi total no solo sobre gran parte de los cánceres que podrían tener origen profesional, sino también respecto a otras posibles enfermedades profesionales no reconocidas por las instituciones de seguros vinculadas a la exposición a campos electromagnéticos que se investigan, con diversidad de voces y opiniones, en la literatura médico-científica al menos con referencia a algunas enfermedades neurodegenerativas y cardiovasculares y otras patologías que afectan el sistema reproductivo,

²¹ Ver GOBBA, F., MODENESE, A. y ZANOTTI, G., *Effetti dei campi elettromagnetici nei laboratori professionalmente esposti: le evidenze scientifiche, le decisioni della magistratura*, cit., aquí p. 138.

²² Otra vez GOBBA, F., MODENESE, A. y ZANOTTI, G., *op. loc. ult. cit.*

²³ Véanse en particular los casos citados en MOCCALDI, R. y POLICHETTI, A., *Mancato riconoscimento come malattia professionale di un tumore alla parotide in esposto a campi elettromagnetici da telefoni mobili e a radiazioni ionizzanti*, cit.

el sistema inmunológico-neuroendocrino, así como los posibles efectos neuroconductuales y otros vinculados al bienestar de los trabajadores²⁴.

En la literatura médico-científica²⁵ también se ha destacado, más recientemente, el fenómeno de la llamada hipersensibilidad a los campos electromagnéticos²⁶ que afectaría a un porcentaje limitado, pero no despreciable, de la población con efectos que varían significativamente de persona a persona. Los síntomas más frecuentes son dermatológicos (enrojecimiento, picor, sensación de ardor), neuróticos y vegetativos (fatiga, cansancio, insomnio, dificultad para concentrarse, náuseas, dolores de cabeza, sensación de inestabilidad, palpitaciones, alteraciones digestivas). La jurisprudencia francesa se ha ocupado recientemente de estos problemas, con referencia a un técnico expuesto a las ondas electromagnéticas emitidas en el lugar de trabajo por un espectrómetro de masas isotópico. En este caso, el Tribunal Administrativo de Cergy-Pontoise (sentencia de 17 de enero de 2019, n. 1608265) no dudó en reconocer, por primera vez en Francia, los requisitos de una enfermedad profesional: “en dépit de l’absence de consensus médical, en l’état des connaissances scientifiques, sur un lien de causalité entre les effets à long terme sur la santé et l’exposition aux champs électromagnétiques, dans les circonstances particulières de l’espèce et, notamment, en présence d’un avis favorable de la commission de réforme, au constat d’une exposition sur le lieu de travail prolongée, significative, plurielle et simultanée à des champs électromagnétiques de fréquences multiples, dont certains atypiques, aux troubles réels et invalidants médicalement constatés développés par M. F. deux ans après sa prise de fonction et, enfin, à l’absence d’état antérieur ou de facteurs extérieurs aux conditions particulières d’exécution de son service, il existe une probabilité suffisante que l’hypersensibilité électromagnétique contractée par le requérant soit en rapport avec son activité professionnelle. M. F. est dès lors fondé à soutenir que la décision contestée du 1er juillet 2016 portant refus d’imputabilité au service de son syndrome d’hypersensibilité électromagnétique est entachée d’une erreur d’appréciation et à en demander, pour ce motif, l’annulation”.

Todo esto especificado, de extrema relevancia, al menos con respecto al tema de nuestras notas sobre el nexo causal jurídico entre la exposición a campos electromagnéticos producidos por teléfonos celulares (y otros equipos de trabajo como un medidor de densidad instalado en la línea de producción) y la aparición de un tumor, son las sentencias (no registradas hasta ahora

²⁴ Para una revisión de los datos ofrecidos por la literatura especializada, ver GOBBA, F., MODENESE, A. y ZANOTTI, G, *Effetti dei campi elettromagnetici nei lavoratori professionalmente esposti: le evidenze scientifiche, le decisioni della magistratura*, cit., p. 135.

²⁵ Ver GRECO, M., “Inquinamento elettromagnetico e salute fra controversie, ricerca indipendente ed associazionismo Il caso del movimento degli elettrosensibili”, en *EtnoAntropologia*, 2016, pp. 119-150.

²⁶ Sobre el tema, ver ya la World Health Organization, *Campi elettromagnetici e salute pubblica. Ipersensibilità ai campi magnetici*, diciembre 2005.

en los repertorios de la jurisprudencia italiana) del Tribunale de Cremona y del Tribunale de Milán.

La sentencia del Tribunale de Cremona (sentencia de 10 de abril de 2015, n. 39) se destaca, en primer lugar, por la adhesión a una metodología médico-legal para el reconocimiento del nexo causal en el campo de la exposición a campos electromagnéticos con base en una evaluación consecencial de la causalidad (de general a individual) realizada a través del criterio de la llamada “probability of causation” que deberá determinarse mediante evidencia científica consolidada, es decir, posibilidad científica y probabilidad estadística²⁷. En esta perspectiva también se explica el intento de recusación, por parte de los abogados del trabajador, de los dos asesores técnicos designados por el Tribunal, por estar notoriamente posicionados, en el debate científico sobre el tema, a favor de la metodología que niega la existencia de evidencias científicas que respalde la tesis de un nexo causal entre el uso de teléfonos móviles y la aparición de tumores (en este caso se trataba de un carcinoma de parótida). Recusación que, aunque rechazada por el Tribunal (orden de 28 de abril de 2014), vuelve a poner de relieve la centralidad, en los procesos judiciales en esta materia, del asesor técnico de oficio y de sus convicciones médico-científicas. Más aún en este caso concreto, donde son cuarenta las páginas especializadas que los asesores técnicos de oficio han dedicado, en su informe final (en gran parte recogido entre comillas en el texto de la sentencia), a la cuestión del nexo causal entre uso de teléfonos móviles por motivos de servicio y aparición de carcinoma parietal²⁸. Otro punto de interés es la referencia al precedente reiteradamente mencionado de la *Corte di Appello* de Brescia (sentencia de 10 de diciembre de 2009, n. 361), que, en consonancia con las observaciones de los asesores técnicos de oficio, el Tribunale de Cremona no considera relevante para el caso concreto. Por un lado, porque se trata de una decisión previa a la evaluación del Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer en 2011²⁹ que, como informa la sentencia del Tribunale de Cremona, “clasificó los campos electromagnéticos emitidos por los teléfonos móviles como “posiblemente carcinógenos para el ser humano” (Grupo 2B del sistema de clasificación IARC), decidiendo así no clasificarlos como “carcinógenos para el ser humano” (Grupo 1 del sistema de clasificación IARC) o como “agentes probablemente carcinógenos para el ser humano” (Grupo 2A del sistema de clasificación IARC)”. Como se sabe, la clasificación en el Grupo 2B significa que estamos en presencia de “agentes para los que existen pruebas limitadas de carcinogenicidad en humanos y pruebas insuficientes de carcinogenicidad en experimentación animal”³⁰. Por otro lado,

²⁷ Ver MOCCALDI y R., POLICHETTI, A., *Mancato riconoscimento come malattia professionale di un tumore alla parotide in esposto a campi elettromagnetici da telefoni mobili e a radiazioni ionizzanti*, cit., aquí p. 5.

²⁸ Sobre este aspecto ver en detalle la contribución de MOCCALDI, R., y POLICHETTI, A., *Mancato riconoscimento come malattia professionale di un tumore alla parotide ecc.*, cit., pp. 4-20.

²⁹ IARC, *Non-ionizing radiation, part 2: radiofrequency electromagnetic fields*, 2013, vol. 102, aquí p. 419, disponible *open access* en la *library* de la plataforma SALUS, cit.

³⁰ IARC, *Non-ionizing radiation, part 2: radiofrequency electromagnetic fields*, cit., aquí p. 30.

porque, nuevamente para el Tribunale de Cremona de acuerdo con las conclusiones alcanzadas por los asesores técnicos nombrados a petición de las partes, “la valoración de causalidad general requiere que la idoneidad lesiva en cuestión se demuestre a través de evidencias científicas consolidadas, las cuales deberían buscarse más en la literatura científica que en la jurisprudencia”. En otras palabras, prosigue el Tribunale de Cremona, “para poder afirmar la existencia de un nexo causal entre el uso de teléfonos móviles por parte del actor y el tumor de parótida que lo afectó, habría sido necesario encontrar en la literatura científica evidencia consolidada de que el uso de teléfonos móviles es generalmente adecuado para determinar el tumor de parótida (evaluación causal general y criterio de idoneidad lesiva)”.

En la misma línea argumental centrada en el sistema de clasificación de la IARC, considerado “hasta la fecha el estudio más completo y autorizado en la literatura científica sobre la correlación causal entre la exposición a campos electromagnéticos de RF y la aparición de un tumor”, se posicionó, más recientemente, también el Tribunale de Milán (sentencia n. 959 de 31 de julio de 2018) con referencia a un caso de uso intensivo y diario del teléfono móvil por un trabajador con las funciones de “Asistente Superior” y luego de “Responsable del Departamento de Compras”, durante un largo período de tiempo. También en esta circunstancia, de manera similar a lo ocurrido en el precedente de Cremona, el Tribunal primero desestimó (orden de 18 de julio de 2017) el recurso de recusación de los asesores técnicos designados de oficio interpuesto por el trabajador y luego consideró irrelevante la decisión contraria del Tribunale de Ivrea (sentencia de 30 de marzo de 2017, n. 96), recordada por los abogados del trabajador, debido a la no demostración en el presente caso, relativo a un tumor cerebral (oligodendroglioma grado II opercular frontal derecho), del nexo de causalidad o concausalidad entre la exposición mencionada a campos electromagnéticos emitidos por teléfonos móviles y la aparición de la patología neoplásica cerebral diagnosticada al trabajador, es decir, resultando no cumplido, a la luz de la evidencia científica sobre el tema y en términos de probabilidad calificada, “el criterio de idoneidad lesiva y que, por tanto, el oligodendroglioma diagnosticado no puede ser considerado, con un alto grado de probabilidad, causalmente vinculado a su exposición a estos campos, independientemente del alcance de la exposición”. Al no estar probada la derivación profesional de la enfermedad, también en este segundo caso se rechaza la solicitud del trabajador de una pensión por enfermedad profesional a cargo de Inail.

Se trata de precedentes que aún no han entrado en el debate laboral sobre la materia objeto de nuestras consideraciones y que, sin embargo, parecen suficientes para cuestionar la existencia de una orientación consolidada en la jurisprudencia, señalándose, en todo caso, como la probable punta del iceberg con respecto a las múltiples situaciones de riesgo por exposición a

campos electromagnéticos presentes en el lugar de trabajo³¹ y que, poco a poco, van entrando en las salas de audiencias.

Al respecto, de hecho podemos señalar, nuevamente entre los precedentes inéditos, una sentencia de la Corte di Appello de Perugia (sentencia de 9 de enero de 2012, n. 473) que negó el nexo causal con respecto a la exposición de un trabajador de Telecom (y, anteriormente, empleado de la Empresa Estatal de Servicios Telefónicos - ASST y, luego, de Intel S.p.A.), posteriormente fallecido de cáncer, a los campos electromagnéticos generados por las antenas para la recepción de señales de radiofrecuencia. Para la Corte di Appello de Perugia, de hecho, hay una falta de “estudios que lleven a la conclusión o al menos a sospechar una posible acción oncogénica con respecto a los tumores sólidos de la nariz y de los senos paranasales, en particular del etmoides, por exposición a radiofrecuencias” donde, con respecto al tipo de tumor objeto de la controversia, “la mitad de los casos observados a nivel mundial involucran a sujetos que, por motivos profesionales, se vieron expuestos a la inhalación de polvo de madera y, en menor medida, del cuero; además, los trabajadores del sector textil, los trabajadores involucrados en la fusión y soldadura de metales, los trabajadores expuestos a polvos de níquel, cromo y formaldehído se consideran en riesgo. Por otro lado, no se ha demostrado claramente una acción oncogénica del humo del tabaco”. En resumen, “como señaló el asesor técnico de oficio, actualmente no existe evidencia científica de que la exposición a ondas electromagnéticas pueda ocasionar neoplasias, y en particular carcinoma del etmoides, que afectó al cónyuge del recurrente y causó su muerte”.

En la misma perspectiva, se observa una sentencia reciente de la Corte di Cassazione (sentencia de 11 de julio de 2019, n. 18701) que excluyó la correlación causal entre la neoplasia diagnosticada en la víctima (técnico de mantenimiento de Enel) y la exposición a campos electromagnéticos o aceites que contienen PCB. Sobre la base de la instrucción realizada y del informe del asesor técnico de oficio, la Corte di Appello de Reggio Calabria (sentencia de 8 de enero de 2014) ya había descartado que las funciones realizadas por el trabajador en cuestión hubieran implicado una exposición a campos electromagnéticos (o aceites que contienen PCB) de tal intensidad y frecuencia que puedan desempeñar un papel causal o concausal en la aparición de la patología hepática y aplasia medular y, posteriormente, de la neoplasia de lengua que provocó su muerte. La Corte di Cassazione, al confirmar la sentencia de la Corte di Appello, precisó que “el juez competente no está obligado a justificar plenamente las razones de su adhesión a las conclusiones del asesor técnico de oficio, si no existen argumentos en contra de las partes o estos no son específicos, pudiendo, en este caso, limitarse a reconocer aquellas conclusiones como justificadas por las investigaciones realizadas por el experto y por las explicaciones contenidas en el respectivo informe (ver, *ex plurimis*, Corte di Cassazione n. 1660 de 2014; n. 25862 de 2011; n. 10688 de 2008; n. 4797 de 2007; n. 26694 de 2006; n. 10668 de

³¹ Véase ya CAMPURRA, G., *Il rischio da campi elettromagnetici negli ambienti di lavoro*, Ipsoa, 2008.

2005); en todo caso, constituye un principio firme el según el cual el defecto -denunciable en la etapa en que se evalúa la legitimidad- de la sentencia que se ha adherido a las conclusiones del dictamen pericial forense, solo puede comprobarse en el caso de una clara desviación de las nociones actuales de la ciencia médica, cuya fuente debe ser indicada en la omisión de valoraciones instrumentales que según las nociones antes mencionadas no pueden ser despreciadas para la formulación de un diagnóstico correcto, mientras que fuera de este contexto la censura constituye un mero disenso diagnóstico que termina representando una crítica inadmisibile a la condena del juez (cfr. ex multis Corte di Cassazione n. 1652 del 2012; n. 569 del 2011; n. 9988 del 2009)”.

Desde el punto de vista del derecho, la Corte di Cassazione confirma linealmente lo que sostiene la citada sentencia de la Corte di Appello de Turín y es que, “en el caso de una enfermedad, como el cáncer, de etiología multifactorial, la prueba del nexo causal no puede consistir en simples presunciones inferidas de hipótesis técnicas teóricamente posibles, sino que debe consistir en la demostración concreta y específica, al menos en términos de probabilidad, de la idoneidad de la exposición al riesgo para causar el evento morboso (entre otros ver Corte di Cassazione n. 23653 de 2016), por lo que todavía es necesario que sea una “probabilidad calificada”, a ser verificada a través de elementos adicionales adecuados para traducir la conclusión probabilística en certeza judicial (ver, entre muchos, Corte di Cassazione n. 9057 de 2004 y, más recientemente, Corte di Cassazione n. 10097 de 2015; *Corte di Cassazione* n. 13814 de 2017)”. Sin embargo, las conclusiones sobre el fondo son opuestas debido a las diferentes opiniones expresadas en las respectivas fases (Corte di Appello de Turín y Corte di Appello de Reggio Calabria) por el consultor técnico de oficio que, una vez más, resultan decisivas a los efectos de verificación del nexo causal jurídico.

Confirman esta impresión, de un diálogo aún no lineal entre el análisis médico-científico y el análisis jurisprudencial, dos precedentes más de signo contrario (y hasta donde sabemos inéditos) del Tribunale de Verona y del Tribunale de Monza donde el reconocimiento por parte del juez del nexo causal entre la exposición a campos electromagnéticos y la aparición de un tumor siempre se produce en fiel adhesión a los resultados de la investigación realizada por el asesor técnico y a la literatura científica introducida y acreditada por él en el proceso. El caso tramitado por el Tribunale de Verona (sentencia n. 293 de 7 de junio de 2017) se refería a un trabajador asignado a la explotación de una depuradora de aguas residuales civiles e industriales, el cual debía realizar, durante un número significativo de horas al día, actividades de monitoreo en un lugar de trabajo que contenía (debajo del piso) numerosos cables de conducción eléctrica y transformadores eléctricos que generaban campos electromagnéticos de baja frecuencia. Como leemos textualmente en la sentencia, es el asesor técnico de oficio quien, tras “una escrupulosa, consecucional y minuciosa investigación médico-legal, [...] llega a la conclusión de la existencia de un nexo etiológico entre la exposición a campos electromagnéticos de baja frecuencia (radiación no ionizante) y la aparición de trombocitemia. [...] Según el asesor técnico de oficio, no existe una ley de cobertura científica por la cual, al eliminar mentalmente la exposición a radiaciones no ionizantes, se llegaría con una alta

probabilidad a excluir la patología (el llamado criterio de “eliminación mental”, desarrollado por la doctrina del derecho penal), sin embargo es razonablemente posible que el recurrente, sobre la base de su historial clínico y laboral, finalmente haya contraído la enfermedad en cuestión como consecuencia de la exposición a lo largo de los años. El nexo causal así aclarado, además de ser compartido por este juez, lleva a considerar integrada la prueba del nexo causal entre la enfermedad observada y el trabajo realizado, ya que no es necesario un alto grado de verosimilitud (como habría requerido, en cambio, una investigación criminal sobre la responsabilidad del empleador)”. El Tribunale de Verona es consciente de que la investigación realizada hasta el momento sobre el tema “no demuestra un nexo en términos de certeza o alta probabilidad, sino solo de posibilidad”. Por tanto, es plausible en abstracto, prosigue el Tribunal, que “una exposición a radiaciones no ionizantes provoque la aparición de enfermedades graves”. Pues bien, una vez aclarada esta premisa, concluye el Tribunal, “el paso siguiente implica el estudio, en detalle, de la exposición ocupacional y el análisis de la historia clínica y profesional del recurrente. Y es precisamente el informe del perito, junto con la investigación técnica y documental de la instrucción, lo que despeja el campo de una posible etiopatogenia alternativa, apoyando finalmente de forma adecuada y reflexiva la tesis del recurrente”.

En los mismos términos se expresó el Tribunale de Monza (sentencia n. 56 de 13 de marzo de 2019) con referencia a un agente de pista en los aeropuertos de Linate y Malpensa (coordinador de operaciones de carga y descarga y repostaje) expuesto en el desempeño de sus funciones a las frecuencias emitidas por numerosas antenas y dispositivos de radiocomunicación de alta frecuencia, por repetidores de señales radioaltimétricas, por radares meteorológicos y antenas satelitales, por otros equipos instalados en la plataforma de tráfico y por otras ondas electromagnéticas producidas por 10 teléfonos celulares GSM activos, conectados y cargándose en la red eléctrica, 5 dispositivos portátiles a cargar, 2 computadoras personales encendidas constantemente, 2 repetidores de señal, un teléfono celular para comunicaciones de servicio y numerosos otros equipos que lo exponían durante más de cuatro horas al día a ondas electromagnéticas de muy alta frecuencia. A raíz del resultado del informe encomendado al asesor técnico de oficio, realizado sobre la base de la clasificación del Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer (CIIC) de los campos electromagnéticos de radiofrecuencia y los resultados sobre los factores de riesgo presentes en el caso en cuestión, el Tribunal llega a la conclusión que, con referencia a la aparición de neuroma acústico en el trabajador, no se pueden reconocer otros posibles agentes etiopatogenéticos preponderantes. Aun admitiendo, a la luz de la literatura científica sobre el tema, una dificultad significativa en cuanto al reconocimiento de una correlación causal entre la exposición a radiofrecuencias y la aparición de patologías tumorales, el juez, adhiriéndose fielmente al informe del asesor técnico de oficio y recordando el precedente de la Corte di Appello de Brescia (sentencia de 10 de diciembre de 2009, n. 361), considera en el caso en cuestión la existencia de un papel al menos concausal entre la aparición del neuroma acústico y el trabajo realizado por el recurrente también debido a la duración e intensidad de la exposición. Y por estas razones condena a Inail a pagar al trabajador la pensión relativa por enfermedad profesional.

4. TRANSFORMACIONES LABORALES Y RIESGOS DEBIDOS AL IGNOTO TECNOLÓGICO (TECNOLOGÍAS CUYOS EFECTOS EN LAS PERSONAS SE DESCONOCEN): NUEVOS DESAFÍOS PARA LA PROTECCIÓN LABORAL

Las reflexiones realizadas hasta ahora sobre las orientaciones inciertas y no transparentes -en términos de acceso al conocimiento, al menos si pensamos en el enorme potencial de la *big data analytics* aplicada a los contenidos de las sentencias de todo orden y grado- de la magistratura, respecto a la existencia de un nexo causal entre la exposición a campos electromagnéticos en el lugar de trabajo y la aparición de una enfermedad profesional, confirman el retraso de la reflexión de la legislación laboral italiana con respecto al tema de los nuevos riesgos derivados de tecnologías cuyos efectos en las personas se desconocen, mucho más allá del caso del uso de teléfonos móviles y *smartphone* en el lugar de trabajo. En cuanto a los nuevos entornos laborales, a los espacios de coworking y a la dinámica del trabajo a distancia (el llamado *smart working*), aún no se ha desarrollado una reflexión en el ámbito del derecho laboral³² sobre el impacto en la salud y seguridad de trabajadores del 5G, de las redes WiFi, de la carga sin contacto de TIC móviles y uso de interfaces cerebrales³³.

Sin embargo, una lección se puede extraer del examen de la jurisprudencia realizado en los párrafos anteriores. Y es la de iniciar cuanto antes un diálogo interdisciplinario diferente y más fructífero entre la investigación médico-científica, las autoridades administrativas y las respuestas del ordenamiento jurídico a la exposición a una fuente de riesgo como los campos electromagnéticos, anticipándose a la fase relativa a la redacción del estándar normativo (que es tarea de la política legislativa) y su implementación concreta en la dinámica de las estructuras organizativas del trabajo y vigilancia médica³⁴, análisis prejudiciales (sobre la peligrosidad o no de determinadas herramientas, productos o tecnologías para la salud de los trabajadores) que no sólo pueden confiarse a las valoraciones de intereses y a los dolorosos hechos humanos que entran en el proceso una vez que el daño ya haya ocurrido.

³² A excepción de una mención fugaz en el documento final realizada por el European Risk Observatory, *Foresight on new and emerging occupational safety and health risks associated with digitalisation by 2025*, European Agency for Safety and Health at Work, 2018, aquí p. 55.

³³ Sobre el tema, véanse las cuestiones críticas planteadas recientemente por el extenso *Rapporto indipendente sui campi elettromagnetici e diffusione del 5G* de septiembre de 2019 promovido por ISDE y European Consumers al que se agrega el Appeal for 5G Moratorium - Scientists and doctors warn of potential serious health effects of 5G, September 13, 2017.

³⁴ En lo que véase, con respecto al tema de nuestras notas, BELLIA, M., CAMPURRA, G., DE LUCA, G., GIOVANAZZI, A., GOBBA, F., L'ABBATE, N., LODI, V., MALESANI, F., MOCCALDI, R., OTTENG, F., PENNAROLA, R., PERSECHINO, B., RIGHI, E., STANGA, A. y TRENTA, G., *Linee Guida AIRM – Sorveglianza medica dei lavoratori esposti a radiazioni ionizzanti*, Ipsoa-Wolters Kluwer, 2013.

Por un lado, se trata de repensar desde los cimientos, en una perspectiva renovada de *law and economics* como lo decía Calabresi³⁵, la teoría jurídica del riesgo y el concepto mismo de riesgo empresarial en la dimensión de la IV revolución industrial. Esto se debe a las relaciones cada vez más entrelazadas e inextricables entre productor, empresario-usuario y trabajador-productor-consumidor, al menos con respecto a cuestiones legales y contractuales que se extienden en gran medida más allá de los estrechos confines de los (antiguos) lugares de trabajo y del control del empleador, para plantear cuestiones de salud pública, incluso antes que la salud ocupacional³⁶, que van más allá incluso de los estrechos espacios de viabilidad de la responsabilidad civil del productor³⁷ y que plantean a las autoridades públicas cuestiones delicadas de *risk assessment* y de introducción de obligaciones de divulgación reforzadas con respecto a los riesgos asociados con la comercialización y el uso de ciertas tecnologías en el lugar de trabajo³⁸. Una perspectiva, esta, que lleva a dudar, en materia de salud pública y a la luz de las más recientes transformaciones en el trabajo, no solo del tradicional planteamiento jurídico de tipo compensatorio, sino también de la plena pertinencia de las disposiciones contenidas en la Directiva 2013/35/UE de 26 de junio de 2013 (recientemente transpuesta al ordenamiento jurídico italiano con el decreto legislativo n. 159 de 1 de agosto de 2016). Ciertamente no con referencia a las normas contenidas en la misma en términos de límites de exposición y niveles de acción³⁹, sino porque todavía se concibe y desarrolla con referencia a contextos de trabajo tradicionales y de evaluación de los riesgos relacionados.

Por otro lado, se trata de ir más allá de los límites de una evaluación *ex post*, de forma puramente compensatoria, de las consecuencias de las actividades peligrosas para la salud y seguridad de los trabajadores, recuperando, incluso en los modelos organizativos impuestos por la IV

³⁵ CALABRESI, G., *The Costs of Accidents*, Yale University Press, 1970, autor, como se sabe, atento no solo al perfil de eficiencia en la asignación de costos y responsabilidades, sino también al problema de la justicia social, sobre el que véanse en particular las reflexiones contenidas en las pp. 24-26 y pp. 301-308.

³⁶ En estos términos ver, para algunas ideas reconstructivas importantes, LEROUGE, L., “Réflexions juridiques autour du rapport “Santé au travail: vers un système simplifié pour une prévention renforcée””, en *DS*, 2019, pp. 151-159.

³⁷ En particular la responsabilidad *ex* artículo 2050 código civil, sobre la cual véase, para todos, AL MUREDEN, E., “I danni da utilizzo del cellulare tra conformità del prodotto agli standard legislativi, principio di precauzione e autoresponsabilità dell’utente”, en *CG*, 2017, n. 8-9, que resalta cómo el principio de precaución se dirige al legislador y a las autoridades administrativas, mientras que no asume efecto directo en las relaciones entre particulares.

³⁸ En esta perspectiva, véase el informe presentado por la Comisión al Parlamento, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre *Safety and Liability Implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and Robotics*, cit.

³⁹ Problema sobre el que no tenemos competencia para expresar una valoración técnica de mérito y respecto al cual nos limitamos a referir las dudas planteadas, en general, en la doctrina por VISCOMI, A., *Amianto: precauzione, prevenzione e responsabilità*, cit., aquí pp. 46-47, quien, recordando las conocidas posiciones sobre el tema del magistrado italiano Roberto Rivero, habla de los valores umbral en términos de lotería dolorosa. Sobre el tema, es obligatoria la remisión a BECK, U., *La società del rischio*, Carocci, 2013 pero 1986, aquí pp. 84-92 donde habla del “engaño de los valores máximos permitidos”.

revolución industrial, esa dimensión preventiva que está claramente delineada en nuestra Constitución y en la legislación vigente en esta materia⁴⁰. Sin embargo, en nuestra opinión, sigue siendo central la construcción en el mercado laboral de renovadas figuras profesionales “híbridas”, es decir, con habilidades técnico-profesionales adecuadas para gestionar los nuevos riesgos⁴¹ y, desde el punto de vista jurídico, capaces de asegurar una mayor adherencia en el lugar de trabajo entre disposiciones legales abstractas y comportamientos concretos de empleadores y trabajadores de acuerdo con los principios de innovación y desarrollo tecnológico pero también con los de precaución en la gestión de tecnologías, herramientas o aparatos cuyos efectos sobre la salud y la seguridad de los trabajadores aún no se conocen con certeza⁴².

Después de todo, si la historia realmente enseña algo, sería “simplemente” extender a los riesgos que se derivan de unas tecnologías cuyos efectos en las personas todavía se desconocen, ese rico “patrimonio de conocimientos y experiencias” acumulado a través de la larga y dolorosa evolución de la legislación y jurisprudencia en materia de amianto. Porque “incluso el riesgo desconocido (o supuestamente tal) se puede prevenir, si el sistema preventivo funciona y el empleador cumple sin reservas la obligación de seguridad, utilizando el sentido común y la diligencia profesional ordinaria”⁴³, más aún hoy en medio de una nueva revolución industrial.

5. BIBLIOGRAFÍA

AL MUREDEN, E., “I danni da utilizzo del cellulare tra conformità del prodotto agli standard legislativi, principio di precauzione e autoresponsabilità dell’utente”, en *Il Corriere Giuridico*, 2017.

⁴⁰ Ver, para todos, RIVERSO, R., *Dalla tutela del lavoratore alla tutela della persona ecc.*, cit., aquí p. 413, y también GIUBBONI, S., LUDOVICO, G., ROSSI, A., *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, cit., aquí pp. 23-24, que muestran cómo “la mera prestación de servicios económicos no puede considerarse suficiente -si no a modo de subrogación- para realizar la garantía constitucionalmente asegurada”.

⁴¹ Con referencia a los campos electromagnéticos, véanse las notas críticas de BIAZZI, L., “La nuova direttiva di radioprotezione e il punto di vista dell’esperto qualificato nella sua applicazione in campo industriale, sanitario e di ricerca”, EN GOLDONI, S., CONTESSA, G.M., NATALETTI, P., DELLA VECCHIA, N., y NICOLINI, O., *Radiazioni ionizzanti e non ionizzanti: valutazione e protezione alla luce della nuova normativa europea*, cit., spec. p. 26, donde aborda la cuestión del contraste entre la figura presente en nuestra tradición del experto cualificado y el perfil del *radiation protection expert* al que se refiere la directiva 2013/59/EURATOM.

⁴² Sobre el tema ver, para todos, PATRIZI, E., *Il principio di precauzione nella società del rischio*, tesis doctoral, Universidad de Macerata, 2014, *passim* y cap. II, § 2.5 por los riesgos de contaminación electromagnética, disponible *open access* en la *library* de la plataforma SALUS, cit.

⁴³ Así, efectivamente, MONTUSCHI, L., “Il rischio amianto: quale tutela? Introduzione al dialogo”, en MONTUSCHI, L., y INSOLERA, G., *Il rischio amianto ecc.*, cit., aquí p. 10, al que se agrega TULLINI, P., *A rischio amianto?*, cit., aquí p. 455.

- AL MUREDEN, E., “Uso del cellulare e danni alla salute: la responsabilità del produttore tra dannosità “tollerabile”, principio di precauzione e nuovi obblighi informativi”, en *Il Corriere Giuridico*, núm. 3, 2013.
- BANORRI, B., “Danni da uso del cellulare e (ir)responsabilità del produttore?”, en *RCP*, núm. 4., 2013.
- BECK, U., *La società del rischio*, Carocci, Roma, 2013, pero 1986.
- BELLIA, M., CAMPURRA, G., DE LUCA, G., GIOVANAZZI, A., GOBBA, F., L’ABBATE, N., LODI, V., MALESANI, F., MOCCALDI, R., OTTENGA, F., PENNAROLA, R., PERSECHINO, B., RIGHI, E., STANGA, A. y TRENTA, G., *Linee Guida AIRM – Sorveglianza medica dei lavoratori esposti a radiazioni ionizzanti*, Ipsoa-Wolters Kluwer, 2013.
- BENINCASA, G., “Il tribunale di Ivrea qualifica come malattia professionale il tumore causato dall’uso scorretto del cellulare”, en *Boll. ADAPT*, núm., 18., 2017.
- BLAZZI, L., “La nuova direttiva di radioprotezione e il punto di vista dell’esperto qualificato nella sua applicazione in campo industriale, sanitario e di ricerca”, en GOLDONI, S., CONTESSA, G.M., NATALETTI, P., DELLA VECCHIA, N., y NICOLINI, O., *Radiazioni ionizzanti e non ionizzanti: valutazione e protezione alla luce della nuova normativa europea*, Modena, dBA, 2017, pp. 13-30, disponibile en acceso abierto en la *library* de la plataforma SALUS, en la dirección <http://salus.adapt.it>.
- BOVE, M., “Il sapere tecnico nel processo civile”, en *RDP*, núm. 6., 2011.
- CALABRESI, G., *The Costs of Accidents: a legal and economic analysis*, Yale University Press, New Haven, 1970.
- CAMPURRA, G., *Il rischio da campi elettromagnetici negli ambienti di lavoro*, Ipsoa, 2008.
- CASALE, D., “La prova del nesso di causalità professionale per le tecnopatíe non tabellate. A proposito della prima pronuncia che riconosce gli effetti cancerogeni dei campi elettromagnetici dei telefoni cellulari”, en *ADL*, núm. 6., 2010.
- CERATO, M., y ROMEO, M., “Inquinamento elettromagnetico”, en CENDON, P., *La prova e il quantum nel risarcimento del danno*, Utet, 2013.
- CERBONE, M., Il giudice e l’Inail nell’applicazione delle norme sulle malattie professionali, *Olympus*, núm. 34., 2014.

- COGGIOLA, N., “Il giudice e la statistica: attività lavorative, esposizione all’amianto ed asbestosi ovvero quando il numero di morti e malati fa la prova nel processo”, en *GI*, 2005.
- DE MATTEIS, A., “La prova della malattia multifattoriale. L’equivoco continua”, en *RIMP*, Vol., 101, núm. 3., 2014.
- ENRIQUES, L., “Come si forma un avvocato”, en *Lavoce.info*, 26 de septiembre de 2013.
- FIORI, A., “La causalità nelle malattie professionali”, en *Atti del VI Convegno nazionale di medicina legale previdenziale, S. Margherita di Pula 18-20 ottobre 2006*, Inail, 2006.
- GIUBBONI, S., LUDOVICO, G., Y ROSSI, A., *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Cedam, 2014.
- GOBBA, F., MODENESE, A., ZANOTTI, G., “Effetti dei campi elettromagnetici nei lavoratori professionalmente esposti: le evidenze scientifiche, le decisioni della magistratura”, en GOLDONI, S., CONTESSA, G.M., NATALETTI, P., DELLA VECCHIA, N., y NICOLINI, O., *Radiazioni ionizzanti e non ionizzanti: valutazione e protezione alla luce della nuova normativa europea*, Modena, dBA, 2017, pp. 140-141, disponible en acceso abierto en la *library* de la plataforma SALUS, en la dirección <http://salus.adapt.it>.
- GRECO, M., “Inquinamento elettromagnetico e salute fra controversie, ricerca indipendente ed associazionismo Il caso del movimento degli elettrosensibili”, en *EtnoAntropologia*, Vol. 4, núm 2., 2016.
- LAGORIO, S., y VECCHIA, P., “Una Corte italiana riconosce l’origine professionale di un neurinoma del trigemino in un utilizzatore di telefoni mobili: un esempio concreto dei complessi rapporti tra scienza e diritto”, en *La Medicina del Lavoro*, 2011, 102.
- LEROUGE, L., “Réflexions juridiques autour du rapport “Santé au travail: vers un système simplifié pour une prévention renforcée””, en *Droit Social*, 2019.
- LEVIS, A.G., GRASSO, G., PALMISANO, S., CONSIGLIERE, F., y GENNARO, V., “A proposito dell’articolo su Med. Lav., 2011, 102, 144-162 di S. Lagorio e P. Vecchia. Telefoni mobili e tumori alla testa: la sentenza della Corte d’Appello di Brescia – Sezione Lavoro – alla luce delle attuali conoscenze scientifiche e della legislazione in materia”, en *La Medicina del Lavoro*, núm. 103., 2012, pp. 309-313.
- LEVIS, A.G., MINICUCI, N., RICCI, P., GENNARO, V., CROSIGNANI, P., y GARBISA, S., “Telefoni mobili e tumori alla testa: è tempo che i dati corretti vengano messi in evidenza e valorizzati?”, en *Epidemiologia & Prevenzione*, 2011, pp. 188-199.

- MANCA, G., “Assalti e difese ai bastioni della causalità scientifica nei contributi più recenti di dottrina e giurisprudenza”, en *RCP*, 2013, pp. 476-503.
- MOCCALDI, R., y POLICHETTI, A., “Mancato riconoscimento come malattia professionale di un tumore alla parotide in esposto a campi elettromagnetici da telefoni mobili e a radiazioni ionizzanti”, en *Aggiornamenti di Radioprotezione*, 2016, pp. 4-19.
- MONTUSCHI, L., e INSOLERA, G., *Il rischio amianto. Questioni sulla responsabilità civile e penale*, Bononia University Press, 2006.
- PAOLINI, C., “Danni alla salute per uso abnorme del cellulare: si tratta di tecnopatía se sussiste il nesso causale della probabilità qualificata”, en *ADL*, núm. 4-5, 2017.
- RADOS, B. y GIANNINI, P., *La consulenza tecnica nel processo civile*, Giuffrè, 2013.
- RIVERSO, R., “Dalla tutela del lavoratore alla tutela della persona. Il profilo oggettivo”, en *RIMP*, 2015.
- ROMEO, L., “Nesso di causalità nelle malattie multifattoriali”, en *RIMP*, 2016.
- ROTA, A., “Sulla natura professionale del tumore contratto per overuse del cellulare in ambito lavorativo”, en *RIDL*, núm. 3., 2013.
- SALOMONE, E., “Sulla motivazione con riferimento alla consulenza tecnica d’ufficio”, en *RTDPC*, 2002.
- SFERRA, C., “Confronto tra malattia professionale non tabellata e malattia comune”, en *RIMP*, 2010.
- TARUFFO, M., “Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense”, en *RTDPC*, 1996, pp. 219-249.
- TRENTA, G., “Competenze e professionalità nelle consulenze d’ufficio in tribunale”, en *La Medicina del Lavoro*, Vol. 102, núm. 2., 2011, pp. 163-166.
- TULLINI, P., “A rischio amianto?”, en *RIDL*, vol. 4., 2007.
- VARVARESSOS, A., “Riscontro epidemiologico e probabilità qualificata: nuove prospettive per l’accertamento in concreto dell’elemento causale nelle ipotesi di malattie non tabellate o ad eziologia multifattoriale”, en *Rivista Italiana di Medicina Legale*, núm., 2013.
- VISCOMI, A., “Amianto: precauzione, prevenzione e responsabilità”, en MONTUSCHI, L., e INSOLERA, G., *Il rischio amianto. Questioni sulla responsabilità civile e penale*, Bononia University Press, 2006.

ZANETTI, R., “Il sapere scientifico in tribunale”, en *Epidemiologia e Prevenzione*, 2005, pp. 307-309.

Cultural Heritage and Sustainable Taxation – empowering communities in the COVID-19 times

RICARDO GARCÍA ANTÓN

Assistant Professor of Tax Economics at Tilburg University (Fiscal Institute Tilburg) and former Associate Researcher at the IBFD

R.GarciaAnton@tilburguniversity.edu

 <https://orcid.org/0000-0002-0823-3170>

Abstract: *This paper examines how Italy's case law has dealt with work-related diseases (e.g. acoustic neuroma and parotid gland tumour) caused by cell phone use. In order to award workers sickness benefits, case law has ruled that some degree of probability might be sufficient to establish the cause-and-effect relationship between exposure to some risks and the development of a disease. In the authors' view, this aspect confirms that labour laws fail to keep up with the new risks linked to technological innovation, especially in relation to new work environments, co-working areas e remote work. In order to deal with this issue, a starting point could be promoting interdisciplinary cooperation between scientific research, administration bodies and legal sciences.*

Keywords: COVID-19, cultural heritage, re-designing tax policy, community.

Summary: 1. INTRODUCTION. 2. SHORTCOMINGS FROM A TOP-DOWN APPROACH TO PRESERVE CULTURAL HERITAGE. 2.1. Tax benefits on sponsorship. 2.2. Tax incentives on private owner of cultural heritage sites. 2.2.A. Tax allowances. 2.2.B. Tax credits. 2.2.C. Exemptions in wealth, capital gain, inheritance and property taxes. 2.3. Tourist taxes. 2.4. An unsatisfactory statist dimension to protect our cultural heritage. 3. COVID-19 AS THE BASIS FOR A COMMUNITY-BASED APPROACH: TAX MEASURES FOR CULTURAL HERITAGE COOPERATIVES. 4. A NEW INTERPRETATION OF "INCENTIVE MEASURES" UNDER ART. 167 (5) TFEU. 5. CONCLUSIONS. 6. BIBLIOGRAPHY.

Recepción: 16/11/2020

Aceptación: 23/11/2020

Cómo citar este trabajo: GARCÍA ANTÓN, R., "Cultural Heritage and Sustainable Taxation –empowering communities in the COVID-19 times", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, ISSN-e: 2660-7964, n.º 2, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 123-144, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i2.06>

1. INTRODUCTION

In the EU countries, protecting our cultural heritage¹ undergoes a looming challenge, namely the financial constraints derived from the lack of public resources². Due to the previous financial crisis (2008-2010) and the upcoming economic crisis derived from the COVID-19 pandemic, it more obvious that private engagement in cultural heritage needs to be stimulated by the States³. However, this art. poses the following research question: is the current tax regime designed to foster private engagement sustainable in a long-term?

In this art., this author will argue that the current tax measures, which are divided in three main clusters (private sponsorship, incentives to private owners of cultural sites and tourist taxes), follow a State dimension, a sort of “top-down” approach. Putting bluntly, the State pinpoints what needs to be preserved and only few stakeholders are the recipients from the tax measures. To challenge this previous top-down vision, this author would plead for creating tax measures that endorse a community-centred approach.

The role of the communities in preserving cultural heritage is not new in the literature on economics of cultural heritage⁴. The recent involvement of private sector in the preservation of cultural heritage raises awareness of the value of cultural heritage in our democratic societies, which cannot be exclusively allocated to the public administration. Preserving cultural heritage is a collective task of our democratic societies. Therefore, not only the decision-making but also the allocation of economic resources must be shared by these three actors: public sector authorities, non-market actors (consumers, neighbors, associations, NGOs, civil societies) and market actors (private entrepreneurs). In this line, SEAMAN avoids facile designations of heritage sites as pure public goods that require only public sector solutions⁵. An example brought by this author is the preservation of the “Fabulous Fox Theatre” (Atlanta, US) in which

¹ In this contribution, we refer to cultural heritage as tangible heritage (buildings, museums, works of art, cultural and archeological sites, etc.), thereby carving out intangible heritage.

² See BENHAMOU, F., “Public Intervention for Cultural Heritage: normative issues and tools”, in RIZZO, I. & MIGNOSA, A. (eds), *Handbook on the Economics of Cultural Heritage*, Elgar, 2013, p. 14. As an example, in Spain during the period 2008 – 2017, the State investment in protecting and preserving our cultural heritage has plummeted 70%. See these data in *El Pais*, 11 April 2017, http://cultura.elpais.com/cultura/2017/04/04/actualidad/1491291998_103518.html.

³ In this regard, see MASTELLONE, P., “International and EU Measures for the Protection of Cultural Heritage: Towards Broader Use of Tax Breaks to Stimulate Private Engagement”, *European Taxation*, IBFD, vol. 59, n.º 2/3, pp. 81 - 88.

⁴ PHILLIPS, R.G. and STEIN, J.M., “An Indicator Framework for Linking Historic Preservation and Community Economic Development”, *Social Indicator Research*, vol. 113, n.º 1, 2013, pp. 1–15; ATECA AMESTOY, V. “Demand for cultural heritage”, in RIZZO, I. & MIGNOSA, A. (eds), *Handbook on the Economics of Cultural Heritage*, supra note 2, pp. 89-110; SEAMAN, B.A., “The role of the private sector in cultural heritage”, in RIZZO, I. & MIGNOSA, A. (eds), *Handbook on the Economics of Cultural Heritage*, supra note 2, pp. 111 – 128.

⁵ SEAMAN, B., supra note 4, p. 111.

citizen activism and non-profit fundraising trigger the reaction of the Atlanta municipality to deny a private company the demolition permit of this historical building.

Rather than conceiving cultural heritage in a passive way as a duty to preserve imposed upon the public authorities, the 1972 UNESCO World Heritage Convention (“1972 UNESCO”) heralded that everyone has the right to enjoy culture and decides which cultural heritage should be preserved. Community-approach should definitely pervade in the field of taxation and complement the current tax policy design. As this author will argue, COVID-19 may be the right trigger to rethink tax policies from a community perspective. In that sense, cultural heritage offers an excellent field research to experience this new approach. Finally, this author will argue that this community-centred tax regime can be potentially enforced at the EU level, through a re- interpretation of art. 167 (5) TFEU.

The structure of this contribution is as follows. Section II is devoted to present the shortcomings of the current tax measures designed to preserve cultural heritage from a top-down approach. In Section III, this author will make the argument why COVID-19 is the right trigger to push towards a community-centred approach in the design of tax policies, namely on cultural heritage. Finally, Section IV sketches a proposal of a regime to preserve cultural heritage under a community-centred dimension, thereby wondering whether the EU should step in.

2. SHORTCOMINGS FROM A TOP-DOWN APPROACH TO PRESERVE CULTURAL HERITAGE

The majority of EU countries neglect the role of the community and individuals in the preservation of cultural heritage. As such, culture appears to be narrowed down to the mandate of public authorities to preserve the cultural heritage sites. For example, art. 9 of the Italian Constitution states that: “The Republic promotes the development of culture and of scientific and technical research. It safeguards natural landscape and the historical and artistic heritage of the Nation”. Art. 22 of the Dutch Constitution reinforces the Statist dimension to preserve cultural heritage, “the authorities shall promote social and cultural development and leisure activities”. Art. 5 of the Polish Constitution declares that:” The Republic of Poland shall safeguard the independence and integrity of its territory and ensure the freedoms and rights of persons and citizens, the security of the citizens, safeguard the national heritage and shall ensure the protection of the natural environment pursuant to the principles of sustainable development”. Art. 46 of the Spanish Constitution states that “The public authorities shall guarantee the preservation and promote the enrichment of the historical, cultural and artistic

heritage of the peoples of Spain and of the property of which it consists, regardless of their legal status and their ownership. The criminal law shall punish any offences against this heritage”⁶.

Such as Statist dimension of cultural heritage influences tax law. In terms of tax policy, the States traditionally follow two paths to preserve cultural heritage. First, the States boost the private sector’s involvement in preserving our cultural heritage (Sub-Section II.1. and II.2). Second, the States combat the harmful effects of mass tourism in our cultural heritage sites by levying “tourist taxes” (Sub-Section II.3).

2.1. Tax benefits on sponsorship

Provided that sponsorship means financial support of our cultural heritage assets from private actors, this philanthropic engagement of the modern societies with the preservation of our cultural heritage applies to two categories of taxpayers: (i) the recipient of the financial support (the non-profit institutions performing the functions of preserving the cultural heritage); (ii) the donors (the sponsors).

The budgetary difficulties led the governments to rely on the active engagement of certain non-profit institutions such as NGOs, foundations, associations, museums, etc. to preserve the cultural heritage⁷. In some countries, particular non-profit institutions such as museums are exempt from Corporate Income Tax (Japan, US)⁸. In relation to the taxation of charities, Gliksberg points out that States may opt between a full exemption model (Australia, Ireland and Hungary⁹) and partial exemption model in which only the non-business income is taxed (the vast majority of countries adopts this model)¹⁰.

The partial exemption regime yields certain misleading effects. In Spain, for instance, art. 2 of Law 49/2002 designs a partial exemption regime for a closed list of non-profit organizations dully registered (foundations, associations formally declared in the public interest, other non-

⁶ The duty of the State to preserve the cultural heritage could also be found in art. 11 bis of the Luxembourgish Constitution; art. 8 and 9 of the Maltese Constitution; art. 9 (e) of the Portuguese Constitution; Art. 17 of the Finnish Constitution; Art. 44 of the Slovak Constitution.

⁷ There is abundant literature on the taxation of non-profit organizations. See among others, IFA, *Cahiers de Droit Fiscal International*, 53rd Congress of IFA, (Kluwer, 1999); BATER, P. et al., *The Tax Treatment of NGOs*, (Kluwer, 2004); KOELE, I.A., *International Taxation of Philanthropy*, IBFD, 2007; BOWLER-SMITH, M. et al. (eds.), *Taxation of charities: EATLP Annual Congress Rotterdam 31 May - 2 June 2012*, IBFD, 2015.

⁸ See HEMELS, S, “Tax Incentives as a Creative Industries Policy Instrument”, in HEMELS, S. & GOTO, K. (ed.), *Tax Incentives for the Creative Industries*, Springer, 2017, p. 39.

⁹ In Europe, Hungary, Cyprus, Netherlands, Ireland, Latvia, Malta and Poland provide for full exemption regimes, See HEIDENBAUER, S., *Chariting Crossing Borders*, Kluwer, 2011, p. 12.

¹⁰ GLIKSBERG, D., “General Report”, *IFA Cahiers de Droit Fiscal International*, supra note 7, p. 38.

profit organizations with the former legal structure, the Catholic Church, etc.)¹¹. Not only donations, fees from the members and subsidies are exempted, but also income derived from the economic exploitation of cultural heritage assets provided that they are open to the public and comply with the substantive regulation of this kind of cultural asset¹². However, two serious concerns arise regarding this restrictive partial exemption in Corporate Income Tax¹³:

- First, the scope is limited to cultural assets according to the regulation of the Historic Heritage of the State and the Regions, which also comply with the substantive regulations regarding the public exposure of the assets. The State, and in Spain, also the Regions, decide the tangible and intangible cultural heritage that deserve protection and therefore can be the recipients of tax benefits. Non-listed assets are not covered and thus deprived of tax incentives. Intangible cultural assets are more difficult to be recognized and thus included in the list, since the criteria could be more diffuse than those applied to tangible goods¹⁴. As an example, in 2019, the Spanish Government declared the manual ringing of bells and the esparto culture as “Representative Manifestations of the Intangible”. The criteria to do so are definitely more subjective than the recognition of a castle from the XVI century, for example. The recourse to a closed list of tangible and intangible cultural heritage renders extremely difficult to protect cultural heritage in countries like Spain or Italy with a huge heritage, without cannot be simply reduced to a closed list of items.
- Second, since Law 49/2002 taxes economic activity beyond the social purpose, it carves out from the exemption benefits which are obtained from economic activities out of the social purpose, but are addressed to funding the non-profit activities. For example, in the author’s view, it would be taxed the income derived from renting an old castle listed under the Historic Cultural Heritage Catalogue for private celebrations/parties, although the proceeds are spent to make some urgent renovation works of the castle. Only the income derived from the tourist’s visits would be exempted. The partial exemption regime has a quite narrow scope and leaving aside economic activities beyond the social purpose – restrictively interpreted - may jeopardize the final goal that is the preservation and conservation of the cultural heritage.

With regard to the tax treatment of the sponsors, in the majority of countries, the donors (individuals, entrepreneurs, companies, etc.), who economically support activities of preservation and conservation of culture heritage goods by making donations, enjoy tax

¹¹ See art. 3 of the Spanish Law 49/2002 on the substance, i.e. 70% of the income shall target cultural activities and formal requirements to be granted the special tax regime.

¹² See art. 7 (4) of the Spanish Law 49/2002.

¹³ On a critical view of this regulation, see BÁEZ, A. & PEDREIRA, J., “Spain”, in *Taxation of charities: EATLP Annual Congress Rotterdam 31 May - 2 June 2012*, supra note 7, pp. 511 – 540.

¹⁴ In Spain, recently, Law 10/2015, 26 May granted protection to the intangible cultural heritage and laid down the procedure to include this intangible cultural heritage within the list of protected goods (“Representative Manifestations of the Intangible cultural heritage”).

deductions in their Individual/Corporate Income Tax. In Spain, the tax credit applied to such donations is restricted to the non-profitable organizations and certain public entities. In Italy, the *art bonus* regime grants a 65% tax credit to individuals, non-profit organizations and companies making charitable donations in support of the restoration and maintenance of public cultural goods (for example, monuments, historical buildings, works of art, etc.), public cultural institutions (for example, museums, libraries, archives, archaeological areas, parks), etc.¹⁵. The financial sponsorship is really relevant in some countries like in USA, wherein 38% of budget from museums comes from donors in the private sector (individuals, charities and corporations), and only 24% from direct government support¹⁶. In terms of tax benefits: “a total of 80% of high-income countries offer incentives to both corporate and individuals donors. Twenty-eight countries (16%) offer tax incentives to corporate donors but not to individual donors”¹⁷.

Taking the example of Spain, law 49/2002 opts for a tax credit for any kind of donation made in favor of the entities listed in this law. In the literature, some authors argue that it would be convenient to grant a different treatment based on the aim pursued by the donor¹⁸. As such, donations aiming to benefit the economic activities of the donor (“marketing purposes”) should be distinguished from pure philanthropic donations. In the author’s view, due to the difficulties to prove the intention of the donor, the regime is unlikely to be implemented in practice.

Law 49/2002 draws a distinction between a donor who is a natural person and a resident company. For natural persons, the art. 19 Law 49/2002 does not allow for a carry-forward in case the credit cannot be used. Conversely for resident companies, a carry-forward of 10 years for the tax credit is provided¹⁹. Instead of tax credits, in some countries like Germany, donations are deductible from the taxpayer’s tax base at an amount up to 20% of total income²⁰.

¹⁵ On a detailed analysis of this tax credit, see MUCCIARIELLO, A., “Art bonus e crowdfunding”, in CORDEIRO GUERRA, R., PACE, A. VERRIGNI, C. and VIOTTO, A. (eds), *Finanza pubblica e misure tributarie per il patrimonio culturale. Prime riflessioni*, Giappichelli, 2019, pp. 265 – 280; MASTELLONE, P., *supra* note 3, Section 3.4.1.

¹⁶ HEMELS, S., “Tax Incentives for Museums and Cultural Heritage”, HEMELS, S. & GOTO, K. (ed.), *Tax Incentives for the Creative Industries*, Springer, 2017, p.109.

¹⁷ HEMELS, S., *supra* note 16, p. 110.

¹⁸ On this view, see SUÁREZ-INCLÁN, M.R., “Financial Regulations and Tax Incentives with the Aim to Stimulate the Protection and Preservation of cultural Heritage”, in B. HOFFMAN (ed), *Art and Cultural Heritage: law, policy and practice*, Cambridge Univ. Press, 2006, p. 459.

¹⁹ On the potential discriminatory treatment, see BÁEZ, A. & PEDREIRA, J., *supra* note 13, p. 529.

²⁰ JOCHUM, H. & LAMPERT, S., “Germany”, in *Taxation of charities: EATLP Annual Congress Rotterdam 31 May - 2 June 2012*, p. 298.

2.2. Tax incentives on private owner of cultural heritage sites

Many cultural heritage assets/sites are privately owned (i.e., 44% of buildings in UK, 35% for listed buildings in France)²¹. For the Council of Europe (2003) 65% of cultural heritage sites and buildings in Europe are under private property rights²². The conflicts between private owners and the need to preserve the public interest are indeed quite frequent. In the words of the Council of Europe (2005), “The relevant question for this report is how to ensure that cultural property is properly maintained. On the one hand there is need for assessment of the cultural or historical importance of the property (for example by listing or inventory). Owners can be expected to take reasonable measures to maintain and protect significant property. On the other hand the rights of property ownership should be respected (including the commercial exploitation of a property as hotel or guest house). A balance must be found, but one which ensures that the cultural heritage is protected”.

The majority of countries encourage protection of the cultural heritage by granting wide tax breaks, tax relief, tax aids, tax rebates, generally dubbed tax incentives²³. These tax incentives target private owners of these cultural heritage sites. In these countries, this system of tax incentives is also connected to a classification of buildings that have a cultural and historic interest. Listing a building as an historic monument precludes the owner to alter the property and introduce strong constraints on the legal ownership. Consequently, the States must compensate the owners by granting them abundant tax rebates: deductions on conservations expenses, exemptions in local wealth and capital gain taxes, favorable treatment in Inheritance tax, reduced VAT on construction and repair works on historical buildings²⁴, etc.

Striking a proper balance between the citizens’ right to get a full enjoyment of public cultural goods and opening the floodgates for private actors is not easy. In other words, “two sources of tensions may emerge: between protection and openness, and between the scope of private property and the recognition that the property of a listed building is de facto shared between the

²¹ BENHAMOU, F., “Who owns cultural goods? The case of built heritage”, in GINSBURGH, V.A. (ed), *Economics of Art and Culture*, Elsevier, 2003, pp. 187 – 202. Also available at: <ftp://mse.univ-paris1.fr/pub/mse/cahiers2003/R03102.pdf>. See also THE COUNCIL OF EUROPE, *The private management of cultural property*, 24 October 2005, Report 10731, available at: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=11062&lang=en>.

²² THE COUNCIL OF EUROPE, *Tax incentives for cultural Heritage Conservation*, 13 November 2003, Report 9913, available at: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10311&lang=en>

²³ On the definition of tax incentives, see HEMELS, S., *supra* note 8, p. 35.

²⁴ On VAT, several countries (Belgium, France, Ireland and Italy) apply lower VAT rates on dwelling renovation and repair works than those rates tend to apply to new constructions. In other Member States, repair works on historical buildings are charged at a lower VAT rates. See REVELLI, F., “Tax Incentives for Cultural Heritage Conservation”, in RIZZO, I. & MIGNOSA, A. (eds), *Handbook on the Economics of Cultural Heritage*, Elgar, 2013, p. 137.

private owner and the collectivity”²⁵. Whereas in Greece and Spain, the private owners of these private cultural assets suffer strict legal limitations on their rights to enjoy their assets, in the Anglo-Saxons countries, entrepreneurial solutions are mostly encouraged so the scope of the owner’s right to property are not curtailed in excess. Although private sector must collaborate to guarantee the cultural heritage protection, the model of cooperation cannot neglect that public intervention is always necessary to enable the peoples to access the national cultural heritage²⁶. In the next sub-sections, based on HEMELS’s wide range classification of this kind of tax incentives²⁷, this author briefly describes its main features.

2.2.A. Tax allowances

Allowances are deductions from the tax base in Income and Wealth Taxes: “the owner may deduct specified expenditures on conservation or restoration from income, reducing effective taxable income”²⁸. As REVELLI notices, in most countries, “expenditures are deductible up to a limit, and depending on whether the building is owner-occupied or rented, and it is open or not to the public”²⁹. In Netherlands, for example, individuals owning a registered building of historical interest could deduct 80% of certain maintenance and restoration costs from their taxable income³⁰.

2.2.B. Tax credits

Some countries opt for a tax credit, which does not reduce the tax base, but entitles the owner to deduct a fixed percentage of those expenditures incurred in the restoration or conservation of the historical building. In Europe these deductions usually go between 15%-20% of the expenditure incurred in the reparation.

In Spain, for instance, art. 68.5 LIRPF states a 15% deduction (limited to 10% of the tax quota) on the expenses incurred by the taxpayer on the acquisition, restoration and conservation on

²⁵ BENHAMOU, F., “Public Intervention for Cultural Heritage: normative issues and tools”, in RIZZO, I. & MIGNOSA, A., *Handbook on the Economics of Cultural Heritage*, Elgar, 2013, p. 6.

²⁶ HOLLER, M.J. & I. MAZZA, I., “Cultural heritage: public decision-making and implementation”, p. 31; KLAMER, A., MIGNOSA, A. & PETROVA, L., *Cultural Heritage policies: a comparative perspective*, p. 41. In the field of Cultural Economics, the intervention of the public sector is necessary to solve positive externalities (market failures whenever the actions of a party make another party worse or better off). This occurs when the owner of a historical monument has to bear with the costs of its maintenance although the collectivity benefit from its restoration. Although externalities could justify public interventions, not all government interventions can be rationalized on the basis of economic theory. See on the concept of externalities, GOTO, K., “Why do Governments Financially Support the Creative Industry”, in HEMELS, S. & GOTO, K. (ed.), *Tax Incentives for the Creative Industry*, Springer, 2017, p. 25.

²⁷ HEMELS, S., *supra* note 8, p. 39.

²⁸ REVELLI, F., *supra* note 24, p. 136.

²⁹ REVELLI, F., *supra* note 24, p. 137.

³⁰ HEMELS, S., *supra* note 16, p. 131.

cultural heritage assets which are listed either at UNESCO or at national level or at regional level. For entities subject to corporate income tax, this deduction was repealed in 2014. The fact that the deduction only applies to cultural assets listed in three above-mentioned list excludes cultural heritage goods included in local lists elaborated by city councils³¹. This deduction applies to the acquisition of cultural heritage goods abroad, provided that the taxpayer keeps the goods at his disposal in Spain for at least 4 years.

2.2.C. Exemptions in wealth, capital gain, inheritance and property taxes

Some countries introduce tax exemptions in property, wealth and capital gain taxes if the monuments are listed: “in most European countries – including Denmark, Germany, Italy, Spain and the UK – Historical properties are either exempt altogether or very lightly burdened by local property taxes, irrespective of investment conservation”³².

Art. 4 of the Spanish Wealth Tax grants an exemption for cultural heritage assets listed either at national or regional level. Likewise, in Spain, art. 62.2 b) of the Consolidated Law regulating Local Finances for properties expressly grants an exemption on the real estate tax (“IBI”) for particular assets listed. As Casas Agudo argued, the fact that the exemption applied to a particular type of listed cultural assets yielded inconsistencies and casuistic disputes continuously arising at Spanish courts and tribunals³³. The Law 16/2012 introduced new paragraphs in art. 74 of the Consolidated Law regulating Local Finances to grant tax rebates to cultural heritage goods which are not covered by 62.2 b) provided that the city halls approve them in their local norms (‘Ordenanzas Locales’).

In relation to Inheritance tax, countries like UK, France, the Netherlands, Ireland, Italy, Belgium and Spain have introduced an option to pay inheritance tax by transferring such cultural heritage to the State (“acceptance in lieu of tax”). Consequently, this incentive prevents the heirs to sell the cultural heritage before the owner dies.

2.3. Tourist taxes

There is a clear bond between heritage and tourism industry. Mass tourism is becoming unfortunately more frequent in our European cities, leading to destructive impacts on our societies, culture and environment. The existing literature is aware of the need to design a more sustainable mass tourism³⁴. Tourists benefit from public goods at zero-cost and in compensation

³¹ See Spanish Tax General Directorate, Ruling on 21.02.2012.

³² REVELLI, F., *supra* note 24, p. 136.

³³ See further analysis, including case law by Spanish courts, in CASAS AGUDO, D., “Patrimonio histórico y extrafiscalidad en el ámbito de la Hacienda Municipal”, *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 172/2016.

³⁴ On the need to build up a sustainable to prevent the risks associated to mass tourism, see for example PEETERS, P. “A clear path towards sustainable mass tourism? Rejoinder to the paper ‘Organic, incremental and induced

the economic returns from tourism are indirect (tourism support services)³⁵. To prevent that mass tourism could spoil and damage our cultural heritage, tourist taxes are enacted. In a certain way, they constitute the direct economic return from the tourists' enjoyment of free public goods. Introducing tourist taxes poses a difficult equilibrium between the need to preserve our cultural heritage from harmful effects of mass tourism, and the need to foster the local economies³⁶. Tourist taxes should be proportional because higher tourist taxes would make the tourists simply find a cheaper destination³⁷.

The IBFD Glossary defines tourist taxes as: "Taxation of tourists is generally restricted to a service charge or airport tax levied when the tourist leaves the country by air, but indirect taxation in the form of a room tax or a hotel and restaurant tax may be applied to the class of hotels and restaurants commonly used by tourists so that the tax falls mainly on them"³⁸. Tourist taxes are generally passed on consumers. Perhaps, it is not always easy to monitor the extra-fiscal purpose of these tourist taxes to preserve the historical sites. For instance, in April 2017, Malaysia passed the Tourism Tax bill, which will be imposed and levied on tourists staying at any accommodation made available by any operator³⁹. In Spain, Cataluña and Islas Baleares have passed tourist taxes destined to finance the tourism sector ("Fondo para el Fomento del Turismo") without express mention to the cultural heritage. Conversely, In Italy, the proceeds obtained from the tourist taxes ("Imposta di soggiorno") are clearly destined to fund the conservation and preservation of cultural heritage⁴⁰.

2.4. An unsatisfactory statist dimension to protect our cultural heritage

The statist dimension on the tax benefits on private sponsorship may raise the following criticisms. First, the State singles out the recipients of the favorable tax regime, namely listed entities in the law (i.e. foundations, associations), as Spanish law 49/2002 did. Second, the partial exemption regime, which is the most common regime applied to these non-for-profit

paths to sustainable mass tourism convergence' by David B. WEAVER", *Tourism Management*, vol. 33, n.º 5, 2012, pp. 1038 – 1041; WEAVER, D.B., 'Organic, incremental and induced paths to sustainable mass tourism convergence', *Tourism Management*, vol. 33, n.º 5, 2012, pp. 1030 – 1037

³⁵ ASHWORTH, G., "Heritage and Local Development: a reluctant relationship", in RIZZO, I. & MIGNOSA, A. (eds), *Handbook on the Economics of Cultural Heritage*, supra note 2, p. 380.

³⁶ BONET, L., "Heritage Tourism", in *Handbook on the Economics of Cultural Heritage*, supra note 2, p. 393.

³⁷ Studies conducted in Balearic Islands concluded that one euro/tourist tax per day on non-resident tourists would yield a decrease on the demand (117,113 fewer German, British, French and Dutch tourists). See AGUILÓ, E., RIERA, A., ROSSELL, J. "The short-term price effect of a tourist tax through a dynamic demand model. The case of the Balearic Islands", *Tourism Management*, vol. 26, n.º 3, 2005, pp. 359 – 365

³⁸ See IBFD Glossary, online.

³⁹ See IBFD news, https://online.ibfd.org/kbase/#topic=doc&url=/data/tns/docs/html/tns_2017-04-07_my_1.html&WT.z_nav=Navigation.

⁴⁰ On further criticisms to tourist taxes in Italy, see BERETTA, G., "L'imposta di soggiorno: amnesie legislative ed esigenze di riforma", *Università Cattaneo working papers*, n.º 3, 2017.

entities is not satisfactory on the grounds that: (i) only income derived from the exploitation of cultural heritage sites listed by the State/regional governments/city council is covered, leaving aside non-listed assets; (ii) the partial exemption regime does not apply to income arising for commercial activities addressed to the renovation of the cultural site.

In relation to the tax sponsorship regime (i.e. tax credits) applicable to the donors, the potential relationship between the State and private entrepreneurs is not deprived from ethical issues. There is always a risk that private donors, especially corporations, use the donations given in their own commercial benefit and economic exploitation (“marketing/branding of the cultural sites”). In Italy, the restoration of Rome’s Colosseum by Della Valle, which included an agreement to exploit the image of Colosseum for several years sparked controversy⁴¹. Likewise, the State rules define what is a cultural site/cultural institution that deserved to be subsidized under the tax credit regime.

With regard to the tax incentives on private owners, the system of listing protected buildings yields to: weigh for public finances, low participation of the citizens on the selection of buildings to be protected (public authorities take the decision), beneficial to a small population (owners of the protected buildings). France restricts itself the number of new building protections per year to avoid excessive burdens on public expenditure⁴². The fairness of the tax system can be jeopardized since tax incentives may infringe the ability to pay principle and are subject to pressures from lobbying groups that make them almost impossible to abolish them (inalienable rights for high income groups who are the owners of these historical buildings)⁴³.

In Spain, the 2008-2010 economic crisis triggered the need to increase the collection of local property tax (“IBI”). However, pursuant to Law 16/2012, cultural heritage real estate, which was directly affected to carry out economic activities, was carved out from the IBI exemption. This new amendment requested by the Spanish Federation of Cities targeted hotels such as Palace or Ritz in Madrid⁴⁴. This example shows that tax incentives allocated to the private owners infringe the constitutional ability to pay principle. Inasmuch as these buildings are only enjoyed by few people, there is no reason to keep a general exemption on the property tax. Likewise, the system of listing does not ensure that the buildings are well preserved due to the high costs of rehabilitation and conservation.

⁴¹ On the drawbacks of private sponsorship contracts in Italy, see for VENTURA, C., CASSALIA, G. & DELLA SPINA, L., “New models of Public-private Partnership in Cultural Heritage sector: Sponsorships between models and traps”, *Procedia Social and Behavioral Science*, vol. 223, 2016, pp. 257 – 264.

⁴² BENHAMOU, F., *supra* note 25, p. 10.

⁴³ HEMELS, S., *supra* note 8, p. 43.

⁴⁴ CASAS AGUDO, D., *supra* note 33.

Taking as a reference the Spanish situation, the depicted landscape is not very promising. In a nutshell, the State first channels the private engagement in our cultural heritage through non-profit entities listed in a law (i.e. law 49/2002), second lists the assets that deserves protection and third gives tax breaks to the private owners of cultural assets. And, as a cherry on the top of the cake, tourist taxes, which aim to compensate the harmful effects of mass tourism in our cities, are not always earmarked to preserve our cultural heritage.

3. COVID-19 AS THE BASIS FOR A COMMUNITY-BASED APPROACH: TAX MEASURES FOR CULTURAL HERITAGE COOPERATIVES

From a tax policy perspective, once the pandemic passes away, the literature⁴⁵ stresses that the recovery from high public debt levels and the enhancement of our public infrastructures (i.e. public health systems) would be linked to the creation of new taxes (i.e. carbon taxes, excess profit tax or windfall tax⁴⁶), increasing tax rates, or narrowing the tax gap. These long-term tax recipes seem inevitable to foster economic recovery and guarantee the resilience of our welfare states seriously hit after a decade of austerity measures and budget stringency.

Apart from these measures, this author would argue that COVID-19 becomes a trigger to foster a community-based approach to taxation. In this sense, BIZIOLI and BERETTA strongly defend the creation of a New Tax Policy Deal, in which individuals and businesses are more accountable for the maintenance of public goods (art monuments, environment, education and health)⁴⁷. Such new Tax Deal based on an idea of solidarity is missing in the current fiscal and tax policy measures enacted in Italy and other countries⁴⁸.

This author completely agrees with the need for a New Deal in taxation as suggested by Bizioli and BERETTA. Such idea of solidarity and belonging to a strong community has been reinforced during the pandemic under the collective need to “flatten the curve” and the compliance with the social distancing measures to protect high segment of population at risk. Such extraordinary solidarity actions handled by the citizens during COVID-19 times have been

⁴⁵ VAN WEEGHEL, S., “COVID-19 and Beyond”, *Intertax*, vol. 48, n.º 8/9, 2020, p. 735; VAN DENDER, K., O'REILLY, P., & PERRET, S., “COVID-19 and Fiscal Policies: Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience”, *Intertax*, vol. 48, n.º 8/9, 2020, pp. 736 – 742.

⁴⁶ In US, an excess profit tax on corporations that benefit from the pandemic could be enacted. See AVI-YONAH, R., “COVID-19 and US Tax Policy: What Needs to Change?”, *Intertax*, vol. 48, n.º 8/9, 2020, pp. 790 – 793; On potential windfall taxes on companies which benefited from the pandemic, see COLLIER, R., PIRLOT, A., VELLA, J., “COVID-19 and Fiscal Policies: Tax Policy and the COVID-19 Crisis”, *Intertax*, vol. 48, n.º 8/9, 2020, pp. 794 – 804.

⁴⁷ BIZIOLI, G. & BERETTA, G., “Italy’s Tax and Fiscal Policy Measures at the Time of the COVID-19 Crisis: ‘Tax Peanuts’ Without a New Deal”, *Intertax*, vol. 48, n.º 8/9, 2020, pp. 761 – 768.

⁴⁸ BIZIOLI, G. & BERETTA, G., *supra* note 47, p. 767 – 768.

documented in the works of several sociologists⁴⁹. In his latest essay, Žižek also labeled these actions as a new sort of “*communism*” based on trust in the people⁵⁰. The fact that the communities of citizens are uniting thanks to COVID-19 should be decisive to re-design tax policy under this new lens. Since the preservation of the cultural heritage traditionally respond to Statist approach, which leads to substantial shortcomings as presented in Section 2, why not creating an ad-hoc tax regime for communities in charge of preserving cultural heritage?

Real community engagement in preserving cultural heritage is not new. In 2015, International Centre for the Study of the Preservation and Restoration of Cultural Property (ICCROM) published a report to foster a people-centred approach to cultural heritage⁵¹. A people-centred approach requires to engage communities in the process of making conservation and management decisions for themselves and their heritage. In other words, an active role of the citizens as holders of cultural rights is needed, rather than a passive constitutional mandate to the public authorities to preserve cultural heritage.

The community approach to cultural heritage has gained strong support, not only within the specialized literature in the field but also in the work of United Nations through programs like “The Community Management of Protected Areas Conservation” (COMPACT)⁵². Such programs articulate eco-friendly and sustainable economic exploitation of cultural sites by the local communities. Such community-centred approach rejects the premise that cultural heritage must be listed in order to be preserved. The community itself must decide which spaces, traditions and goods deserve protection and therefore exploit them on a sustainable way. A recent project called *Open Heritage*, funded by the European Union’s Horizon 2020, is evaluating 6 cooperatives of citizens (“cultural heritage Cooperative labs”) to preserve cultural sites over Europe⁵³.

Strikingly, this community-run heritage projects are devoid of an ad-hoc legal and tax regime. This is perhaps one of the most serious handicaps of the current regulation which put the stress on non-profit sector and the sponsorship, and therefore neglects that the local communities must

⁴⁹ SITRIN, M. (ed), *Pandemic Solidarity Mutual Aid during the Covid-19 Crisis*, Pluto Press, 2020.

⁵⁰ ŽIŽEK, S., *Pandemic!: COVID-19 Shakes the World*, OR Book, 2020. On a short overview of the philosophical debate on COVID, see PETERS, M.A., “Philosophy and Pandemic in the Postdigital Era: Foucault, Agamben, Žižek”, *Postdigital Science and Education*, vol. 2, n.º 3, 2020, pp. 556 – 561.

⁵¹ ICCROM, “People-Centred Approaches to the Conservation of Cultural Heritage: Living Heritage” (2015). Available at https://www.iccrom.org/sites/default/files/PCA_Annexe-2.pdf.

⁵² BROWN, J. & HAY-EDIE, T., *Engaging Local Communities in the Stewardship of World Heritage*, UNESCO, 2014; CHEN, W., HUA, J., “Citizens' distrust of government and their protest responses in a contingent valuation study of urban heritage trees in Guangzhou (China)”, *Journal of Environmental Management*, n.º 155, 2015, pp. 40 – 48; LI, J., KRISHNAMURTHY, S., RODERS, A.P., VAN WESEMAELA, P., “Community participation in cultural heritage management: A systematic literature review comparing Chinese and international practices”, *Cities*, vol. 96, 2020, pp. 1 – 9.

⁵³ See further information in <https://openheritage.eu/oh-project/>.

play an important role in preserving our cultural heritage. In the author's view, a proper legal and tax regime to activate local communities and enroll them into the redevelopment of heritage sites should be created from scratch. To borrow the term from the project Open Heritage, cultural heritage cooperatives ("CHC") could be a suitable legal form to articulate such a regime. Indeed, cultural cooperatives may exist in many countries within the favorable regime of cooperative corporations. However, in the author's view, there is a need to link cooperatives with the preservation and sustainable economic exploitation of cultural heritage.

The detailed legal and tax design of the CHC exceeds from the goal of this contribution. However, based on the existing experience in relation to cooperative corporations in EU Member States, few tax guidelines could be sketched:

- Strict rules on the requirements to constitute CHCs, which must exclusively lie in local residents.
- Exemption from transfer and stamp tax in the constitution of CHCs.
- Reduced corporate tax rate (i.e. 5-10%). As stated in this chapter, the partial exemption regime laid down in many Member States for non-for-profit entities is quite restrictive and does not cover economic activities out of the social object, but addressed to funding the non-profit activities.
- Full relief on local property taxes and surcharges derived from the exploitation of the cultural assets.
- Duty to re-invest a percentage of the profits either in the activity itself or in the preservation of the cultural site.

In the author's view, the principles leading the cooperative movement⁵⁴ seem to be quite suitable to preserve cultural heritage from a people-centred approach. The previous tax guidelines to set up a specific regime of CHCs aim to kick off the debate.

4. A NEW INTERPRETATION OF "INCENTIVE MEASURES" UNDER ART. 167 (5) TFEU

In this section, this author discusses whether a specific regime of CHCs could be desirable to be fostered at the EU level, thereby answering the question on the EU competence to introduce such a proposal. Pursuant to art. 6 TFEU, the competence in culture is shared between the Union and the Member States. The role of the EU would be limited to support, coordinate and

⁵⁴ In this regard, see the principles of the International Cooperative Alliance in <https://www.ica.coop/en/cooperatives/history-cooperative-movement>.

supplement the actions of the Member States. Although art. 22 of the Charter of Fundamental Rights states that the Union shall respect cultural diversity, the provisions of the Charter shall not extend in any way the competences of the Union as defined in the Treaties (art. 6 TEU).

Since culture is a shared-competence, art. 167 (2) TFEU affirms that the action of the Union “shall be aimed at encouraging cooperation between Member States and, if necessary, supporting and supplementing their action in the following areas: [...] conservation and safeguarding of cultural heritage of European significance”. In case the Union decides to intervene in this area of culture, the requirements of the principle of subsidiarity and proportionality have to be met (art. 5 (3) and 5 (4) TEU). The core competence to preserve of cultural heritage falls within the scope of the Member States. As such, art. 167 (5) TFEU prohibits any harmonization of the laws of the Member States in this field: “the European Parliament and the Council acting in accordance with the ordinary legislative procedure and after consulting the Committee of the Regions, shall adopt incentive measures, excluding any harmonization of the laws and regulations of the Member States”⁵⁵. In cultural heritage, the Directive 2014/60 on the return of cultural objects which have been unlawfully removed from the territory of a Member State was adopted on the basis of art. 114 TFEU, since it affected the free movement of goods in art. 36 TFEU, and excluded any reference to art. 167 TFEU⁵⁶.

Discarding any approximation of the laws in cultural heritage, the action of the Union would likely fall under the categories of “incentive measures”. In terms of taxation and cultural heritage, the Union has simply encouraged the Member States to introduce fiscal incentives in relation to restoration, preservation and conservation work, such as reductions in VAT or other taxes⁵⁷.

The enactment a potential directive containing the tax regime of CHCs cannot be framed under art.s 114 and 115 TFEU due to the prohibition enshrined in art. 167 (5) TFEU. Moreover, art. 115 TFEU, despite its broad scope⁵⁸, requires that there is an obstruction to the fundamental

⁵⁵ See for instance on art. 167 TFEU (ex art. 151 EC), see CRAUFURD, R., “Art. 151 EC and European Identity”, in CRAUFURD, R. *Culture and European Union Law*, Oxford University Press, 2004, pp. 278 – 297.

⁵⁶ Directive 2014/60/EU, of 15 May 2014 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State and amending Regulation (EU) No 1024/2012 (Recast).

⁵⁷ See Report of the European Parliament of 24.6.2015, *Towards an integrated approach to cultural heritage for Europe* (2014/2149(INI)). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0207_EN.html.

⁵⁸ See Opinion of A.G KOKOTT delivered on 28 January 2016, in Case C-122/15, C, ECLI:EU:C:2016:391, at paragraph 52: “There is hardly any restriction, from the point of view of substance, on the competence enjoyed by the Community or the European Union under that provision. The number of areas of law capable of directly affecting the internal market is incalculably large. Moreover, the determination of whether or not such an effect is present will to a large extent fall within the discretion of the legislature alone. At a procedural level, however, the substantive scope of the competence in matters affecting the internal market as provided for in Art. 94 EC is limited by the requirement of unanimity within the Council”.

freedoms or significant distortions of competition⁵⁹. Such direct tax regime applicable CHCs is hardly connected with a genuine improvement of the conditions for the establishment and functioning of the internal market. Rather than preventing obstructions, tax regime of CHCs incentivizes a people-centred approach to cultural heritage. To date, in tax matters, there is no foreseen legislative action in cultural heritage⁶⁰.

The issue is whether a tax regime would fall under “incentive measures” in art. 167 (5) TFEU, bearing in mind first that the competence in the field of direct taxation first lies on the Member States and second, it requires that the principles of subsidiarity and proportionality are met. Pursuant to art. 5 of Protocol (No 2) on the application of the principles of subsidiarity and proportionality, the Union shall give enough reasons why the proposed action can be better achieved at the Union Level by qualitative and quantitative indicators. Such principles, which guide the legislative action of the European Union in case of shared competences, are also subject to judicial review by the CJEU. There is no much explanation in Protocol 2 on the specific criteria, which are broadly left to the impact assessment performed by the Commission⁶¹. The Protocol (No 2) enhanced the role of the national parliaments in monitoring the compliance of the principles of subsidiarity and proportionality under a strict control mechanism laid down in art. 7 of the Protocol.

Turning to the focus of this sub-section, does the regulation of a tax regime within a potential CHCs at EU level falls under the category of “incentive measure” in art. 167 (5) TFEU? And second, would it comply with the principles of subsidiarity and proportionality? On first sight, the likelihood of an affirmative answer to both questions is quite reduced since the Member States are still competent in direct taxation and, in relation to the subsidiarity principle, the outcome could be better achieved at the national level. The Member States are indeed close to the culture heritage that they want to preserve.

However, this author wishes to soften the previous argument under two premises. First, the principles of subsidiarity and proportionality confer the EU a broad discretion to select the legislative actions to be pursued. Second, a tax regime of CHCs could be included within the wording of “*adopt incentive measures*” in art. 167 (5) TFEU under a new re-interpretation brought upon COVID-19 times.

- In the case law of the CJEU monitoring subsidiarity pre-Lisbon Treaty, the literature stressed the minimalist approach followed by the Court, which was quite hesitant to interfere with the

⁵⁹ KOFLER, G., “EU power to tax: Competences in the area of direct taxation”, in HJI PANAYI, C. (ed), *Research Handbook on European Union Taxation Law*, Elgar, 2020, p. 20.

⁶⁰ See 5 June 2020, the ECOFIN Report to the European Council on current Tax Issues. Available at <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8450-2020-INIT/en/pdf>.

⁶¹ KOFLER, G., *supra* note 59, p. 30.

margin of discretion of the EU legislative institutions⁶². In a post-Lisbon scenario, the new monitoring framework of subsidiarity and proportionality presents a fruitful dialogue between national parliaments and EU institutions, in which the Commission still is bestowed with such broad discretion⁶³. The Court has also endorsed the broad discretion of the EU legislative power within the subsidiarity analysis, in “areas in which its action involves political, economic and social choices and in which it is called upon to undertake complex assessments and evaluations”⁶⁴. These two premises are still weak and likely to be defeated by the exclusive competence of the Member States in the area of direct taxation.

- In public health, art. 168 (5) TFEU limits the competence of the Union in this domain to “incentive measures”, and excludes the possibility for the EU to adopt public health harmonizing measures. Both art.s, 167 (5) and 168 (5) are drafted in a similar fashion. In the need for a Union action in the current pandemic, Alberto Alemanno suggests a new interpretation of “incentive measures” under art. 168 (5) TFEU to implement all the current soft law recommendations of COVID: “*Incentive measures would emerge as a novel tertium genus falling in between existing coordination public health measures and prohibited harmonization public health measures*”⁶⁵. Such *tertium genus* (incentive measures) would enable the EU to step in a competence reserved to the Member States and circumvent the prohibition of harmonization.

Whilst the COVID-19 pandemic pleads for a coordinated Union action to protect the health of all the Europeans, a community-based approach to protect our cultural heritage is also required in dearth of public expenditure. A tax regime on CHCs is a suitable mechanism to be framed under the “incentive measures” in art. 167 (5) TFEU. The subsidiarity principle and the fact that Member States are competent in direct tax matters cannot jeopardize the goal that the peoples decide what and how must be preserved. The competences between the Union and the Member States must respond to the principle of sincere cooperation. As the Editorial Comments of the Common Market Law Review point out: “With subsidiarity comes responsibility. If it becomes an excuse for inaction and/or selfishness, more capabilities should be envisaged at EU

⁶² On the analysis of the case law of the CJEU pre-Lisbon Treaty, see BIONDI, A., ‘Subsidiarity in the Courtroom’, in BIONDI, A., EECKHOUT, P. and RIPLEY, S., *EU Law after Lisbon*, Oxford Univ. Press, 2012, pp. 214-227.

⁶³ European Commission’s Annual Report for 2019 on the application of the subsidiarity and proportionality principle, available at <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/com-2020-272-en.pdf>.

⁶⁴ Case C-482/17, *Czech Republic v European Parliament and Council of the European Union*, ECLI:EU:C:2019:1035, at paragraph 77; Case C 58/08, *Vodafone and Others*, EU:C:2010:321, paragraph 52. On a more narrow view of the role of the national parliaments within the subsidiarity analysis, see GRANAT, K., *The Principle of Subsidiarity and its Enforcement in the EU Legal Order: The Role of National Parliaments in the Early Warning System*, Hart Publishing, 2018.

⁶⁵ See also ALEMANN, A., “Testing the Limits of EU Health Emergency Power”, *VerfBlog*, Saturday 18 Apr 2020. Available at <https://verfassungsblog.de/testing-the-limits-of-eu-health-emergency-power/>.

level, at least if there is still an understanding among Member States that the objectives of the Union are worth pursuing⁶⁶.

In the post-COVID landscape, the power of the Union to legislate would definitely be stretched under the implied powers doctrine (art. 352 TFEU) in the absence of national policy protecting cultural heritage

5. CONCLUSIONS

In times of budget stringency, innovative solutions to engage local communities in preserving cultural heritage are needed. COVID-19 becomes an opportunity to enforce such tax policies. In the pandemic, public authorities have been completely overwhelmed by actions taken exclusively at the community level. The current tax measures for the protection of cultural heritage are not fully satisfactory and only few stakeholders benefit from them. Taking the Spanish case, for example, it seems that the private engagement to preserve cultural heritage lies on the non-profit sector and the sponsorship. Real community engagement in preserving cultural heritage, as promoted by UNESCO, does not have a proper specific tax regime.

Under the framework of a New Deal in taxation upon COVID-19, as suggested by Bizioli and BERETTA, it is time to re-design tax policies that stresses the role of the communities. Cultural heritage cannot simply be narrowed down to a mandate public authorities to preserve it, but as the right of the community to fully select, enjoy and preserve our cultural heritage. CHC could be a suitable tax regime to foster such bottom-up approach. Finally, this contribution has supported a broad and innovative interpretation of “incentive measures” laid down in art. 167 (5) TFEU in order to facilitate a legislative action of the Union in this matter.

6. BIBLIOGRAPHY

AGUILÓ, E., RIERA, A., ROSSELL, J., “The short-term price effect of a tourist tax through a dynamic demand model. The case of the Balearic Islands”, *Tourism Management*, vol. 26, núm 3., 2005, pp. 359 – 365.

ALEMANN, A., “Testing the Limits of EU Health Emergency Power”, *VerfBlog*, Saturday 18 Apr 2020. Available at <https://verfassungsblog.de/testing-the-limits-of-eu-health-emergency-power/>.

⁶⁶ In this regard, see Editorial Comments, “Disease and recovery in (COVID-afflicted) Europe”, *Common Market Law Review*, vol. 57, n.º 3, 2020, pp. 619–630.

- ASHWORTH, G., “Heritage and Local Development: a reluctant relationship”, in RIZZO, I. & MIGNOSA, A. (eds), *Handbook on the Economics of Cultural Heritage*, Elgar, 2013, pp. 367 – 385.
- ATECA AMESTOY, V., “Demand for cultural heritage”, in RIZZO, I. & MIGNOSA, A. (eds), *Handbook on the Economics of Cultural Heritage*, Elgar, 2013, pp. 89 – 110.
- AVI-YONAH, R., “COVID-19 and US Tax Policy: What Needs to Change?”, *Intertax*, Vol. 48, núm., 8/9, 2020, pp. 790 – 793.
- BÁEZ, A. & PEDREIRA, J., “Spain”, in *Taxation of charities: EATLP Annual Congress Rotterdam 31 May - 2 June 2012*, IBDF, 2015, pp. 511 – 540.
- BATER, P., HONDIUS, F. & LIEBER, P.K., *The Tax Treatment of NGOs*, Kluwer, 2003.
- BENHAMOU, F., “Public Intervention for Cultural Heritage: normative issues and tools”, in RIZZO, I. & MIGNOSA, A. (eds), *Handbook on the Economics of Cultural Heritage*, Elgar, 2013, pp. 3 – 16.
- BENHAMOU, F., “Who owns cultural goods? The case of built heritage”, in GINSBURGH, V.A. (ed), *Economics of Art and Culture*, Elsevier, 2003, pp. 187 – 202.
- BERETTA, G., “L'imposta di soggiorno: amnesie legislative ed esigenze di riforma”, *Università Cattaneo working papers*, núm 3., 2017.
- BIZIOLI, G. & BERETTA, G., “Italy’s Tax and Fiscal Policy Measures at the Time of the COVID-19 Crisis: ‘Tax Peanuts’ Without a New Deal”, *Intertax*, Vol. 48, núm., 8/9, 2020, pp. 761 – 768.
- BONET, L., “Heritage Tourism”, in RIZZO, I. & MIGNOSA, A. (eds), *Handbook on the Economics of Cultural Heritage*, Elgar, 2013, pp. 386 – 401.
- BOWLER-SMITH, M. et al. (eds.), *Taxation of charities: EATLP Annual Congress Rotterdam 31 May - 2 June 2012*, IBFD, 2015.
- BROWN, J. & HAY-EDIE, T., *Engaging Local Communities in the Stewardship of World Heritage*, UNESCO, 2014.
- CASAS AGUDO, D., “Patrimonio histórico y extrafiscalidad en el ámbito de la Hacienda Municipal”, *Revista española de Derecho Financiero*, núm., 172, 2016, pp. 131 – 176.
- CHEN, W., HUA, J., “Citizens' distrust of government and their protest responses in a contingent valuation study of urban heritage trees in Guangzhou (China)”, *Journal of Environmental Management*, núm., 155, 2015, pp. 40 – 48.

- COLLIER, R., PIRLOT, A., VELLA, J., “COVID-19 and Fiscal Policies: Tax Policy and the COVID-19 Crisis”, *Intertax*, vol. 48, núm. 8/9., 2020, pp. 794 – 804.
- CRAUFURD, R., “Art. 151 EC and European Identity”, in CRAUFURD, R. *Culture and European Union Law*, Oxford University Press, 2004, pp. 278 – 297.
- Editorial Comments, “Disease and recovery in (COVID-afflicted) Europe”, *Common Market Law Review*, vol. 57, núm.,3, 2020, pp. 619 – 630.
- GLIKSBERG, D., “General Report”, in IFA, *Cahiers de Droit Fiscal International*, 53rd Congress of IFA, Kluwer, 1999.
- GOTO, K., “Why do Governments Financially Support the Creative Industry”, in HEMELS, S. & GOTO, K. (ed.), *Tax Incentives for the Creative Industry*, Springer, 2017, pp. 21 – 31.
- GRANAT, K., *The Principle of Subsidiarity and its Enforcement in the EU Legal Order: The Role of National Parliaments in the Early Warning System*, Hart Publishing, 2018.
- HEIDENBAUER, S., *Chariting Crossing Borders*, Kluwer, 2011.
- HEMELS, S., “Tax Incentives as a Creative Industries Policy Instrument”, in HEMELS, S. & GOTO, K. (ed.), *Tax Incentives for the Creative Industries*, Springer, 2017, pp. 33 – 64.
- HOLLER, M.J. & I. MAZZA, I., “Cultural heritage: public decision-making and implementation” in RIZZO, I. & MIGNOSA, A. (eds), *Handbook on the Economics of Cultural Heritage*, Elgar, 2013, pp. 17 – 36.
- ICCROM, “People-Centred Approaches to the Conservation of Cultural Heritage: Living Heritage”, 2015. Available at https://www.iccrom.org/sites/default/files/PCA_Annexe-2.pdf.
- IFA, *Cahiers de Droit Fiscal International*, 53rd Congress of IFA, Kluwer, 1999.
- JOCHUM, H. & LAMPERT, S., “Germany”, in *Taxation of charities: EATLP Annual Congress Rotterdam 31 May - 2 June 2012*, IBFD, 2015, pp. 281 – 300.
- KOELE, I.A., *International Taxation of Philanthropy*, IBFD, 2007.
- KOFLER, G., “EU power to tax: Competences in the area of direct taxation”, in HJI PANAYI, C. (ed), *Research Handbook on European Union Taxation Law*, Elgar, 2020, pp. 11 – 50.

- LI, J., KRISHNAMURTHY, S., RODERS, A.P., VAN WESEMAELA, P., “Community participation in cultural heritage management: A systematic literature review comparing Chinese and international practices”, *Cities*, Vol. 96, 2020, pp. 1 – 9.
- MASTELLONE, P., “International and EU Measures for the Protection of Cultural Heritage: Towards Broader Use of Tax Breaks to Stimulate Private Engagement’, *European Taxation*, IBFD, Vol. 59, núm., 2/3, pp. 81 - 88.
- MUCCIARIELLO, A., “Art bonus e crowdfunding”, in CORDEIRO GUERRA, R., PACE, A., VERRIGNI, C. and VIOTTO, A. (eds), *Finanza pubblica e misure tributarie per il patrimonio culturale. Prime riflessioni*, Giappichelli, 2019, pp. 265 – 280.
- PEETERS, P. “A clear path towards sustainable mass tourism? Rejoinder to the paper ‘Organic, incremental and induced paths to sustainable mass tourism convergence’ by David B. WEAVER”, *Tourism Management*, Vol. 33, núm 5, 2012, pp. 1038 – 1041.
- PETERS, M.A., “Philosophy and Pandemic in the Postdigital Era: Foucault, Agamben, Žižek”, *Postdigital Science and Education*, Vol. 2, núm., 3, 2020, pp. 556 – 561.
- PHILLIPS, R.G. and STEIN, J.M., “An Indicator Framework for Linking Historic Preservation and Community Economic Development”, *Social Indicator Research*, Vol. 113, núm 1, 2013, pp. 1–15.
- REVELLI, F., “Tax Incentives for Cultural Heritage Conservation”, in RIZZO, I. & MIGNOSA, A. (eds), *Handbook on the Economics of Cultural Heritage*, Elgar, 2013, pp. 129 – 150.
- SEAMAN, B.A., “The role of the private sector in cultural heritage”, in RIZZO, I. & MIGNOSA, A. (eds), *Handbook on the Economics of Cultural Heritage*, Elgar, 2013, pp. 111 – 128.
- SITRIN, M. (ed), *Pandemic Solidarity Mutual Aid during the Covid-19 Crisis*, Pluto Press, 2020.
- SUÁREZ-INCLÁN, M.R., “Financial Regulations and Tax Incentives with the Aim to Stimulate the Protection and Preservation of cultural Heritage in Spain”, in HOFFMAN, B. (ed), *Art and Cultural Heritage: law, policy and practice*, Cambridge Univ. Press, 2006, pp. 455 – 460.
- THE COUNCIL OF EUROPE, *Tax incentives for cultural Heritage Conservation*, 13 November 2003, Report 9913, available at: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10311&lang=en>.

THE COUNCIL OF EUROPE, *The private management of cultural property*, 24 October 2005, Report 10731, available at: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=11062&lang=>.

VAN DENDER, K., O'REILLY, P., & PERREN, S., "COVID-19 and Fiscal Policies: Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience", *Intertax*, vol. 48, n° 8/9, 2020, pp. 736 – 742.

VAN WEEGHEL, S., "COVID-19 and Beyond", *Intertax*, Vol. 48, núm, 8/9, 2020, pp. 733 – 735.

VENTURA, C., CASSALIA, G. & DELLA SPINA, L., "New models of Public-private Partnership in Cultural Heritage sector: Sponsorships between models and traps", *Procedia Social and Behavioral Science*, Vol. 223, 2016, pp. 257 – 264.

WEAVER, D.B., "Organic, incremental and induced paths to sustainable mass tourism convergence", *Tourism Management*, Vol. 33, núm. 5, 2012, pp. 1030 – 1037.


ŽIŽEK, S., *Pandemic!: COVID-19 Shakes the World*, OR Book, 2020.

Inmigración, derechos humanos y *modelo europeo* de fronteras. Propuestas conceptuales sobre ‘extraterritorialidad’, ‘desterritorialidad’ y ‘externalización’ de controles y flujos migratorios

Immigration, human rights and the ‘European model’ of borders. Conceptual proposals on "extraterritoriality", "desterritoriality" and "externalization" of border controls and migration flows

ALEJANDRO DEL VALLE GÁLVEZ*
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Cádiz (España)

alejandro.delvalle@uca.es

 <https://orcid.org/0000-0003-0597-4130>

Resumen: Las avalanchas migratorias y crisis de refugiados en Europa desde 2015 han motivado una preocupación creciente sobre el respeto de los valores europeos y los Derechos humanos en la actuación de la UE y los Estados miembros al afrontar flujos migratorios y controles de acceso al territorio europeo en las fronteras exteriores. Este trabajo comprueba cómo las líneas fronterizas son lugares problemáticos para la defensa, aplicación y protección de derechos humanos de los extranjeros, provocando una situación de fragilidad de los

Recepción: 25/11/2020

Aceptación: 18/12/2020

Cómo citar este trabajo: DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro, “Inmigración, derechos humanos y modelo europeo de fronteras. Propuestas conceptuales sobre ‘extraterritorialidad’, ‘desterritorialidad’ y ‘externalización’ de controles y flujos migratorios”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, ISSN-e: 2660-7964, n.º 2, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 145-210, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i2.07>

* Catedrático de Derecho Internacional Público, titular de la Cátedra *Jean Monnet* de Inmigración y Fronteras de Derecho de la UE, Universidad de Cádiz. Director, Centre of Excellence “*Migration and Human Rights in Europe’s External Borders*”. Trabajo realizado en el marco del “Centro de Estudios Internacionales y Europeos del Área del Estrecho”. Grupo de Investigación SEJ - 572, del que es Responsable como IP.

Derechos humanos en las Fronteras Exteriores aéreas, terrestres y especialmente, en las marítimas de la UE.

Estamos ante un cambio en la concepción misma de la frontera en esta era pos-globalización, donde determinadas funciones se deslocalizan y se sitúan sistemáticamente fuera del territorio y los puestos fronterizos de los Estados. Sin embargo, las actuaciones territoriales y extraterritoriales deben diferenciarse de las que se producen en actividades de acción exterior en o con terceros Estados a fines de política de inmigración y control de flujos migratorios. La realidad es que se ha configurado para los flujos migratorios un nuevo espacio fronterizo al sur y este del mediterráneo, que necesita una nueva política y estrategia de fronteras exteriores. Por ello la UE se encuentra en búsqueda de un nuevo 'modelo' de Frontera Exterior que aporte otros parámetros de actuación y gestión de los flujos migratorios y los controles exteriores.

Por otra parte, se analiza la protección de los derechos humanos por los Estados europeos mas allá de las fronteras exteriores, para determinar en qué medida las funciones de control que se despliegan fuera del territorio afectan a los derechos humanos de los inmigrantes. Para ello diferenciamos entre las situaciones de Externalización, donde los que actúan son Estados terceros; y de actuación Extraterritorial de controles migratorios donde intervienen agentes de Estados europeos. Ambas plantean problemáticas de protección de derechos humanos en controles migratorios fuera de territorio terrestre o marítimo de los Estados miembros de la UE, en los que concebimos como funciones desterritorializadas de control fronterizo. Y ambas deben tener en nuestra opinión diferenciados mecanismos de seguimiento, control y supervisión del respeto de los derechos humanos en las funciones de control de inmigración.

El respeto de derechos humanos de los extranjeros en los controles fronterizos y gestión de flujos migratorios, tanto dentro como fuera de los territorios de los Estados de la UE, es una cuestión vital para la identidad, valores y pervivencia de la integración europea.

Abstract: *The migratory flows and refugee crises in Europe since 2015 have motivated a growing concern about the respect of European values and Human Rights in the actions of the EU and the Member States when facing migratory flows and controls of access to European territory in the external borders. This work verifies how border lines are problematic places for the defence, application and protection of the human rights of foreigners, causing a situation of fragility of Human Rights at the external air, land and especially maritime borders of the EU.*

We are facing a change in the very conception of the border in this post-globalization era, where certain functions are relocated and systematically located outside the territory and border posts of the States. However, territorial and extraterritorial actions must be differentiated from those that occur in foreign action activities in or with third States for purposes of immigration policy and control of migratory flows. The reality is that a new border area to the south and east of the Mediterranean has been configured for migratory flows, which requires a new policy and strategy for external borders. For this reason, the EU is in search of

a new 'model' of External Border that provides other parameters of action and management of migratory flows and external controls.

On the other hand, the protection of human rights by European States beyond external borders is analysed to determine to what extent the control functions that are deployed outside the territory affect the human rights of immigrants. For this we differentiate between Externalization situations, where those who act are third States; and Extraterritorial action of migratory controls where agents from European States intervene. Both raise issues of human rights protection in migration controls outside the land or maritime territory of the EU Member States, in which we conceive as Deterritorialized border control functions. And both should have, in our opinion, different mechanisms for monitoring, control and supervision of respect for human rights in the functions of migration control.

Respect for the human rights of aliens in border controls and management of migratory flows, both within and outside the territories of the EU States, is a vital issue for the identity, values and survival of European integration.

Palabras claves: Unión Europea, derechos humanos, inmigración, asilo y refugio, fronteras, extraterritorialidad, externalización de controles, fronteras exteriores, flujos migratorios, Nuevo Pacto de Migración y Asilo.

Keywords: European Union, human rights, immigration, asylum and refuge, borders, extraterritoriality, externalization of controls, external borders, migratory flows, New Pact on Migration and Asylum.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. INMIGRACIÓN, REFUGIO Y UE: VALORACIONES DE LA SITUACIÓN EN 2020. 3. FRONTERAS INTERIORES Y EXTERIORES DEL SISTEMA SCHENGEN, Y LIMES MEDITERRANEUS. ¿EL 'MODELO EUROPEO' DE FRONTERAS EN MUTACIÓN? 3.1. Fronteras interiores/Fronteras Exteriores, interdependencia en difícil equilibrio. 3.2. *Limes Mediterraneus*. El problema de las Fronteras exteriores marítimas mediterráneas. 3.3. ¿Un modelo europeo nuevo para las Fronteras exteriores? Fronteras internacionales en mutación. 4. 'EXTERNALIZACIÓN', 'EXTRATERRITORIALIDAD' Y 'DESTERRITORIALIDAD' DEL CONTROL MIGRATORIO. 4.1. El problema terminológico y conceptual. 4.2. Una propuesta conceptual de coherencia jurídica. 4.2.A. La *Desterritorialidad* de controles migratorios y funciones fronterizas. 4.2.B. La *Externalización* de la gestión y control de flujos migratorios. 4.2.C. La *Extraterritorialidad* de controles fronterizos. 5. LOS DERECHOS HUMANOS EN FRONTERA Y FUERA DEL TERRITORIO EUROPEO EN ACTUACIONES DESTERRITORIALES. 5.1. Derechos Humanos en Fronteras terrestres y aeroportuarias. 5.1.A. En Fronteras aeroportuarias. 5.1.B. En Fronteras terrestres. 5.2. Derechos Humanos en fronteras marítimas, y fuera del territorio europeo en actuaciones *desterritoriales*. 5.2.A. Derechos Humanos en las Fronteras marítimas. 5.2.B. Derechos Humanos en actuaciones *desterritoriales* fuera del territorio europeo. 5.2.B.I. Centros en Estados terceros para internamiento y examen de solicitudes de asilo. 5.2.B.II. Acuerdo con Turquía de 2016, y Acuerdos de la UE o de Estados miembros con Estados terceros en temas migratorios. 5.2.B.III. Vigilancia y Salvamento de inmigrantes en el mar, desembarco en puertos de Estados UE o de terceros Estados. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Las cuestiones migratorias forman parte ya del debate nuclear sobre el futuro de Europa y su identidad y valores, como el respeto de los derechos fundamentales como base de la UE *ad intra* y *ad extra*. En muy poco tiempo se ha convertido en la clave de múltiples aspectos, políticas y debates, tanto nacionales como europeos e internacionales. Lo que confirma la severidad de las consecuencias de la crisis de refugiados de 2015-2016, que actuó además como catalizador de tendencias y problemas anteriores ¹, y que determina la urgente y absoluta necesidad de un planteamiento a largo plazo para la inmigración en Europa. Como señala la propia Comisión :

“La migración ha sido una característica constante en la historia de la humanidad con un profundo impacto en la sociedad europea, su economía y su cultura. Con un sistema bien gestionado, la migración puede contribuir al crecimiento, la innovación y el dinamismo social. Los principales retos sociales a los que se enfrenta el mundo de hoy (demografía, cambio climático, seguridad, carrera mundial por el talento y desigualdad) tienen repercusión en la migración. Los imperativos políticos, como la libre circulación en el espacio Schengen, la salvaguardia de los derechos fundamentales, la garantía de la seguridad y la subsanación de las carencias en materia de capacidades, exigen una política migratoria eficaz. La tarea a la que se enfrentan la UE y sus Estados miembros, sin dejar de ocuparse de las necesidades urgentes, es constituir un sistema que gestione y normalice la migración a largo plazo y que se base plenamente en los valores europeos y en el Derecho internacional.”².

En el presente Estudio intentaremos enfocar con perspectiva jurídica cuestiones de inmigración y derechos humanos relacionadas con las fronteras exteriores, intentando dar una lectura jurídica coherente a las realidades y cambios en la actuación de la UE y sus Estados en las fronteras exteriores y su entorno próximo con los Estados vecinos implicados en los flujos migratorios. Plantearemos propuestas de clarificación de los conceptos al uso de extraterritorialidad y externalización de controles migratorios. Y qué consecuencias comportan la actuación extraterritorial y la externalización de controles y flujos migratorios en materia de derechos humanos.

¹ Hemos analizado estas temáticas en DEL VALLE GALVEZ A. “Unión Europea, crisis de refugiados y *limes imperii*”, *Revista General de Derecho Europeo*, N.º. 38, 2016; y en “Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo - RDCE*, Año n.º 20, N.º 55, 2016, págs. 759-777.

² COM (2020) 609 final, *Comunicación de la Comisión relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*, de 23.9.2020.

Para ello, haremos en primer lugar una valoración de la situación en 2020, a los cinco años de la crisis migratoria, lo que nos permitirá ver las carencias y éxitos de la actuación UE y sus Estados. Particular importancia tiene en esta perspectiva el Nuevo Pacto de inmigración y Asilo (II).

Las Fronteras Exteriores requieren de una especial atención, ya que en nuestra opinión se está produciendo un cambio en el sistema y modelo instaurado en *Schengen*. Particularmente, las Fronteras Exteriores requieren de un cambio en su concepción y operatividad, tras constatar los problemas que se causan en las fronteras marítimas y el Mediterráneo. Esto probablemente implica la búsqueda de un modelo europeo nuevo para las Fronteras exteriores, lo que se inscribe en una tendencia general de la sociedad internacional de mutar e sentido significado y localización de ciertas funciones fronterizas (III).

En muchos casos hay un tratamiento confuso jurídicamente ante las realidades nuevas que se están operando, como las denominadas actividades de externalización de las políticas migratorias europeas. Por ello, pensamos que un planteamiento conceptual más riguroso puede ayudar a clarificar las actuaciones, situaciones y estatuto de derechos y obligaciones de los inmigrantes y refugiados en cada situación. Esto nos llevará a deslindar las situaciones de Desterritorialidad, Extraterritorialidad y Externalización de la gestión y control de flujos migratorios (IV).

En materia de respeto y protección de derechos humanos, nuestra propuesta conceptual clasificatoria de las distintas actuaciones fuera de territorio desterritoriales nos llevará a considerar el grado e intensidad de las obligaciones para la UE en las diferentes situaciones externalizadoras o extraterritoriales (V). Básicamente veremos la aplicabilidad plena de los derechos humanos en frontera y en actividades extraterritoriales fuera del territorio europeo, y las especificidades que se dan en las fronteras marítimas exteriores y con los acuerdos o políticas de externalización con Estados terceros.

Intentaremos en el Capítulo final de Conclusiones establecer las principales ideas con las propuestas planteadas en el presente trabajo y nuestras valoraciones.

2. INMIGRACIÓN, REFUGIO Y UE: VALORACIONES DE LA SITUACIÓN EN 2020

Con cierta perspectiva temporal podemos ahora valorar mejor el significado de la ‘crisis de refugiados’ en el Mediterráneo, que incidió principalmente en los años 2015-2016, impactando en muy diferentes órdenes y planos, internacionales, europeos y nacionales de cada país. Quizás ahora tenemos más y mejores datos y elementos para perfilar el alcance a medio y largo plazo que puede tener este factor, ya estructural, en la vida de la UE y de sus Estados miembros.

Expondremos a continuación algunas ideas a este respecto:

--- La crisis de 2015 constituyó una afluencia extraordinaria de millones de personas, imprevista y que desbordó cualquier previsión estatal o europea de llegada masiva de personas³. Esta afluencia, con todo, se incardina en una tendencia estructural de movimientos migratorios generalizados en la sociedad internacional, donde Europa –al igual que otras zonas o regiones del planeta que reciben inmigración, como la península arábiga, Argentina, Estados Unidos y Canadá, o Australia y Nueva Zelanda, entre otros- seguirá recibiendo la presión y llegada de nacionales de Terceros Estados, en lo que se ha denominado por la Comisión Europea la “nueva normalidad” migratoria con la que hay que convivir en los próximos años, si no decenios.

--- La respuesta de la UE ha sido muy potente, pero tardía, insuficiente y desajustada respecto a la proporción del desafío. Probablemente la percepción de las opiniones públicas europeas es aún peor. La insuficiencia de mecanismos jurídicos de instrumentos para situaciones desbordamiento se ha visto multiplicada por las enormes cifras de las llegadas de inmigrantes y refugiados. Con todo, la historia de los Estados limítrofes de la UE con las crisis migratorias demuestra la facilidad de vivir situaciones de desbordamiento con la mera llegada de varios miles de personas.

---- Al mismo tiempo, la respuesta normativa de la UE ha sido masiva y sin precedentes. Las Instituciones han sido conscientes de la magnitud del problema, y se ha elaborado estrategias de acción, paquetes normativos amplios, y reformulación de políticas exteriores y migratorias. Todo, sin embargo, parece insuficiente ante el tamaño, significado y alcance de la realidad migratoria en el entorno europeo.

---- En conjunto, hay un sentimiento generalizado en opiniones públicas, organismos internacionales, gobiernos, asumido por las propias Instituciones europeas, de que la reacción UE ha sido insuficiente dada la magnitud sistémica del problema.

---- Hay varios aspectos a considerar a la hora de comprender la situación y las razones de esta falta de respuesta adecuada a las migraciones:

- la cuestión capital de tratarse de una materia de competencia compartida con los Estados,
- las diferentes perspectivas que tienen los Estados UE ante la realidad de la inmigración y la llegada de refugiados, sus percepciones actuales de los problemas y desafíos migratorios, y los diversos intereses nacionales en presencia,

³ “En 2015 la UE registró 1.216.000 solicitudes de asilo en su territorio y 1.822.000 llegadas irregulares en sus fronteras marítimas y terrestres meridionales. Cuatro años después, en 2019, las cifras de ambas categorías fueron de 612.000 y 141.000, respectivamente. En lo que va de año 2020 –en una coyuntura en la que la pandemia del COVID-19 ha afectado a la movilidad–, las llegadas irregulares en las rutas mediterráneas y atlántica se sitúan en torno a las 60.000 y las solicitudes de asilo en 300.000”, nos indica PARDO J. L. “El nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo: la posición española”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, ARI 125/2020 de 05.11.2020, en pág. 3.

- Unido a lo anterior, la creciente falta de solidaridad entre los Estados europeos a la hora de adoptar medidas conjuntas o confiadas a las instituciones de la UE,
- la falta de una estrategia concertada de carácter continental de cara a la inmigración para los próximos 25 años,
- el problema del control de las fronteras exteriores marítimas del mediterráneo, que es en realidad un problema sin solución para vigilancia y control, incluyendo el uso de medios militares para control vigilancia fronteriza

---- La crisis de 2015 ha revelado además la insuficiencia de marcos conceptuales claros para tratar las figuras diferentes de inmigrante, refugiado de la Convención de Ginebra, solicitante de asilo, desplazados, inmigrantes económicos, refugiados económicos. El derecho de extranjería europeo cuenta con normativa europea y nacional sobre refugiados, desplazados y protección subsidiaria, pero ha sido insuficiente para afrontar la diversidad de situaciones que se han planteado. Probablemente en este caso no se trata tanto de un problema de Derecho europeo como de Derecho Internacional, donde no hay consenso ni claridad jurídicas para delimitar las figuras básicas de inmigrante y refugiado *lato sensu*.

En este sentido, tiene relevancia el *Ius Migrandi* en construcción, a través de técnicas de *Soft Law*, como es el caso del ‘Pacto Mundial por una Migración Segura, Ordenada y Regular (Global Compact for Migration)’ y el ‘Pacto por los Refugiados’, ambos adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Diciembre de 2018 ⁴.

---- Como aspectos positivos, creo que hay que poner de relieve la resistencia del Mercado interior y la resiliencia del espacio *Schengen*, ante unas crisis internas tan devastadoras como las migratorias o la causada por el Brexit o la pandemia COVID desde los inicios de 2020. Tanto el Mercado interior como el sistema *Schengen* en el Espacio de Libertad Seguridad y Justicia europeo, se han demostrado como los verdaderos muros de contención del proceso integrador de la UE.

Igualmente, a valorar positivamente la capacidad de la UE de adaptarse a nuevas situaciones, como ha sido la reformulación de Frontex en la Guardia Europea de Fronteras y Costas, la activación de previsiones normativas de Derecho originario (como la gestión integrada de fronteras exteriores, Art. 77.1.c TFUE⁵) o la revigorización de los derechos humanos en la actuación ante la inmigración.

⁴ Vid. FAJARDO DEL CASTILLO, T. “El Pacto Mundial por una migración segura, ordenada y regular: un instrumento de *soft law* para una gestión de la migración que respete los derechos humanos”, en *REEI* n.º 38, 2019. Puede verse el comentario de Javier de Lucas, “Hay políticas de migración más humanas”, en *El País* 13.12.2020.

⁵ Ver nuestras referencias en A. “Refugiados y crisis migratorias: fronteras y “desterritorialidad” en las puertas de Europa” en *Op. Cit.*, III.3. Recientemente, el estudio de ACOSTA SÁNCHEZ, M., “An Analysis of Integrated

---- Finalmente, uno de los aspectos más seriamente dañados y puestos en cuestión son los relativos a los valores europeos. Los valores están vinculados a la identidad europea y a los principios democráticos de libertades, Estado de Derecho y Derechos Humanos, que son base de la Unión. La crisis migratoria ha puesto a ojos vista las deficiencias en la protección de inmigrantes y refugiados, y las violaciones derechos humanos cometidas por los Estados europeos en el marco UE, lo que disminuye la percepción de comunidad de valores de la integración europea.

Un cambio de perspectiva parece operarse con el Nuevo Pacto de Migración y Asilo (23 de Septiembre de 2020). Se trata de un replanteamiento estratégico y coherente de todos los temas vinculados en mayor o menor medida a la migración y asilo. Este Pacto se ha presentado mediante una Comunicación “relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo” ⁶. Al mismo tiempo, se han publicado en el Diario Oficial tres Recomendaciones de 23.09.2020:

- sobre las vías legales para obtener protección en la UE ⁷
- sobre la cooperación entre Estados miembros en relación con las operaciones de búsqueda y salvamento realizadas por buques privados ⁸
- sobre un Plan rector de preparación y gestión de crisis migratorias ⁹

Es importante señalar que la misma Comisión reconoce las carencias estructurales de las medidas anteriores tras la crisis, en el periodo 2015-2020: “The current system no longer works. And for the past five years, the EU has not been able to fix it. The EU must overcome the current stalemate and rise up to the task. With the new Pact on Migration and Asylum, the Commission proposes common European solutions to a European challenge. The EU must move away from ad-hoc solutions and put in place a predictable and reliable migration management system”, por lo que se desea dar una mejora de todos los aspectos del problema: “Following extensive consultations and an honest and holistic assessment of the situation, the Commission proposes to improve the overall system. This includes looking at ways of

Management of the External Borders of the European Union”, *Paix et Sécurité Internationales*, núm. 8, 2020, pp. 121-144.

⁶ COM (2020) 609 final de 23.9.2020 *cit.*.

⁷ Recomendación (UE) 2020/1364 de la Comisión de 23 de septiembre de 2020 sobre las vías legales para obtener protección en la UE: promoción del reasentamiento, la admisión humanitaria y otras vías complementarias, C/2020/6467, DO L 317, 1.10.2020, pp. 13–22.

⁸ Recomendación (UE) 2020/1365 de la Comisión de 23 de septiembre de 2020 sobre la cooperación entre Estados miembros en relación con las operaciones de búsqueda y salvamento realizadas por buques que sean propiedad de entidades privadas o estén explotados por entidades privadas, C/2020/6468, DO L 317, 1.10.2020, pp. 23–25.

⁹ Recomendación (UE) 2020/1366 de la Comisión de 23 de septiembre de 2020 sobre un mecanismo de la UE para la preparación y gestión de crisis migratorias (Plan rector de preparación y gestión de crisis migratorias), C/2020/6469, DO L 317, 1.10.2020, p. 26–38.

improving cooperation with the countries of origin and transit, ensuring effective procedures, successful integration of refugees and return of those with no right to stay. No single solution on migration can satisfy all sides, on all aspects – but by working together, the EU can find a common solution.”¹⁰

En realidad, más que un Pacto, es una Guía de Acción jurídica e institucional para los próximos años¹¹. En la práctica, la Comisión pretende reorientar las iniciativas presentadas desde 2016¹², con propuestas de nuevos actos jurídicos para completar la panoplia de las diversas acciones que se pretenden con el Pacto¹³.

¹⁰ “A fresh start on migration: Building confidence and striking a new balance between responsibility and solidarity” *European Commission Press release*, 23 September 2020.

¹¹ CARRERA, S., “Whose Pact? –The Cognitive Dimensions of the New EU Pact on Migration and Asylum” *CEPS* n.º 2020-22, September 2020

¹² “la Comisión Europea presentó en 2016 sus primeras propuestas legislativas destinadas a una reforma integral del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) con un paquete que incluía la reforma del Reglamento de Dublín, un Reglamento de Cualificación, un Reglamento de Procedimientos de Asilo, el Reglamento EURODAC, el Reglamento de la nueva Agencia Europea de Asilo en sustitución de la actual EASO, un Reglamento Marco para Reasentamientos y una nueva Directiva de Acogida. En 2018 presentó propuestas de reforma de la Directiva de Retorno, así como el Reglamento de la nueva FRONTEX y piezas legislativas referidas al sistema de visados (nuevo Código de Visados e Interoperabilidad del Sistema de Información de Visados).” Señala PARDO J. L. “El nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo: la posición española”, *ARI cit.* pág. 1.

¹³ “La Comunicación está acompañada por varias propuestas legislativas y no legislativas. Entre las primeras hay propuestas enteramente nuevas como el omnicompreensivo Reglamento de Gestión Migratoria y de Asilo, el Reglamento para situaciones de crisis y fuerza mayor, o el Reglamento para los procedimientos de cribado (pre-screening) y otras que son versiones revisadas y enmendadas de propuestas ya existentes, como las de Reglamento de Procedimientos de Asilo y Reglamento EURODAC. Entre las piezas no legislativas se incluyen las Recomendaciones sobre reacción rápida migratoria en futuras crisis, sobre reasentamiento y vías complementarias, sobre actividades de salvamento y rescate realizadas por embarcaciones privadas, así como Guías sobre la aplicación de las reglas de la UE sobre definición y prevención de la facilitación de entrada no autorizada, tránsito y residencia. Las propuestas que acompañan a la publicación de la Comunicación no son exhaustivas y se completarán en el futuro con más iniciativas para desarrollar todos los aspectos del pacto.

La nueva propuesta construye, por tanto, sobre el progreso realizado desde la presentación de iniciativas planteadas a partir de 2016, asumiendo parte de ellas, pero también proponiendo modificaciones de distinto calado en términos de enfoque, sustituyendo, retocando o confirmando propuestas pasadas. La Hoja de Ruta del pacto que incluye 41 acciones prevé un ambicioso marco temporal para su debate y adopción en 2020 y 2021.” PARDO, J. L. *Ibidem*, p. 4.

El Pacto ha sido muy criticado desde su presentación¹⁴ y no parece cubrir todos los intereses de España¹⁵. Hay aspectos que se consideran favorables (los 'partenariados de talento', la reforma del reglamento EURODAC, el desembarco de inmigrantes rescatados, la noción de familia para residentes, o el plan de preparación de crisis migratorias), y otros que motivan una profunda preocupación, como la solidaridad asimétrica para reubicación, o el sistema de evaluación previo de entrada (*Pre-Entry Screening*) con los riesgos que comporta de surgimiento de centros de retención en frontera¹⁶, y en general el riesgo de reducir los estándares de protección de Derechos humanos¹⁷. Con todo, se trata de propuestas y guías de acción que han de ser concretadas durante el proceso legislativo en los próximos años¹⁸. De todas formas, el Nuevo Plan parece más centrado en mejorar el sistema migratorio europeo con sus procedimientos ante las problemáticas actuales de llegada de inmigración irregular, que en diseñar una estrategia de largo alcance que regule la inmigración regular y afronte las raíces reales de las migraciones con los países de origen y tránsito.

3. FRONTERAS INTERIORES Y EXTERIORES DEL SISTEMA SCHENGEN Y LIMES MEDITERRANEUS. ¿EL 'MODELO EUROPEO DE FRONTERAS' EN MUTACIÓN?

3.1. Fronteras interiores/Fronteras Exteriores, interdependencia en difícil equilibrio

Como venimos sosteniendo, la UE desarrolló un modelo propio de fronteras en la sociedad internacional, al asumir el acervo de Schengen que se había puesto en práctica en 1995. En este *modelo* propio de fronteras la función de control fronterizo se adaptó a la realidad del espacio económico unificado de la integración gracias a la creación del espacio *Schengen*. Esto supuso

¹⁴ "a lo largo del texto están muy bien identificados los problemas que han marcado los últimos años de desarrollo de la agenda migratoria en el ámbito de la Unión Europea, como la falta de solidaridad entre estados miembros, la ineficacia de las políticas de retorno, las diferencias entre sistemas de asilos, etc. Pero las respuestas que se proponen demuestran, una vez más, la miopía y poca ambición de la Comisión para intentar desarrollar no ya una política, sino un mínimo marco compartido de gestión migratoria entre los países de la UE", señala PINYOL G. "No es un pacto de migración y asilo sino de control de fronteras", *Agenda Pública* 25.09.2020; también, HENAR J "Las grietas del Pacto de migración y asilo" *El País* 12.10.2020. Una descalificación general, en el comentario de CASSARINO J.-P.,- MARIN I., "The New Pact of Migration and Asylum: Turning EU Territory into a non-Territory", *EU Law Analysis* 30.11.2020.

¹⁵ Sobre pacto migratorio y la posición de España, ver una primera reacción de MARÍN M., "El pacto migratorio europeo ignora las pretensiones de España- La nueva hoja de ruta no resuelve la demanda de un mecanismo de solidaridad obligatoria para aliviar la presión de los países de entrada" *El País* 23.09.2020. También el análisis de PARDO J. L. "El nuevo Pacto Europeo de Migración y Asilo: la posición española", *ARI cit.*.

¹⁶ Vid. CAMPESI, G., "The EU Pact on Migration and Asylum and the dangerous multiplication of 'anomalous zones' for migration management" *Forum on the new EU Pact on Migration and Asylum in light of the UN GCR*, 27.11.2020.

¹⁷ PEERS S., "First Analysis of the EU's new asylum proposals", *EU Law Analysis* 25.09.2020.

¹⁸ DE BRUYCKER, Ph. "The New Pact on Migration and Asylum: What it is not and what it could have been", *Odysseus Network, Blog* 15.12.2020.

una completa reordenación de las funciones de poder público de vigilancia y control fronterizo entre los Estados miembros. De esta manera, el Modelo europeo de fronteras ya transformó la concepción tradicional de frontera, con la supresión de controles de fronteras interiores (y las correlativas medidas securitarias)¹⁹.

Este modelo instaurado en 1997 para las fronteras interiores europeas, tenía una sólida base jurídica : la misma definición del Mercado interior como *espacio sin fronteras interiores*²⁰, además de la regulación del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia. Además, se encontraba inserto en un objetivo claro y de sólida base jurídica, pues la libre circulación en un territorio ‘federalizado’ sin controles de frontera, era una necesidad funcionalista de ordenación normativa de circulación de personas en el espacio o territorio económico unificado. En este modelo los controles homogéneos en las fronteras exteriores eran la necesaria consecuencia de la supresión de todo tipo de control en las fronteras interiores entre los Estados.

Por tanto, inicialmente la prioridad era regular con eficacia el cambio en las fronteras interiores, donde se suprimieron todos los controles fronterizos con un régimen común en la Europa continental, creando la hazaña de un territorio ‘federal’ de libre circulación compuesto por los territorios de la mayoría de los Estados UE más los Estados del Espacio Económico Europeo-EEE (Noruega, Liechtenstein e Islandia) y Suiza. Las fronteras exteriores era el complemento necesario para ese espacio ‘federal’ de circulación.

El sistema Schengen ya tiene un rodaje de 25 años, una generación de europeos que han nacido y vivido sin controles en las fronteras entre los Estados continentales europeos de la UE. En estos años, el sistema ha funcionado razonablemente bien y de manera ininterrumpida, con excepciones que han requerido autorización por la Comisión mediante un procedimiento específico²¹. En este sentido, y por lo que hace a las fronteras interiores, las excepciones que se han solicitado han sido puntuales²². Es verdad que con la crisis de refugiados iniciada en 2015 se incrementaron las peticiones de autorizaciones para la reinstalación reiterada de controles en

¹⁹ Estas ideas las expusimos en “Las fronteras de la Unión-El modelo europeo de fronteras”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 12, 2002, pp. 299-341. También, DEL VALLE GALVEZ A., “Control de Fronteras y Unión Europea”, *AFDUAM*, n.º 7, 2003, pp. 67-92.

²⁰ Esta definición tiene elíptica la palabra ‘controles’, queriéndose decir un “espacio sin (controles en las) fronteras interiores”, Sobre esta expresión y elipsis, su significado y motivaciones apuntamos algunas ideas en DEL VALLE GALVEZ A., “¿Soberanía sin territorio?” *Principios y justicia en el derecho internacional: Libro homenaje al profesor Antonio Remiro Brotons* Díez-Hochleitner Rodríguez J. e. a. (Eds.), Dykinson Madrid 2018, págs. 261-271, en particular el apartado 3, “¿Territorio sin Fronteras?”, pp. 265-267.

²¹ Ver la información sobre *Temporary Reintroduction of Border Control*, en el sitio web https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control_en.

²² Vid. la lista de Notificaciones 2006-2021 en *Member States’ notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Art. 25 and 28 et seq. of the Schengen Borders Code* https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications_-_reintroduction_of_border_control.pdf

determinados puntos o tramos fronterizos. Pero el sistema continental de fronteras interiores, debido probablemente a las referidas razones de la potente base jurídica de Derecho originario, y su carácter esencial en el espacio económico unificado, ha hecho que la libre circulación interna sea un elemento 'federal' aquilatado y consolidado. En particular el sistema de ausencia de controles en las fronteras interiores ha demostrado una extraordinaria resiliencia²³.

Aparte de la crisis de refugiados o las cuestiones de terrorismo, las excepciones que se han dado recientemente en la reintroducción de controles internos han adquirido una nueva dimensión desde 2020 de la mano de la pandemia COVID-19²⁴.

Respecto a las fronteras exteriores, igualmente, puede afirmarse que el sistema Schengen ha desempeñado correctamente los controles exteriores de puertos, aeropuertos y fronteras terrestres exteriores en el periodo 1995-2015.

En conjunto, el sistema erigido por los pactos de Schengen de 1985 y 1990, y luego asumido como Derecho de la UE con el Tratado de Ámsterdam, ha demostrado al mismo tiempo una gran solidez y una ocasional fragilidad como experiencia histórica y como modelo fronterizo en el panorama internacional. Podemos ver cómo ha resistido las embestidas de crisis de envergadura: atentados terroristas, crisis de refugiados de 2015, o pandemia COVID-19 que llevaron y llevan aún a restablecimientos autorizados de controles fronterizos internos, que luego se suprimen, pues nunca son soluciones reales y definitivas²⁵. En suma, un sistema de gran capacidad de resiliencia para afrontar y superar circunstancias adversas, aunque con el inconveniente de verse fácilmente desbordado con crisis migratorias, incluso con puntuales y limitadas afluencias de personas.

Sin embargo, la cuestión es que este mismo modelo no resulta viable como sistema sostenible y eficaz presente y futuro para el control de los límites fronterizos exteriores de Europa. Las fronteras exteriores en el SXXI, parecen necesitar una severa readaptación o reformulación para afrontar en el medio y largo plazo la gestión migratoria, particularmente en los espacios

²³ Ver nuestra opinión en "Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional", *RDCE cit.*, en el Apartado II,1, pp. 762-765. También en DEL VALLE GALVEZ A. "Refugiados y crisis migratorias: fronteras y "desterritorialidad" en las puertas de Europa", *Jornadas sobre Derecho, Inmigración y Empresa*, coord. por Santiago Ripoll Carulla, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2019, págs. 89-118, en Apartado III.1, 'Fronteras interiores y resiliencia del Espacio Schengen', pp. 96-99.

²⁴ List of border crossing points after reintroduction of internal border control due to coronavirus and pursuant to Art. 25 and 28 et seq. of the Schengen Borders Code https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications-authorized-bcps.pdf. También, *COVID-19 : List of authorised border crossing points at the Member States' external borders as notified to the Commission 26 June 2020* https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications-authorized-bcps-external-borders.pdf

²⁵ Vid. RIJPM, J. "COVID-19, another blow to Schengen?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2020, vol. 27 (5), pp. 545-548.

marítimos. Es significativo que el debate académico y humanitario se haya actualmente desplazado hacia la externalización y extraterritorialidad de los controles migratorios.

Por tanto, las recientes crisis de refugiados han incorporado en la vida de la Unión el nuevo elemento sistémico de presión migratoria permanente hacia Europa, que ha visto sus fronteras exteriores del sur vulnerables y con problemas graves de respeto de derechos humanos en estos frágiles espacios marítimos y territorios adyacentes del vecindario sur europeo. Esto ha creado una perentoria necesidad de reajustar el equilibrio Fronteras interiores/exteriores del sistema continental de Schengen, que se ha visto dañado o afectado estructuralmente. Por tanto, se requiere regular con mayor rotundidad y dimensión estratégica todos los temas de controles en fronteras exteriores europeas. Pero esto no es labor sencilla, particularmente, por lo que hace a la frontera sur marítima mediterránea, el problemático *limes mediterráneo* de Europa.

3.2. *Limes Mediterraneus*. El problema de las Fronteras exteriores marítimas mediterráneas

En concreto, el sistema de fronteras Schengen parece tener una falla extraordinaria en las fronteras marítimas exteriores europeos. En los espacios marítimos fronterizos mediterráneo el sistema Schengen de 1990 no ha sido suficiente para controlar, vigilar eficazmente, o incluso rescatar a los inmigrantes y refugiados que intentan acceder por vía marítima al suelo europeo.

El rescate de inmigrantes en el mar y en general de la inmigración en el Mediterráneo plantea de entrada un drama espantoso de seres humanos, y una grave cuestión humanitaria y de protección de derechos humanos, ya instalada como factor permanente en el flanco sur europeo. Son en las vías marítimas de inmigración donde se producen casi diariamente muertes y desapariciones de inmigrantes conducidos principalmente por mafias de tráfico de personas a espeluznantes situaciones de peligro y zozobra.

Pero, además, desde un punto de vista jurídico, estamos ante una problemática muy compleja y de difícil tratamiento coherente de conjunto. El drama humanitario del Mediterráneo no es fácil de afrontarlo institucional y legalmente. La complejidad de los marcos jurídicos no ayuda, sino que al contrario empeora el tratamiento de la cuestión por los Estados europeos y la UE²⁶. Diversos parámetros legales deben ser considerados al analizar el rescate de inmigrantes en el mar:

- la diversidad y problemática de los espacios marítimos bajo la jurisdicción de los Estados, y del alta mar;

²⁶ Puede verse, DEL VALLE GALVEZ A., “Sobre la inviabilidad del modelo de fronteras exteriores europeas en el mediterráneo”, *Revista Española de Derecho Internacional* Foro- El rescate de personas en el Mediterráneo, Vol. 72/1, enero-junio 2020, pp. 187-196, en pp. 190-191.

- la problemática de las zonas de Salvamento y rescate (SAR), donde hay enormes espacios atribuidos a países con poca capacidad de actuación (los casos por ejemplo de las SAR de Libia y Malta²⁷)
- las cuestiones de desembarco y protección de derechos humanos de inmigrantes y refugiados;
- las carencias del Derecho Internacional del Mar en la regulación del rescate de inmigrantes;
- las competencias de rescate y salvamento que tienen respectivamente los Estados y la UE; y la vinculación a las cuestiones de seguridad ²⁸
- la falta de claridad en los objetivos europeos y de los Estados cuando actúan en el mar para salvar vidas, rescatar, controlar fronteras exteriores, vigilar los espacios marítimos y el alta mar;
- las limitaciones de las operaciones europeas a iniciativa de los Estados y de las impulsadas y coordinadas por la Agencia Frontex.

A todo ellos se une un contexto de Estados terceros de la ribera sur del Mediterráneo inestables y conflictivos, que poseen problemáticas diversas pero muy complejas.

Quizás por ello los resultados no han sido nada alentadores : ha habido una impresionante normativa adoptada (podemos citar entre otros desde la regulación creadora de FRONTEX hasta la del Cuerpo de Guardia de Fronteras y Costas, pasando por la normativa sobre equipos de intervención rápida en las Fronteras (Rabit)²⁹, o la de vigilancia de fronteras marítimas exteriores en operaciones conjuntas). Sin embargo, todo lo que se ha intentado para frenar o prevenir la inmigración no ofrece perspectivas de sostenibilidad como solución razonable y permanente de los problemas, que incluyen la lucha contra el tráfico de trata de seres humanos. Incluso hemos conocido la tentación de respuesta militar en unos casos; en otros se han llevado a cabo operaciones de naturaleza militar, iniciados en el marco OTAN, o en el marco de la Operación ‘Eunavfor Med / Sofía’, ahora con funciones limitadas³⁰.

²⁷ Para el caso de la SAR Malta, Vid. JIMÉNEZ GARCÍA-CARRIAZO, A., “Small Island, Big Issue: Malta and its Search and Rescue Region – SAR” *Paix et sécurité internationales*, N.º. 7, 2019, págs. 299-321.

²⁸ Vid. ACOSTA SANCHEZ M, “Estrategias de seguridad marítima y medios contra la inmigración irregular: análisis comparado de España, Unión Europea y Unión Africana”, *REEI* n.º 40 2020.

²⁹ Reglamento (CE) n.º 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 , por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras y que modifica el Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo por lo que respecta a este mecanismo y regula las funciones y competencias de los agentes invitados, *DOUE* L 199 de 31.7.2007, pp. 30-39.

³⁰ Pueden verse los trabajos de ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., “Sobre el ámbito competencial de las operaciones de paz: el enfoque integral de la operación militar Sophia de la UE ante la crisis migratoria”, *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2018, n.º 12, pp. 15-48; ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., "Sobre la seguridad marítima y el uso de fuerzas navales europeas frente al reto de la inmigración", en Sobrino Heredia, J. M. – OANTA, G. (Coords.), *La construcción jurídica de un espacio marítimo común europeo*, Bosch Editor, Barcelona,

En buena medida, son las fronteras marítimas las que condicionan que la UE deba introducirse en una Política fronteriza nueva. En efecto, las circunstancias y problemáticas que referimos confirman que deben articularse nuevos enfoques a la inmigración por vía marítima, así como la gestión interna de la llegada de refugiados. Además, la experiencia demuestra que la UE ha conocido anteriormente de desbordamientos y crisis con la llegada súbita por mar de algunos miles de personas (caso de los cayucos en Canarias en 2006,³¹ o las frecuentes llegadas a Lampedusa por ejemplo); por lo que conflictos internos de Estados terceros pueden, con relativa facilidad, nuevamente volver a poner en cuestión el sistema de acogida y libre circulación en Europa, mientras permanezcan los canales de llegada por vía marítima a Europa (mediterráneo oriental, central y occidental).

Hay que tener en cuenta que el control fronterizo de la inmigración en el Mediterráneo, y su gestión conforme al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional de Derechos humanos, tiene un altísimo simbolismo y trascendencia práctica y política para la Unión Europea y los europeos. Cuestión prioritaria y decisiva en la redefinición identitaria del proceso de construcción europea que se vive en la era del ‘Brexit’, hay cuestiones básicas de extranjería y derechos humanos, e igualmente de percepción de vulnerabilidad de las fronteras y acceso al territorio de los Estados y pueblos y de la entidad política en construcción.

De aquí la necesidad de articular un modelo de frontera exterior eficaz en su vigilancia, sostenible y coherente con los valores europeos.

3.3. ¿Un ‘modelo europeo’ nuevo para las Fronteras exteriores? Fronteras internacionales en mutación

Pensamos que el modelo europeo que instauró en *Schengen* y el Tratado de Ámsterdam en 1997, se encuentra ahora en la necesidad de evolucionar; necesita adaptarse en la faceta externa de la vigilancia y control de las fronteras exteriores europeas. Se trata de establecer un ‘Modelo europeo’ de fronteras con un control diferenciado y adaptado a los amplios territorios fronterizos de la Unión, especialmente los del sur-mediterráneo, que además se encuentran territorialmente vinculados a los espacios del Sahel.

Sin embargo, la UE no puede crear un nuevo modelo de frontera exterior de forma unilateral y aislada. A diferencia de la incorporación efectiva del ordenamiento *Schengen* en la UE, a partir de 1997, crear un sistema o modelo de fronteras exteriores diferenciado es más complejo que el modelo supresor de los controles interiores. Y es que el modelo inicial de fronteras

2020, pp. 695-713. Un análisis especialmente profundo e interesante sobre las lecciones de esta Operación Sophia en PI I LLORENS M. "La Unión Europea y la lucha contra los traficantes y tratantes de migrantes en Libia: balance tras el fin de la operación Sophia" *REEI*, n.º 40, 2020.

³¹ Puede verse, ACOSTA SANCHEZ M. – DEL VALLE GALVEZ A. "La crisis de los cayucos. La Agencia Europea de Fronteras –FRONTEX y el control marítimo de la inmigración clandestina", *Tiempo de Paz*, 83, 2006, pp. 19-ss.

interiores/exteriores instaurado tras recibirse el caudal Schengen con el Tratado de Ámsterdam, disponía de elementos de base que la UE y los Estados podía por sí mismos crear u ordenar (controles de pasaportes en los aeropuertos y fronteras terrestres, por ejemplo).

En cambio, para erigir un modelo diferenciado y adaptado de control de fronteras exteriores, se necesita el acuerdo de los Estados terceros mediterráneos, ya que deben alterarse las funciones de la frontera exterior europea.

Además, un modelo evolucionado y propio de Frontera Exterior europea debe tener una coherente imbricación con la política exterior y los flujos migratorios africanos y orientales. En buena lógica, debería ser la resultante de un proyecto previo constitucional de ciudadanía, inmigración y extranjería europea. Pero esto como sabemos es un modo de proceder contrario al tradicional modo funcionalista de integración por pequeños pasos, que por definición no parte de una previa “construcción de conjunto”³². Sin embargo, la envergadura y drama de la crisis – ya convertida en problema estructural y sistémico- requiere ampliar la perspectiva de respuesta, al menos como estrategia de conjunto, en estos momentos de creciente intensidad normativa de la Unión en estos temas.

En realidad, dada la generalizada percepción de vulnerabilidad del cinturón fronterizo exterior meridional, estamos ante lo que parece una tendencia normativa, institucional y política inevitable en Europa, con diversas manifestaciones de nuevas y complejas funciones de control de fronteras que albergan numerosos aspectos problemáticos; con instrumentos de control que se proyectan no sólo en la línea de frontera, sino en diferentes lugares y espacios de los territorios liminares europeo y de otros Estados limítrofes. De esta tendencia se considera que existen numerosas manifestaciones, y que han recibido diversas denominaciones, como veremos.

La UE necesita una nueva Política o Modelo de Fronteras Exteriores que asuma legalmente y afronte política e institucionalmente la separación que se está produciendo de las funciones de control respecto a la frontera-línea exterior, lo que conlleva el desplazamiento extraterritorial y/o al exterior de ciertas funciones de control fronterizo en los márgenes amplios e imprecisos de Europa -lo que hemos calificado el *limes imperii*³³--. Desde esta perspectiva de cambio en el concepto y funciones de la frontera exterior europea, lo que se está planteando o forjando en mi opinión es -consciente o inconscientemente, directa o indirectamente.- un *nuevo Modelo de Frontera Exterior*, donde la Frontera no sea sólo una línea donde ejercer todas las funciones de control fronterizo; sino que habría que entenderla más como un territorio que como una línea, un espacio fronterizo amplio en el que podrían llevarse a cabo determinadas funciones de

³² Recordemos la Declaración Schuman, “*L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble: elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait*”.

³³ En “Unión Europea, crisis de refugiados y *limes imperii*”, en *RGDEur* 2016 cit.

control y acceso al territorio UE, comprendida la tramitación de solicitudes de asilo, la retención de llegada de refugiados³⁴, o la ejecución de acuerdos de retorno y devolución de inmigrantes y refugiados³⁵.

Por tanto, la frontera, a efectos de tareas de control, se transformaría funcionalmente en un amplio espacio territorial y marítimo, variable, de territorios limítrofes e islas bajo soberanía de Estados UE y de Estados terceros fronterizos o vecinos. Desde luego, en el concepto internacional de frontera no es una novedad la no coincidencia entre frontera-límite y frontera-lugar de control³⁶; pero sí la pretensión o necesidad de adelantar sistemáticamente los instrumentos de control fronterizo de acceso al territorio europeo, en un nuevo modelo jurídico-institucional fronterizo evolucionado.

Pero no sólo debemos tener presente la inviabilidad del control fronterizo en el Mediterráneo, en el amplio *limes mediterraneus* que va desde Canarias a Turquía. También debemos afrontar la realidad de la conformación de un nuevo espacio fronterizo al sur del mediterráneo-Sahel, que necesita una nueva política de fronteras exteriores para esta área sahariana. Por ello debemos contextualizar las tendencias normativas y las políticas migratorias europeas en la idea de nuevos espacios fronterizos, nuevos imaginarios fronterizos, o nuevos conceptos de frontera. En cualquier caso, los nuevos modelos de frontera que se propongan deben asumir el objetivo de abandonar el mar como lugar de control, de rescate, aunque nos dotemos de una regulación de actuación mínima europea en el medio marino.

Entonces, son las fronteras marítimas las que condicionan, decantan y hacen necesario que la UE deba introducirse en un modelo evolucionado de frontera exterior. En efecto, las circunstancias y problemáticas que referimos confirman que deben articularse nuevos enfoques hacia los flujos migratorios y los controles fronterizos exteriores, con una gestión más integrada, con un control diferenciado y adaptado a los amplios territorios fronterizos de la Unión.

Este modelo europeo de frontera exterior se inscribiría en una tendencia general de la sociedad internacional de la globalización, que afirma las fronteras aunque alterando su concepción, funciones y componentes de base territorial³⁷. En el caso europeo, este nuevo modelo comportaría una desagregación de ciertas funciones fronterizas, como el control de acceso, en

³⁴ Según ACNUR, Turquía, Líbano y Jordania atendían en 2016 a más de 4 millones de los 5 millones de refugiados sirios, en campamentos que reciben ayuda de la UE : “Bruselas aprueba movilizar 1.400 millones de la ayuda prometida para los refugiados sirios en Turquía”, *Europa Press* 28.07.2016; “Bruselas apoyará con más de 200 millones a refugiados sirios en Turquía, Jordania y Líbano”, *Europa Press*, 22.06.2016.

³⁵ “Merkel pide replicar en otros países el pacto con Turquía para frenar la migración”, *El País*, 28.09.2016

³⁶ Este aspecto en DEL VALLE GALVEZ A., “Control de Fronteras y Unión Europea”, *AFDUAM cit.*, en pp. 72-ss.

³⁷ Ver los comentarios de Luz GÓMEZ en “El Tercer País- La crisis de refugiados en el Mediterráneo oriental ha llevado al paroxismo la noción clásica de frontera”, *El País*, 06.05.2016.

un amplio espacio liminar terrestre o marítimo. Para la correcta comprensión del fenómeno que se está operando en Europa, creo que conviene inscribir la crisis y las medidas de la UE en un contexto más general de modificaciones esenciales de las funciones fronterizas, y del mismo concepto de frontera internacional. Muy probablemente los cambios de envergadura en la concepción y funciones de la frontera se están produciendo en muchas regiones y países – como el caso australiano pone de relieve--, y que parecen también proyectarse especialmente en la UE.

El problema es claro cómo garantizar la aplicación del Derecho y los valores europeos en estos territorios liminares concéntricos de Europa. Este retorno a los amplios márgenes fronterizos en lugar de las fronteras lineales, donde la UE proyecta su poder en búsqueda de seguridad y de protección de intereses esenciales³⁸, es un fenómeno que debe embridarse con el Derecho y la vigilancia del cumplimiento del Derecho internacional y europeo de Derechos Humanos. La presión migratoria y la práctica de los Estados europeos y de la UE está confirmando el que nos encontramos, también en Europa, ante la existencia de nuevas prácticas desterritoriales en la vigilancia, control y responsabilidades de los Estados en frontera y con la colaboración de Estados terceros. Pero en estos escenarios de desterritorialidad y adaptación del modelo Schengen de Frontera Exterior en materia migratoria --al menos para el área mediterránea--, el resultado debe ser sólido, sostenible y respetuoso de los derechos fundamentales.

4. 'EXTERNALIZACIÓN', 'EXTRATERRITORIALIDAD' Y 'DESTERRITORIALIDAD' DEL CONTROL MIGRATORIO

En un contexto de generalizada *percepción* de vulnerabilidad del cinturón fronterizo exterior meridional en opiniones públicas y Gobiernos europeos, encontramos las referencias cada vez más frecuentes a lo que se denomina la '*externalización*' del control de fronteras. De forma que se ha convertido en un etiquetado común para caracterizar la estrategia europea ante las llegadas de migrantes y refugiados, para referirse al control de la inmigración, o en general a la política migratoria europea. Desde el mismo origen del etiquetado como '*externalización*' del fenómeno y este tipo de actividades UE, existe una cierta imprecisión, o de sinonimia entre varios términos, como '*Externalisation*' o '*extra-territorialisation*'³⁹.

El fenómeno de la actuación fronteriza de los Estados UE fuera del territorio europeo parece una tendencia inevitable en Europa, con plasmación diversificada de estas nuevas y complejas funciones de control de fronteras que albergan ahora numerosos aspectos problemáticos; y es

³⁸ GERMOND, B., 'From Frontier to Boundary and Back Again: The European Union's Maritime Margins' (2010) 15 *European Foreign Affairs Review*, Issue 1, pp. 39–55.

³⁹Vid. Por ejemplo RIJPMAN J.J. – CREMONA, M. "The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law", *EUI Working Papers- Law* 2007/1; GUILD, e. – CATTERAR, S. – BALZACQ Th. "The Changing Dynamics of Security in an Enlarged European Union", en *Challenge – Liberty – Security, Research Paper* n.º 12, October 2008, apartado III.

que nos encontramos con instrumentos de control que se proyectan no sólo en la línea de frontera, sino en diferentes lugares y espacios de los territorios liminares europeos y de otros Estados limítrofes.

Esta tendencia tienen numerosas manifestaciones, todas referidas a problemáticas extraterritoriales del ejercicio de funciones de frontera, en los márgenes o fuera del territorio de la Unión, con instrumentos europeos de control pre-fronterizo (*Pre-Border Control*)⁴⁰.

Veamos los distintos aspectos que presenta esta dimensión fronteriza exterior reciente.

4.1. El problema terminológico y conceptual

Una primera cuestión tiene que ver con los conceptos que tenemos al uso en estas temáticas. En mi opinión, se presentan carencias, confusión y falta de rigor en la utilización de los mismos -por la doctrina y los medios de comunicación principalmente- para referirnos a las realidades migratorias.

Las expresiones son muy variadas, pues las prácticas han recibido diversas denominaciones. Nagore Casas o Abrisketa Uriarte refieren por ejemplo un largo catálogo de expresiones académicas para referirse a esta realidad: ‘outsourcing’, ‘externalisation’, ‘offshoring’ o ‘extraterritorialisation of migration management’; ‘external migration governance’; ‘remote migration policing’; ‘de-territorialisation of border control’; ‘politics of extraterritorial processing’; ‘neo-refoulement’; or ‘*limes imperii*’⁴¹.

⁴⁰ Para un listado de instrumentos de “pre-control” fronterizo, NAGORE CASAS diferencia entre Passive Interception (Visa, Carrier Sanctions, Immigration Liaison Officers) y Active Interception (Interception at sea by Frontex)- Vid sus trabajos, “The instruments of pre-border control in the EU: A new source of vulnerability for asylum-seekers?”, en European Commission – FRAME, 31.05.2016, pp. 30-59. NAGORE CASAS, M., “The Instruments of Pre-border Control in the EU: A New Source of Vulnerability for Asylum Seekers?”, *Paix et Sécurité Internationales*, num. 7, 2019, pp. 161-198.

⁴¹ “In addition to ‘politics of non-entrée’, several terms have been used by scholars to refer to this phenomenon, which is subject to increasing attention by literature and media: ‘outsourcing, externalisation, offshoring or extraterritorialisation of migration management; external migration governance; remote migration policing’; ‘de-territorialisation of border control’; ‘politics of extraterritorial processing’; ‘neo-refoulement’; or ‘*limes imperii*’. All of these terms refer to the various types of interception measures used by states against asylum-seekers and refugees, measures which are usually developed by the wealthiest states, notably the United States, Australia, Canada and EU Member States” señala NAGORE CASAS *Ibidem*, pp. 31-32. También ver las expresiones que refiere ABRISKETA URIARTE, J. “La dimensión externa del derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del *non-refoulement*” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 56, (2017). 119-158, en pp. 125-126.

Aunque por supuesto podemos encontrar otras, como -“desplazamiento de fronteras”, “delegación” o “control remoto” de la inmigración, asilo *off-shore*, control policial a distancia⁴², o las que se pueden resumir en la expresión de *políticas de non-entrée*.⁴³

La mayoría de estas expresiones quieren reflejar realidades de intervención o control fronterizo diferentes o novedosas, pero que en suma inciden en la pretendida voluntad de la UE y los Estados miembros de alejar o prevenir la llegada de inmigrantes a sus fronteras exteriores. Se trataría de una serie de medidas que llevan a que aparentemente las funciones de control fronterizo se desplacen fuera de la UE, o que se compartan con terceros Estados.

En este sentido podemos referir medidas como Programas, Planes de Acción o Acuerdos internacionales (tengan o no la naturaleza de Tratados, como los *Memorandum of Understandings*- MOUs), que en el marco de políticas UE como la migratoria, de fronteras, o de cooperación al desarrollo, estipulan que Estados terceros (de origen o tránsito) vigilen sus propias fronteras y flujos migratorios, con lo que se detiene o impide el acceso físico al territorio de los Estados UE; asumen por tanto estos Estados la localización en su territorio, o el rechazo, de refugiados e inmigrantes en general que provienen de otros Estados, pero que principalmente tienen a los Estados europeos como lugar de destino.

Otra serie de medidas tienen que ver con funciones de control fronterizo por los propios Estados miembros, aunque fuera de su soberanía y/o jurisdicción territorial (terrestre y marítima).

En general, se utiliza con facilidad las expresiones *externalización* o *extraterritorialidad* de las fronteras y sus controles, muchas veces como sinónimos.⁴⁴ La utilización de esta terminología es indistinta en autores, medios especializados, organismos internacionales u Organizaciones No Gubernamentales- ONGs.

Sin embargo, conviene intentar aportar un poco de mayor precisión al empleo de estos conceptos, para conocer las consecuencias y alcance jurídico de las expresiones, que en ocasiones son figurativas; este es el caso por ejemplo de la idea o metáfora de la “zona-tampón”,

⁴² Por ejemplo GUILD E. – BIGO D., “Policing at a distance: Schengen Visa policies” en *Controlling Frontiers-Free Movement Into and Within Europe*, Londres 2005, pp. 203-ss; sobre las acepciones de las expresiones “policing at a distance” y de “remote policing”, pp. 203-205.

⁴³ HATHAWAY, J., “The Emerging Politics of Non-Entrée’ *Refugees* 1992, 91, 40. Ver los comentarios de SANCHEZ LEGIDO, A. “El arriesgado acceso a la protección internacional en la Europa fortaleza: la batalla por el Visado Humanitario europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo – RDCE*, 57, 2017, pp. 433-472, en pp. 439-ss.

⁴⁴ Ver por ejemplo GABRIELLI L., “La externalización europea del control migratorio. ¿La acción española como modelo?” *Anuario CIDOB de la inmigración*, 12/2017, págs. 127-152 ; ZAPATA BARRERO, R. - ZARAGOZA CRISTIANI J., “Externalización de las políticas de inmigración en España ¿giro de orientación política en la gestión de fronteras y flujos migratorios?” *Panorama social*, N.º 8, 2008.

que reenvía a la imagen de un anillo de “Estados-tampón” alrededor de Europa (“buffer-zone” en otra expresión⁴⁵), destinado a proteger al continente de la inmigración.

Las expresiones normalmente no se utilizan en sentido jurídico, sino figurado, para representar críticamente una especie de delegación de competencias, funciones y responsabilidades de control fronterizo de la UE y sus Estados miembros en favor de ciertos terceros Estados mediterráneos (Turquía, Libia o Marruecos, por ejemplo), cuando no directamente se habla de exportación de la gestión de fronteras a terceros Estados⁴⁶.

Hay que tener en cuenta que muchos autores abordan estas cuestiones desde campos muy variados, como por ejemplo desde la antropología, historia, ciencia política, sociología u ordenación del territorio. Así, la antropóloga Casas-Cortes hace pivotar la idea de externalización en una expansión administrativa y territorial en un tercer Estado⁴⁷.

El problema es que hay una tendencia a utilizar la expresión ‘externalización’, que es la más frecuente, dando por supuesto el significado y sin ofrecer definición alguna⁴⁸. En esta expresión entra una amplia panoplia de acciones, que van desde los visados (“a key instrument for externalizing border control”⁴⁹) a la formación de tripulaciones para guardacostas de terceros

⁴⁵ Vid. PAPAGIANNI G., “Forging an External EU Migration Policy: From Externalisation of Border Management to a Comprehensive Policy?” *European Journal of Migration and Law* 2013, 15(3), pp. 283-299.

⁴⁶ “Externalisation is the partial exportation of the management of borders to third States. Externalisation consists of moving the border outward and creating a "metaphorical" border in a third State through which a Member State can implement its border control directly in that third State. With externalisation, a Member State has direct control. The Member State has direct control through its use of immigration officials and/or through deputising an agent to carry out migration control” define MCNAMARA en “Member State Responsibility for Migration...” *loc. cit.*, pág. 327.

⁴⁷ “Border externalization refers to the process of territorial and administrative expansion of a given state’s migration and border policy to third countries. The process is based on the direct involvement of the externalizing state’s border authorities in other countries’ sovereign territories, and the outsourcing of border control responsibilities to another country’s national surveillance forces. Border externalization changes the understanding of the border by reworking who, where and how the border is practiced. By rethinking borders beyond the dividing line between nation-states and extending the idea of the border into forms of dispersed management practices across several states’, externalization is an explicit effort to “stretch the border” in ways that multiply the institutions involved in border management and extend and rework sovereignties in new ways. In this way, the definition of the border increasingly refers not to the territorial limit of the state but to the management practices directed at ‘where the migrant is’.” CASAS-CORTES., M. e.a. , “New Keywords: Migration and Borders” *Cultural Studies*, 2015, vol. 29:1, 55-87, en voz “Externalization”, pp. 19-23, cita de pág. 19.

⁴⁸ Vid. por ejemplo USTUBICI A. – ICDUYGU, A. “Border closures and the externalization of immigration controls in the Mediterranean: a comparative analysis of Morocco and Turkey”, *New Perspectives on Turkey* n.º 60, 2019, pp. 179-202.

⁴⁹ LAUBE L, “The relational dimension of externalizing border control: selective visa policies in migration and border diplomacy” *Comparative Migration Studies* volume 7, Art. number: 29, 2019, en pág. 2.

Estados⁵⁰. Lo común es que en la definición de ‘externalización’ entren tanto las actividades extraterritoriales, como las de implementación, a través de otros países, de las políticas UE y de los Estados para el control de la inmigración⁵¹. En ocasiones se utilizan expresiones como “la deslocalización europea de los controles migratorios”⁵², o se vinculan a la noción –a mi juicio más problemática- de ‘intercepción’⁵³.

Otro problema es que algunas definiciones hacen pivotar el significado en la intencionalidad, sea del migrante para llegar a Europa⁵⁴, sea de la UE para con conciencia y *dolo* desentenderse de la competencia y reenviar esta función de control migratorio a otros países.

Con estas expresiones de *externalización* o *extraterritorialidad*, se pretende reflejar la realidad de la deslocalización sistemática de ciertas funciones fronterizas y de control migratorio fuera de la frontera-línea y puestos de control y paso fronterizo terrestre, marítimo-portuario y aeroportuario, que normalmente se encuentran localizados en o a la entrada del territorio terrestre o marítimo de los Estados europeos. Las expresiones o definiciones que utilizan los autores en ocasiones son descarnadas⁵⁵. Con todo, hay cierta conciencia de abarcar unas

⁵⁰ Vid. por ejemplo PORCELA SANCHO A. “La formación de la Guardia Costera y Marina libias en el marco de la Operación Sophia. Un ejemplo práctico de la externalización de las fronteras en el ámbito de la UE”, *Boletín IEEE, Documento de Opinión* 65/2019, 05.07.2019, pp. 1-13.

⁵¹ Como la que ofrecen MORENO LAX V. Y LEMBERG PEDERSEN M. : “The externalization of European border control can be defined as the range of processes whereby European actors and Member States complement policies to control migration across their territorial boundaries with initiatives that realize such control extra-territorially and through other countries and organs rather than their own”, ‘Border-induced Displacement: The Ethical and Legal Implications of Distance-creation through Externalization’ *Questions of International Law*, 2019, vol. 56(1), pp. 5-33, en p. 5. Igualmente” para SANCHEZ LEGIDO esta es la línea definitoria de la los procesos de externalización, “en sentido tanto geográfico como funcional, pues supone no solo desplazar hacia el exterior los controles migratorios, sino encomendar o al menos implicar en su realización a entidades ajenas y/o independientes de los Estados europeos, ya se trate de agentes privados, de agentes de terceros Estados, o de entidades supraestatales, como es el caso de la agencia Frontex” (“Externalización de controles migratorios *versus* derechos humanos”, *REEI* n.º 37, 2019., en pp. 3-4).

⁵² SANCHEZ LEGIDO, A. “Externalización de controles migratorios *versus* derechos humanos”, *loc. cit.*, en pág. 2.

⁵³ Es el caso de SANCHEZ LEGIDO, *loc. cit.*

⁵⁴ “Se entiende por tales el conjunto de actuaciones legales, administrativas y ejecutivas dirigidas a bloquear o interrumpir el tránsito hacia los países europeos, de tal manera que se impida el acceso a su territorio de quienes desde los países de origen de los principales flujos migratorios y a lo largo de todo su trayecto, aspiran a acceder a la Unión Europea sin cumplir los requisitos exigidos por las normas migratorias” define SANCHEZ LEGIDO basándose en la definición de ACNUR de 2000, en *loc. cit.* pp. 3-4.

⁵⁵ Por ejemplo G. FANJUL señala “la lógica de ‘externalización’ que ha seguido la política migratoria europea desde la crisis de los cayucos de 2005-2006: comprar o forzar la colaboración de semidemocracias en el trabajo sucio”, o de G. PINYOL : “colaborar con países vecinos para delegarles el control de sus fronteras, en un intento de reducir la presión migratoria (habitualmente sobreestimada) y no responsabilizarse de la protección de derechos de las personas migrantes”, en *Agenda Exterior* sobre Inmigración y Refugio, Agenda Pública – Política Exterior 28.06.2018.

variadas situaciones que deben ser diferenciadas⁵⁶. En verdad, acepciones muy amplias de la externalización pueden dar cabida a cualquier actividad con terceros Estados directa o indirectamente vinculada a migraciones. A mi juicio, la política de visados, por ejemplo, no es estrictamente una actividad que se deba incluir en la externalización de los flujos migratorios, como luego precisaremos.

4.2. Una propuesta conceptual de coherencia jurídica

Por lo anterior, debemos hacer un esfuerzo jurídico para definir las diferentes situaciones migratorias y fronterizas; al fin y al cabo, es la regulación de cada situación la que determina los derechos, obligaciones, competencias y controles de instituciones de la UE y Estados europeos, incluida la protección de derechos fundamentales. Con definiciones genéricas de externalización es muy difícil llevar a cabo este análisis que proponemos⁵⁷.

Además, es necesaria una coherencia en la actuación de la UE respecto a las mismas situaciones en diferentes lugares o Estados terceros. Por lo que conviene determinar el estatuto de la UE y del Derecho de la Unión y los Derechos humanos en las distintas situaciones que podamos discernir y clasificar.

A continuación desarrollaremos ideas sobre nuestra teoría sobre la división de conceptos que debe establecerse entre *Desterritorialidad*, *Externalización* y *Extraterritorialidad*⁵⁸.

4.2.A. La Desterritorialidad de controles migratorios y funciones fronterizas

El conjunto de escenarios fácticos y legales con las que se hace referencia a la intervención - directa o indirecta- de la UE o de Estados UE en los recorridos migratorios fuera de las fronteras de los Estados UE, hasta la llegada a territorio de los Estados UE, son muy variados y distintos

⁵⁶ Ver ABRISKETA URIARTE, *loc. cit.*, p. 157. Por su parte, McNAMARA F., “Member State Responsibility for Migration Control within Third States-Externalisation Revisited”, *European Journal of Migration and Law*, 2013, pp. 319-335, diferencia entre “Externalisation” y “External dimension”, esta última para situaciones en las que el control del Estado es más débil e indirecto.

⁵⁷ “Este fenómeno es comúnmente conocido como “externalización de las fronteras”, e incluye todas las prácticas llevadas a cabo por los Estados con el objetivo de trasladar la frontera, desplazándola de una simple frontera física, hacia cualquier lugar donde se puedan encontrar los migrantes” PORCELA SANCHO A. “La externalización de las fronteras en el ámbito de la Unión Europea”, *Boletín IEEE, Documento de Opinión* 80/2018, 06.07.2018, pp. 231-245, en pág. 235.

⁵⁸ Apuntamos nuestra teoría sobre estos conceptos en nuestros anteriores trabajos: DEL VALLE GÁLVEZ, “La fragilidad de los derechos humanos en las fronteras exteriores europeas, y la externalización/extraterritorialidad de los controles migratorios” *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*. Vol. XVIII, coord. por Juan Soroeta Liceras, Nicolás Alonso Moreda, 2019, págs. 25-58, en apartado 5, pp. 40-49; . DEL VALLE GÁLVEZ, A. “Refugiados y crisis migratorias: fronteras y “desterritorialidad” en las puertas de Europa” *en Op. Cit.* 2019, en particular pp 108-114; DEL VALLE GALVEZ A., “Sobre la inviabilidad del modelo de fronteras exteriores europeas en el mediterráneo”, *REDI loc. cit.*, 2020, en punto 4. E igualmente, en “Refugee Crisis and Migrations at the Gates of Europe: Deterritoriality, Extraterritoriality and Externalization of Border Controls.”, *en Paix et Sécurité Internationales*, n.º 7, 2019, 117-160.

en su propia naturaleza. Se trata en suma de situaciones que localizan fuera del territorio terrestre, aéreo y marítimo de los Estados determinadas funciones que se han desempañado tradicionalmente en la misma frontera o en puestos fronterizo por los Estados miembros; igualmente también engloba determinadas medidas y acciones referentes a la inmigración, políticas migratorias y de asilo, y de gestión de flujos migratorios.

En mi opinión, una primera aproximación jurídica llevaría a comprender este conjunto de situaciones y actuaciones vinculadas a las migraciones y a los controles fronterizos, como acciones destinadas a ejercerse conceptualmente fuera del territorio de los Estados Miembros, y por tanto todas serían actuaciones *desterritoriales*, ya sean situaciones de 'Externalización' o de 'Extraterritorialidad' de las funciones de control fronterizo. Por eso preferimos referirnos a este conjunto de situaciones como *des-territorializar* el control migratorio, al tratarse de escenarios y realidades fuera de territorio de la UE. A veces estas situaciones se etiquetan genérica o simplíficamente como en la expresión 'External EU Migration Policy'⁵⁹.

En consecuencia, en este ejercicio de intentar una mayor precisión conceptual, quizás sea más útil utilizar el término *Desterritorialidad*, que es más neutro que otros, ya que evoca la idea de ubicar fuera del territorio determinadas funciones de control fronterizo y de políticas migratorias, a desarrollar por otros Estados o por el propio Estado. El mismo Diccionario de la Academia de la Lengua asienta que 'territorial' es lo "perteneciente o relativo al territorio". Como se trata de situaciones y actuaciones vinculadas a las migraciones y a los controles fronterizos, debemos conceptualmente situarnos fuera del territorio; por lo que esta opción de *Desterritorialidad*, permite por su carácter general e hipotéticamente abarcar las situaciones tanto de *Externalización* como de *Extraterritorialidad* de las funciones de control fronterizo⁶⁰.

Si en este plano desterritorial en el que nos situamos nos traemos el Derecho originario, veremos que el TFUE enfoca separadamente el control de frontera exterior y el sistema integrado de gestión de fronteras exteriores (art. 77 TFUE); la política de asilo, protección subsidiaria y temporal (Art. 78 TFUE); y la política de inmigración, gestión eficaz de flujos migratorios, lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos, incluyendo acuerdos con terceros Estados (Art. 79 TFUE). Esta diferenciación en las previsiones normativas del

⁵⁹ Vid. PAPAGIANNI G., "Forging an External EU Migration Policy: From Externalisation of Border Management" *loc. cit.*, pág. 284.

⁶⁰ RIJPM Y CREMONA, *loc cit supra* utilizan la expresión *Extra-Territorialisation*, con parecidos contenidos que empleamos nosotros para 'Desterritorialidad'. Por su parte, en un sentido diferente de 'Desterritorialidad', vinculado a identidades en las migraciones REYES TOVAR M., "La Desterritorialización como forma de abordar el concepto de frontera y la identidad en la migración", *Revista Geográfica de América Central* 2011, 2. Por su parte NARANJO GIRALDO, G. E. concibe la Desterritorialización de una frontera como la realización de ciertos controles fronterizos fuera del territorio del Estado, "Desterritorialización de fronteras y externalización de políticas migratorias. Flujos migratorios irregulares y control de las fronteras exteriores en la frontera España-Marruecos" *Estudios Políticos*, N.º. 45, 2014, págs. 13-32.

Derecho originario pensamos que también debe trasladarse a las diferentes conceptos y situaciones objeto de análisis.

Intentemos entonces ahondar en las diferencias de situaciones previstas en los Tratados, para saber si se corresponden con las distintas realidades. En nuestra opinión lo razonable y operativo es diferenciar jurídicamente entre los conceptos de ‘externalización’ y de ‘extraterritorialización’. De hecho el mismo Diccionario de la Real Academia claramente entiende que se trata de situaciones diferentes; así, mientras *Extraterritorial* su única acepción entiende que es, como hemos indicado, lo “Que está o se considera fuera del territorio de la propia jurisdicción”, *Externalizar* lo considera proveniente del inglés y aplicable a la economía, dando como primera acepción “Dicho de una empresa o de una institución pública: encomendar la realización de tareas o servicios propios a otra empresa”.

En suma, existe una necesidad de actuación europea *desterritorial*, motivada en mi opinión:

- Por una reconocida limitación de los Estados UE para asumir responsabilidades y competencias de protección de vulnerables en el propio territorio, motivada tanto por la necesidad funcional de preservar los sistemas de acogida ante llegadas súbitas y masivas; como por razones políticas internas de cada país, en las que cuentan las opiniones públicas y los populismos xenófobos.
- Por una clara determinación de reducir al mínimo tolerable posible la inmigración irregular que entre en el territorio federal europeo de libre circulación, por muchas razones, entre las que destacan las razones morales vinculadas a los valores de Europa, y las funcionales de circulación regular en el espacio ‘federal’ Schengen.

Se trata de un planteamiento que contiene contornos políticos y evolutivos (mínimo tolerable, razones políticas internas) o funcionales (capacidad de los sistemas de acogida., circulación de inmigrantes irregulares en el espacio ‘federal’ común). Es, sin embargo, el planteamiento que en mi opinión determina la actuación desterritorial europea, ya consista en externalización de flujos migratorios, o de extraterritorialidad de controles de fronteras.

4.2.B. La *Externalización* de la gestión y control de flujos migratorios

Nuestra propuesta es reservar la *Externalización* de controles fronterizos, para aquellas situaciones en las que no hay ni presencia ni ejercicio directo de actividades de control por agentes públicos de los Estados Miembros. Los Estados terceros pueden llevar a cabo determinadas funciones de control fronterizo y política migratoria (vigilancia de sus fronteras, detención y devolución de inmigrantes, procesos de regularización y permisos de residencia a inmigrantes, desarrollo normativo de Extranjería propio). Y lo hacen no con agentes públicos de Estados europeos, sino con sus medios y como consecuencia directa o indirecta de acuerdos con la UE o con Estados Miembros de la UE, o con Programas y Planes de acción acordados con la Unión Europea o sus Estados.

Entonces, las actividades de *Externalización* de controles migratorios, parece más adecuado encajarlas en la política de inmigración y la gestión o control de flujos migratorios (Art. 79 TFUE), por tener componentes, actividades y fines que no son estrictamente los de control de entrada de extranjeros en el territorio a través de controles de frontera en el puesto o línea fronteriza. Es cierto que también podría completarse legalmente con ciertas actividades de la gestión integrada de fronteras exteriores (Art. 77.1.c) cuando exista colaboración con terceros Estados.

La doctrina frecuentemente considera que ciertas funciones de control fronterizo de la UE y sus Estados se realizan por otros Estados terceros, a través de figuras jurídicas imprecisas, como “delegación”⁶¹, “atribución” o “control remoto” para la “contención de los flujos migratorios”, o directamente como la subcontratación por la UE fuera del territorio de una parte del control de sus fronteras⁶². Normalmente en estos análisis no queda claro el vínculo jurídico entre los Estados Miembros/UE y la realización de estas prácticas de control migratorio fronterizo por terceros Estados.

En nuestra opinión, es muy difícil poder considerar legalmente que existe en esta panoplia de situaciones referidas un control directo o indirecto de actuaciones de Estados terceros por parte de los Estados europeos o de la Unión Europea. Se trata de una cuestión muy difícil de concluir sobre la sola base de los acuerdos políticos y jurídicos alcanzados (con el caso paradigmático del Acuerdo UE-Turquía de 2016), o de la normativa de derecho derivado adoptada por la UE. Aparte de la dificultad de demostración de nexo causal directo, no parece que, considerado a la luz del Derecho internacional, nos encontremos ante un supuesto de responsabilidad internacional de los Estados europeos o de la UE, por un comportamiento de gestión migratoria de un tercer Estado (control de fronteras por Túnez, o retorno o regularización de inmigrantes por Marruecos, por ejemplo).

En este sentido, no parece que resulten aplicables⁶³ las disposiciones del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado (Primera Parte Cap. II, Artículos 4-11, “Atribución de un Comportamiento al Estado”⁶⁴). Es cierto sin embargo que en la doctrina y

⁶¹ “Los estados miembros de la Unión están reestructurando sus sistemas fronterizos externalizando la gestión migratoria a países no miembros de la UE, delegando funciones de control migratorio a países fuera de la frontera europea”, señalan CASAS-CORTES, M. – COBARRUBIAS S. - PICKLES J. “Riding Routes and Itinerant Borders: Autonomy of Migration and Border Externalization”, *Antipode* Vol. 47, N.º 4, 2015, pp. 894-914, p. 894

⁶² Ver por ejemplo D’HUMIÈRES, V. “La coopération Union Européenne/Afrique: l’externalisation des politiques migratoires européennes”, *Fondation Robert Schuman, Policy Paper* n.º 472, 20 avril 2018, p. 1.

⁶³ Esta es la opinión igualmente de SANCHEZ LEGIDO, A. “Externalización de controles migratorios *versus* derechos humanos”, *REEI* n.º 37, 2019., en pp. 18-20.

⁶⁴ Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en 2001. Ver el análisis de las normas de Derecho Internacional en las diferentes situaciones que plantean GAMMELTOFT-HANSEN, T. - HATHAWAY, J. C.

análisis de organismos y ONGs es frecuente la idea de que la UE ha transferido “legalmente” su responsabilidad mediante la subcontratación a terceros Estados de controles migratorios⁶⁵, lo que es una imprecisión y no responde a la realidad jurídica internacional.

En suma, entenderíamos por *Externalización* de controles fronterizos, aquellas situaciones en las que no hay ni presencia ni ejercicio directo de actividades de control por agentes públicos de los Estados Miembros. Los Estados terceros llevan a cabo determinadas funciones de control fronterizo y política migratoria, como la vigilancia de sus fronteras, o la retención y retorno extranjeros, con despliegue normativo y operativo propio. Se trata en muchas ocasiones del resultado de acuerdos con la UE o con Estados Miembros de la UE, o conforme a Programas y Planes de acción europeos. En estos acuerdos no tienen por qué estar expresamente detallados y previstos los actos jurídicos y operativos internos, generales o concretos, que cada Estado vecino puede desarrollar con respecto a inmigrantes y extranjeros en su suelo.

Por lo anterior, las actividades de Externalización de controles migratorios, parece más adecuado encajarlas en la genéricas de *gestión o control de flujos migratorios*, por tener componentes, actividades y fines que no son estrictamente los de control de entrada de extranjeros en el territorio europeo a través de controles de frontera en el puesto o línea fronteriza.

En esta línea de la gestión de flujos migratorios podemos incardinar referencias a que se trata de “*Externalisation of Protection Responsibilities*”⁶⁶. Esta idea de incidir en cómo afrontar por la UE y sus Estados la *responsabilidad de* protección de personas me parece más acertada ⁶⁷.

No hay que olvidar que la “gestión eficaz de los flujos migratorios” es un componente de la Política Común de Inmigración (Art. 79.1 TFUE), y no de las Políticas sobre controles en las fronteras (Art. 77 TFUE). En cualquier caso, estas actividades o situaciones mantienen alejados a los inmigrantes y refugiados en general del territorio de los Estados UE, aunque no hayan sido identificados y clasificados como tales por ningún organismo o autoridad europea o del tercer Estado. Por consiguiente, con este concepto de Externalización podríamos conceptualmente clasificar el sesgo nuevo o reciente que ha dado la UE hasta ahora a la gestión de los flujos migratorios, como la de la actuación de y en terceros Estados, con el objetivo –

"Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence", *Columbia Journal of Transnational Law*, 53, no. 2 (2015): 235-84.

⁶⁵ Ver por ejemplo RODIER C., “Externalisation of migration controls”, en *Shifting Borders – Externalising migrant vulnerabilities and rights?*, Red Cross EU Office, 2013, en p. 7.

⁶⁶ Vid *The EU-Turkey Statement and the Greek Hotspots – A failed European Pilot Project in Refugee Policy*, The Greens/European Free Alliance – European Parliament June 2018.

⁶⁷ Así CALVO MARISCAL, *loc. cit.*, en pág. 163.

probablemente implícito- de disuadir y / o prevenir la llegada a territorio UE de ciertas categorías de extranjeros⁶⁸.

Se excluirían de esta forma las políticas de visados, que, aun encontrándose previstas en el TFUE en el Art 79.2.a), son por definición establecidas, implementadas y decididas por los Estados miembros y sus servicios consulares, conforme a normativa común UE. Con esta definición restrictiva de externalización, no entrarían tampoco las sanciones a transportistas, ni las actividades de los Oficiales de Enlace en terceros Estados, ya que se desempeñan por agentes públicos estatales o son consecuencia de la aplicación del Derecho europeo por la Unión o sus Estados. Es discutible igualmente si actividades como la formación de guardacostas en países terceros, sean en puridad actuaciones de externalización y gestión de flujos migratorios (Art. 79 TFUE); o más bien haya que situarlas dentro del control de fronteras exteriores y el -poco definido- sistema integrado de gestión de fronteras (Art. 77 TFUE)⁶⁹. Probablemente este caso de los guardacostas tiene la doble vertiente de externalización y de gestión integrada de fronteras (al igual que tiene doble base jurídica el mismo Reglamento Frontex, Art. 77 y Art. 79)⁷⁰.

Cuestión diferente sería, como veremos *infra*, la de la responsabilidad o deber de los Estados europeos y de la UE de vigilar que, en este marco de externalización, los terceros Estados sean respetuosos con los derechos fundamentales de los extranjeros, inmigrantes y refugiados que se encuentran en ese tercer Estado pero con probable destino al territorio UE.

4.2.C. La Extraterritorialidad de controles fronterizos

En segundo lugar, debemos diferenciar las situaciones de *Extraterritorialidad* de ciertas funciones de control fronterizo, ciñéndolas a aquellas en las que hay presencia o ejercicio por agentes públicos de los Estados UE en determinadas actividades; al mismo tiempo, se dan funciones de control de determinadas situaciones por estos agentes en el territorio de Estados

⁶⁸ Esta idea de prevenir la entrada a jurisdicciones de Estados UE es la que da como central en algunas definiciones del concepto genérico de externalización de controles migratorios, cfr. FRELICK B. – KYSEL I.M. – PODKUUL J. “The Impact of Externalisation of Migration Control on the Rights of Asylum Seekers and Other Migrants”, *Journal of Migration and Human Security*, vol. 4 number 4, 2016, 190-220, en pág. 193.

⁶⁹ ACOSTA SANCHEZ, M.A., “La formación de guardacostas libios: hacia un modelo de sinergia de políticas en la gestión integrada de fronteras marítimas europeas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2019, n.º 69, pp. 859-895.

⁷⁰ El Reglamento (UE) 2019/1896 del PE y del Consejo de 13 de noviembre de 2019 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, tiene su base jurídica en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en particular su artículo 77, apartado 2, letras b) y d), y su artículo 79, apartado 2, letra c)., *DOUE* L 295 de 14.11.2019, p. 1. El Art 3 del Reglamento prevé la ‘Gestión europea integrada de las fronteras’, y el apartado 3.1.g, la “cooperación con terceros países en los ámbitos regulados por el presente Reglamento, centrándose especialmente en los terceros países vecinos y en los terceros países que se hayan identificado en los análisis de riesgos como países de origen o tránsito de la inmigración ilegal”.

terceros, con su acuerdo. De forma que habría ejercicio directo o indirecto de jurisdicción estatal, aplicando el Derecho de la Unión o el Derecho interno de un Estado.

En Derecho Internacional, la Extraterritorialidad, que es un concepto que puede incluir variadas prácticas, supone “the competence of a State to make, apply and enforce rules of conduct in respect of persons, property or events beyond its territory”, y conlleva siempre que sea una actividad prohibida, salvo consentimiento del Estado en el que se desarrolla la actividad extraterritorial⁷¹.

La presencia del agente público que actúa por cuenta del Estado UE o de la UE quizás puede ser el factor diferencial y determinante de la diferencia conceptual entre ‘externalización’ y de ‘extraterritorialización’. Presencia de agente público en un contexto de *control* por el Estado de la situación migratoria de que se trate, según podríamos deducir de la jurisprudencia *Hirsi Jamaa* del TEDH⁷².

Un llamativo caso de extraterritorialidad en el caso de agentes españoles, es el tratado en la Decisión del Comité contra la Tortura de 21 de Noviembre de 2008, en la que se consideró que España tenía jurisdicción en una situación en territorio extranjero, ya que estuvieron bajo control español en Nuadibú 23 inmigrantes hindúes antes de su repatriación⁷³.

⁷¹ Cfr. KAMMINGA, M. T. “Extraterritoriality”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2012, puntos 1 y 27.

⁷² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH (Gran Sala) *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, núm. 27765/09, 23.02.2012. Ver las reflexiones de CARRILLO SALCEDO, J. A., en el Homenaje al Profesor L. I. Sánchez Rodríguez, *El Derecho Internacional en el mundo multipolar del SXXI*, Iprolex 2013, pp. 687-ss.. Sobre las problemáticas de la exigencia del “control efectivo” de la jurisprudencia TEDH, McNAMARA F., “Member State Responsibility for Migration Control within Third States-Externalisation Revisited”, *loc. cit.*; por su parte, sobre las consecuencias y difícil aplicación práctica de esta sentencia en situaciones de control migratorio en el mar, MORENO LAX, V. “*Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?*”, *Human Rights Law Review* 12: 3 (2012), 574-598.

⁷³ Decisión- Comunicación CAT/C/41/D/323/2007 21 de noviembre de 2008, J. H. A. y P. K. contra España, Comunicación No. 323/2007, <https://www.refworld.org/cases,CAT,4a939d542.html>, también publicada en *el International Journal of Refugee Law* Vol. 22, No. 1 pp. 104-113. El buque español de Salvamento Marítimo Luz de Mar había rescatado al carguero Marine I, que naufragó en aguas internacionales con 369 inmigrantes a bordo procedentes de distintos países de Asia y África, y lo remolcó hasta el puerto de Nuadibú en Mauritania. 23 inmigrantes hindúes permanecieron en una nave bajo control de la policía española, hasta su repatriación. La denuncia fue desestimada por falta de *locus standi* del autor de la queja, pero el Comité declaró:

“8.2 El Comité toma nota del argumento del Estado Parte respecto de la falta de jurisdicción de España sobre las presuntas víctimas por haberse producido los hechos denunciados fuera del territorio español. Sin embargo, el Comité recuerda su Comentario General No 2, según el cual la jurisdicción del Estado Parte se extiende a cualquier territorio sobre el cual el Estado Parte ejerza, directa o indirectamente, total o parcialmente, de jure o de facto, un control efectivo, de conformidad con el derecho internacional. Se considerará, en particular, que dicha jurisdicción incluye situaciones en las que el Estado Parte ejerza, directa o indirectamente, de facto o de jure control sobre personas en detención. Esta interpretación del concepto de jurisdicción es aplicable no solamente respecto del artículo 2 sino de todas las disposiciones contenidas en la Convención, incluido el artículo 22. En el presente caso, el Comité observa que el Estado Parte mantuvo el control sobre las personas a bordo del Marine I desde el momento del rescate, así como durante todo el proceso de identificación y repatriación que tuvo lugar en Nouadhibou. En particular, el Estado Parte ejerció, en virtud del acuerdo diplomático firmado con Mauritania, un control de facto

En cualquier caso infinidad de problemáticas se abren respecto a los derechos de los inmigrantes y refugiados en situaciones fuera de territorio⁷⁴.

Otras opciones pueden examinarse, alternativas a la presencia y control por agentes público de un Estado UE fuera del territorio de los Estados miembros de la UE, para establecer criterios de atribución de responsabilidad de los Estados. Sin embargo, estas otras opciones aparentan ser menos sólidas: como la de determinar si existe o no aplicación efectiva de Derecho de la UE o de los Estados miembros de la UE en el territorio de terceros Estados; o si por vía de responsabilidad internacional existe consentimiento o puesta a disposición de órganos de Estado tercero al servicio del Estado UE o de la UE.

constante sobre las presuntas víctimas durante su detención en Nouadhibou. En consecuencia, el Comité considera que las presuntas víctimas se encuentran sometidas a la jurisdicción de España en lo que se refiere a la queja objeto de la presente comunicación.”

Ver los comentarios de GONZÁLEZ GARCÍA, I. “Immigration in Spain: Migratory Routes, Cooperation with Third Countries and Human Rights in Return Procedures”, *Paix Et Sécurité Internationales* – n.º 7, 2019, 201-230, en pp. 212-213.

⁷⁴ ABRISKETA URIARTE, *loc. cit.*, respecto al alcance del principio de *non-refoulement*.

**FUERA DE TERRITORIO Y JURISDICCIÓN DE ESTADOS UE
O MÁS ALLÁ DE FRONTERAS EXTERIORES EUROPEAS**

DESTERRITORIAL O FUERA DE TERRITORIO

EXTRATERRITORIALIDAD

ÁMBITO-BASE JURIDICA → CONTROL DE FRONTERAS

Art. 77 TFUE

Actuación de Agentes Públicos del Estado, o situación bajo control de un Estado o de la UE

MEDIDAS

DESTERRITORIALES

EXTERNALIZACIÓN

ÁMBITO-BASE JURIDICA → POLITICA DE INMIGRACION Y
GESTIÓN DE FLUJOS MIGRATORIOS

-- Art. 79 TFUE

Acuerdos UE con terceros Estados, o actuación de estos Estados en conformidad con la UE y sus EEMM

Inexistencia de Agentes Públicos de Estado UE o situación bajo control de un Estado miembro, o de la UE

5. LOS DERECHOS HUMANOS EN FRONTERA, Y FUERA DEL TERRITORIO EUROPEO EN ACTUACIONES DESTERRITORIALES

El respeto de los Derechos Humanos forma parte de las bases de la Unión, según recoge el Artículo. 2 y el Artículo 6 TUE. Se trata de un componente esencial de los valores europeos. El cumplimiento de esta obligación incumbe a la UE tanto *ad intra* como *ad extra*.

Por Derechos Humanos entendemos el conjunto de normas aplicables en el territorio de un Estado miembro de la UE, que van desde las de Derecho Internacional general (como la DUDH de 1948), a los Tratados de los que es parte, como es en todos los Estados Miembros de la UE el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o el CEDH con sus mecanismos de garantía como el TEDH; además del TUE, TFUE y la Carta de Derechos fundamentales de la UE que vincula a la UE, y a los Estados cuando aplican Derecho de la Unión, con el sistema de Derechos Fundamentales UE del Art 6 TUE. Por supuesto, contando con la normativa constitucional o infraconstitucional, y los mecanismos de garantía, interpretación y aplicación previstos en cada derecho nacional.

Sin embargo, en las mismas fronteras se plantean normalmente situación de fragilidad para el respeto de los derechos humanos, en especial de los extranjeros que intentan acceder al territorio UE. Esto es así para las fronteras terrestres y aeroportuarias. La situación es más preocupante en las fronteras marítimas, y en general en espacios fuera de la soberanía o jurisdicción de los Estados miembros. Hay que recordar que la persona que solicita asilo, el refugiado, constituye en virtud del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la normativa específica del Estatuto de Refugiados, la excepción a la discrecionalidad de los Estados para no admitir a extranjeros en sus territorios⁷⁵.

Se trata de situaciones completamente novedosas para la aplicación de Derechos humanos, ya que en cualquier caso nos encontramos con actividades de control fronterizo fuera del territorio de los Estados, y por tanto, donde los presupuestos de la aplicación de la normativa internacional europea y estatal de derechos humanos, y de sus mecanismo de control y sanción, se ven confrontados a dificultades estructurales de excepcionalidad; pues, en efecto, ni los sujetos, ni el ámbito espacial de aplicación, o los mecanismos de interpretación y sanción de la normativa de derechos humanos es aplicable en situaciones de normalidad en estos territorios.

⁷⁵ The core of the refugee regime is the *non-refoulement* principle, which establishes the refugee as the exception to the sovereign right of states to exercise migration control and reject foreigners at the borders,” señala GAMMELTOFT-HANSEN T. “The Externalisation of European Migration Control and The Reach of International Refugee Law.....”, *loc. cit.* pág. 279.

El resultado práctico es que los fenómenos de desterritorialidad u externalización no se perciben que se acompañen de las adecuadas garantías de derechos humanos.⁷⁶ Por supuesto, no faltan los análisis de trazo grueso⁷⁷, pero, en general podemos afirmar que la actividad desterritorial fragiliza en principio la correcta protección de los derechos humanos por la UE y los Estados miembros de inmigrantes, refugiados y colectivos desplazados en situación de vulnerabilidad.

Por ello, la diferencia conceptual antes apuntada que distingue entre ‘externalización’ y ‘extraterritorialidad’ de la actuación de la UE en materia migratoria, nos puede servir a la hora de determinar la aplicación y respeto de los derechos humanos en cada situación o territorio. En este trabajo apuntaremos tan solo algunas ideas sobre las consecuencias para los derechos humanos de encontrarnos ante una u otra situación⁷⁸.

5.1. Derechos Humanos en Fronteras terrestres y aeroportuarias

En estos supuestos de aplicación de derechos humanos en frontera, como cuestión de principio, no deben caber dudas de que la normativa de derechos humanos es aplicable plenamente en los vallados, puestos de control fronterizo y aduanero, o pasos fronterizos para el acceso a los espacios de libre circulación del territorio europeo. Se trata de instalaciones o edificaciones y construcciones que se encuentran en el interior del territorio de los Estados, por lo que es aplicable con plenitud el bloque de derechos humanos referido.

Pese a esta evidencia, es frecuente que en ciertos espacios exista una jurisdicción estatal imprecisa, calificados periodísticamente con el término bélico de ‘tierra de nadie’ (*no man’s land*), y en donde los Estados aplican un derecho de extranjería e inmigración diferenciado del general aplicable en su territorio, provocando una directa situación de fragilidad de derechos humanos de los extranjeros en las fronteras exteriores de la UE.

Se trata de llamativas renunciadas al ejercicio de jurisdicción en ciertas partes de su territorio por un Estado. Para estos retraimientos a ejercer jurisdicción en ciertos espacios o franjas territoriales, que en algunos lugares no tiene carácter puntual sino generalizado, se llegan a construir un determinado aparato teórico y legal. Estos abandonos son menos comunes en las fronteras marítimas y puertos, pero sí desde luego abundantes en las aeroportuarias (aeropuertos) y terrestres (vallados o puestos fronterizos con otros Estados).

⁷⁶ Vid. PAPAGIANNI G., “Forging an External EU Migration Policy...” *loc. cit* pág. 295.

⁷⁷ “The European border control has systematized violations elsewhere and thus undermine both European and African states’ willingness to protect the rights of migrants.” (...) “The EU borderscapes of the 21th century are thus characterized by multi-local suffering as a system has been constructed, which offers protection nowhere, and produces rights violations elsewhere” LEMBERG-PEDERSEN M. “Losing the Right to Have Rights: EU Externalization of Border Control”, *Europe and the Americas: Transatlantic approaches to human rights* Leiden, Brill 2015, Chapter 14, pp. 393 – 417, en pp. 395 y 414.

⁷⁸ Tuvimos la oportunidad de tratar estas cuestiones en “La fragilidad de los derechos humanos en las fronteras exteriores europeas...” *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, *op. cit.*

5.1.A. En Fronteras aeroportuarias

Por lo que hace a las fronteras aeroportuarias, nos encontramos con el caso de las 'Zonas Internacionales' de los aeropuertos. En estas Fronteras aeroportuarias se crean ficciones liminares: en efecto, aunque los aeropuertos suelen encontrarse íntegramente en el territorio terrestre de un solo Estado, en su interior se crean no fronteras *stricto sensu*, pero sí representaciones fronterizas, un imaginario fronterizo de *limitis limen* consistente en un sistema de controles de frontera, principalmente de personas, con carácter no permanente y flexible⁷⁹.

Es perfectamente legítimo que un Estado establezca estas ficciones legales. El problema viene cuando se pasa de la ficción liminar a la ficción extraterritorial, al identificar jurídicamente el no cruzar el puesto de control con el no haber entrado en el territorio estatal. Esto es muy común,⁸⁰ y la ficción liminar así convertida en extraterritorial conlleva la no aplicación de la normativa de derechos humanos en unas bolsas de espacios —como las 'zonas de nadie', o 'zonas de tránsito' o 'de espera'—, en violación de la normativa internacional. Y todo pese a la evidencia de que las instalaciones aeroportuarias (con alguna excepción, como el aeropuerto franco-suizo de Bale-Mulhouse), se encuentran en el interior del territorio del Estado.

No existen por tanto situaciones de extraterritorialidad o externalización de actuación de los Estados o la UE en los aeropuertos. A este respecto, son conocidos algunos casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), como *Amuur c. Francia*, de 1996⁸¹. En general, la jurisprudencia del TEDH y de los Tribunales constitucionales ha venido corrigiendo la no aplicación de la normativa estatal en estos recintos aeroportuarios etiquetados como especiales, o "internacionales".

5.1.B. En Fronteras terrestres

En las fronteras terrestres tenemos situaciones también de fragilidad o vulnerabilidad para el respeto de los derechos humanos. Se trata de una preocupación sobre la realidad de

⁷⁹ Puede verse, DEL VALLE GALVEZ A., "Las zonas internacionales o zonas de tránsito de los aeropuertos, ficción liminar fronteriza" *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 9, 2005, 18 pp.

⁸⁰ Algunos casos muy mediáticos lo han puesto de relieve; podemos traer aquí el caso sucedido en 2013 con Edward Snowden, quien, acusado de revelar secretos de espionaje, se fugó a Rusia, llegando al aeropuerto de Moscú; el Kremlin consideró que el fugitivo no había cruzado la frontera rusa, ya que al encontrarse en la zona internacional del aeropuerto Sheremetyevo de Moscú —donde estuvo 40 días—, no había llegado a entrar realmente en el territorio de la Federación Rusa; *The Guardian* 25.06.2013 "Edward Snowden never crossed border into Russia, says foreign minister" <https://www.theguardian.com/world/2013/jun/25/edward-snowden-never-crossed-russia-border>.

⁸¹ Se trata de la condena a Francia por violación del art. 5.1 del C.E.D.H. por mantenimiento-privación de libertad de 4 somalíes en la Zona de tránsito del aeropuerto de París-Orly, Sentencia del T.E.D.H. de 25.06.1996, *Amuur c. Francia*, *Recueil* 1996-III.

incumplimientos de la normativa de derechos humanos, que ya ha sido asumida como problemática por la Agencia de Derechos fundamentales de la UE⁸².

Precisamente en este tipo de las fronteras es donde más claramente se dan, incluso en el siglo XXI, las ficciones antes referidas de estos espacios de régimen o estatuto jurídico pretendidamente extraordinario, denominados *no man's land* o tierras de nadie de los Estados.

Sin embargo, al estar las demarcaciones y vallados fronterizos construidos en el territorio del Estado, son de plena aplicación como mantenemos el bloque normativo internacional, europeo y nacional y derechos humanos.

El ejemplo español es significativo por lo que hace a las vallas fronterizas de Ceuta y de Melilla, únicas fronteras terrestres exteriores de España y de la UE con un tercer Estado africano, y que conocen de recurrentes saltos o intentos de entrada por el vallado fronterizo perimetral de las Ciudades Autónomas. En estos vallados se producen ‘devoluciones en caliente’ de personas que han quedado en las vallas o en el espacio intermedio del vallado fronterizo⁸³.

Claramente el vallado y el espacio entre las vallas fronterizas es territorio español, como ha demostrado el Dr. Acosta en sus estudios.⁸⁴ A pesar de ello, se ha querido funcionalmente considerar dichas franjas como especiales y sometidas a una normativa interna e internacional diferenciada de la que resulta aplicable en la generalidad del territorio terrestre y marítimo español.

La expresión periodística *devoluciones en caliente* refleja el problema del retorno o devolución inmediata de extranjeros detenidos en la misma frontera, sin abrir expediente individual identificativo con procedimiento reglado. El Gobierno conservador de M. Rajoy reguló nuevas definiciones legales de y en la frontera, una especie de reformulación del concepto jurídico de frontera internacional, para adaptarlo a los casos específicos de Ceuta y de Melilla. Es el caso

⁸² Ver el informe sobre derechos fundamentales en las fronteras terrestres de 08.12.2020, European Union Agency for Fundamental Rights- FRA *Migration: Fundamental rights issues at land borders*, y las sugerencias de mejora en pp. 35-36.

⁸³ GONZÁLEZ GARCÍA, I., “Ceuta, Melilla y devoluciones en caliente: ¿y los derechos humanos de los inmigrantes?”, Capítulo en Alcaide Fernández, J. y Petit de Gabriel, E. W., *España y la Unión Europea en el Orden Internacional*, XXVI Jornadas ordinarias de la AEPDIRI, Universidad de Sevilla, 15 y 16 de octubre de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 223-233. También, GONZÁLEZ GARCÍA, I., “Inmigración y Derechos Humanos: Las devoluciones en caliente de inmigrantes subsaharianos desde España a Marruecos”, Cap. 6 en Alonso Moreda, N. (Ed.) y Soroeta Licerias, J. (Dir.), *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. XVII, Aranzadi, Navarra, España, 2017, pp. 141-201. Y de la misma autora, “Rechazo en las fronteras exteriores europeas con Marruecos: Inmigración y derechos humanos en las vallas de Ceuta y Melilla, 2005-2017”, *Revista General de Derecho Europeo -RGDE*, núm. 43, Octubre (2017), pp. 17-57.

⁸⁴ Vid. ACOSTA SÁNCHEZ M., *Las fronteras internacionales de España en África: Melilla*, Ciudad Autónoma de Melilla. Consejería de Cultura, Editorial Reus, Madrid, 2016; También del mismo autor, “Las fronteras terrestres de España en Melilla. Delimitación, vallas fronterizas y “tierra de nadie”” *Revista electrónica de estudios internacionales -REEI*, N.º 28, 2014.

de la nueva figura de los *rechazos en frontera*, cuya base jurídica es la Ley de Extranjería modificada en 2015⁸⁵, que probablemente es un mal precedente demarcatorio para España⁸⁶. Esta reforma legal vino acompañada del peculiar concepto de *frontera operativa* u *operacional* “a los solos efectos de extranjería”, cuya base jurídica más débil⁸⁷ no ha impedido su aplicación tanto a fronteras terrestres –vallado- como marítimas⁸⁸.

Este caso español es ilustrativo de ficciones jurídicas que se acompañan de modificaciones de instituciones y conceptos generales, al objeto de diferenciar la aplicación del Derecho Internacional y Europeo de Extranjería y Derechos Humanos; para de este modo eludir las responsabilidades del ejercicio de funciones de Estado en el propio territorio terrestre, lo que en la práctica deja la franja del entrevallado en un limbo sin jurisdicción española ni marroquí.

Estos intentos de retraimiento normativo y jurisdiccional en el propio territorio del Estado fue desautorizado por el TEDH; aunque el Gobierno español alegó que los demandantes estaban fuera de la jurisdicción española, sin haber entrado en territorio español al no haber superado el dispositivo de protección fronteriza, se condenó a España en 2017 por la expulsión de inmigrantes en el espacio entrevallado, efectuada sin identificación ni asistencia jurídica⁸⁹.

No obstante, posteriores decisiones del TEDH, y de forma reciente del TC español en Noviembre de 2020, han avalado la legalidad de la normativa española que ha dado lugar a las denominadas *devoluciones en caliente*. Con todo, se han establecido por el Tribunal Constitucional español severas restricciones en el tratamiento reglado, individualizado, bajo control judicial y en cumplimiento de obligaciones internacionales, para cada caso de expulsión⁹⁰.

⁸⁵ Disposición adicional décima de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, añadida por la LO 4/2015 : “*Régimen especial de Ceuta y Melilla 1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España*”.

⁸⁶ DEL VALLE GÁLVEZ A. -- ACOSTA SÁNCHEZ, M. “Delimitación y demarcación de las fronteras y vallas de Ceuta y Melilla: ¿cesión territorial a Marruecos?”, capítulo en el libro *La Unión Europea y los muros materiales e inmateriales: desafíos para la seguridad, la sostenibilidad y el Estado de Derecho*, Salinas de Frias A. - Martínez Pérez E. (Coords.), Valencia, 2020 pp. 19-50 (en prensa).

⁸⁷ Orden de Servicio 6/2014, de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla, Protocolo operativo de vigilancia de fronteras.

⁸⁸ Hay que referir el caso de las muertes de inmigrantes a nado, acaecidas al aplicar el concepto de frontera operativa a las aguas bajo soberanía española en la zona del Tarajal de Ceuta, en 2014.

⁸⁹ TEDH, N.D. y N.T. c. España, núm. 8675/15 y 8697/15, Sentencia de 3 de octubre de 2017.

⁹⁰ A la espera de la Sentencia, vid Nota Informativa n.º 108/2020, de 19.11.2020, “El pleno del TC avala la constitucionalidad de la ley de protección de la seguridad ciudadana de 2015”, y en concreto:

“La disposición final primera de la LOPSC por la que se introduce la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

Hay otra serie de situaciones muy problemáticas para los derechos humanos, pero que ya se producen dentro del territorio de los Estados UE. Hay que referir la cuestión de los *Hotspots* / Puntos críticos centros de identificación de inmigrantes en Grecia e Italia. La gestión de la crisis de refugiados de 2015-2016 muestra que los sistemas de acogida y registro en la llegada fueron insuficientes con este despliegue y funcionamiento de los *Hotspots* en Grecia, pero también en Italia ⁹¹. Esto ha demostrado los límites de recepción inmediata de las llegadas por las dos rutas de acceso que confirmadas a lo largo del tiempo (el canal de Sicilia y las islas griegas desde Turquía), y el permanente problema de la aplicación completa del bloque de derechos humanos dentro del territorio de los Estados miembros de la UE.

5.2. Derechos Humanos en fronteras marítimas, y fuera del territorio europeo en actuaciones *desterritoriales*

Claro que los principales problemas de aplicación, control y seguimiento del cumplimiento del respeto de Derechos Humanos se producen fuera del territorio o jurisdicción del Estado miembro de la UE. Siguiendo con nuestros conceptos, veamos en las actuaciones *desterritoriales* la diferencia que podría colegirse, a efectos de derechos fundamentales, entre la actuación *extraterritorial* y la actuación de *externalización* de controles migratorios.

5.2.A. Derechos Humanos en las Fronteras marítimas

Ya se ha señalado que las fronteras exteriores marítimas plantean en cuestiones migratorias problemas de imposible tratamiento, siendo inviable el actual modelo de vigilancia y control fronterizo en el Mediterráneo, en nuestra opinión ⁹². La extraordinaria fragilidad e inseguridad de las fronteras mediterráneas europeas hace que la vigilancia marítima sea deficiente o imposible y plantee multiplicidad de nuevos problemas en la actuación de los Estados y de la UE respecto a los derechos humanos de los inmigrantes y refugiados.

es conforme a la Constitución siempre que se interprete conforme a lo indicado en el fundamento jurídico 8 C), concretado en los siguientes puntos:

1. Aplicación a las entradas individualizadas.
2. Pleno control judicial.
3. Cumplimiento de las obligaciones internacionales”,

cfr. https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2020_108/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%20108-2020.pdf.

⁹¹ PRIETO, B., “Los hotspots, un eslabón débil en la gestión de la crisis de los refugiados” *Análisis del Real Instituto Elcano*, ARI 25/2016, de 04.03.2016. European Council on Refugees and Exiles – ECRE, *The Implementation of the Hotspots in Italy and Greece – A Study*, December 2016.

⁹² Puede verse, DEL VALLE GALVEZ A., “Sobre la inviabilidad del modelo de fronteras exteriores europeas en el mediterráneo”, *REDI* 2020-1 *loc. cit.*-

En realidad, el respeto de los derechos humanos en las diferentes acciones prácticas de control y salvamento por los Estados y la UE plantean una catarata desbordante de problemáticas jurídicas en Derecho Internacional y Europeo ante la inmigración irregular y en el Mediterráneo⁹³. Pueden apuntarse por ejemplo cuestiones vinculadas a situaciones en las que por definición mafias de tráfico de personas a situaciones dramáticas de gran peligro y probable muerte en el mar⁹⁴, donde se concentran los horrendos datos objetivos de masivas muertes diarias de inmigrantes que intentan llegar a Europa por esta vía; o cuestiones de examen extraterritorial de solicitudes de asilo, derechos de los inmigrantes en los diferentes espacios marítimos, o el desembarque de inmigrantes en terceros Estados.

Respecto a la protección de derechos humanos por Frontex en los diferentes espacios marítimos, ha habido una evolución favorable hacia el reconocimiento y la regulación con mayor solidez jurídica de la reglamentación protectora de derechos fundamentales⁹⁵.

Conforme a nuestra clasificación de actividades desterritoriales, entonces seguiríamos el criterio siguiente:

-- Espacios marítimos bajo jurisdicción del Estado en aguas interiores y mar territorial, la aplicación es plena del bloque de derechos humanos (aplicación territorial).

-- Espacios de alto mar, el pabellón del barco de Estado (militar, de salvamento) determina la aplicación de la normativa de Derechos humanos; en el caso de un buque de un Estado miembro, el bloque de derechos humanos de derecho internacional, europeo y del estado en cuestión. Se trata de la aplicación *extraterritorial* del Ordenamiento europeo y del Estado fuera de sus fronteras, conforme a los parámetros habituales en Derecho internacional.

⁹³ Entre otros, puede verse: DI FILIPPO M. "Irregular Migration Across the Mediterranean Sea: Problematic Issues Concerning the International Rules on Safeguard of Life at Sea", *Paix et Sécurité Internationales*, n.º 1, 2013, pp. 53-ss; FRA-European Union Agency for Fundamental Rights – *Fundamental Rights at Europe's southern sea borders*, Luxembourg 2013; MARINAI, S. "The Action of Greece and Spain against Irregular Migration by Sea" en A. Del Vecchio (Ed.) *International Law of the Sea – Current Trends and Controversial Issues*, The Hague, 2014, pp. 29-ss; RIJPM A. J. J. "The Patrolling of the European Union's External Maritim Border: Preventing the Rule of Law from Getting Lost at Sea" en *International Law of the Sea – Current Trends....cit*, pp. 77-ss; SOBRINO J. M. OANTA, G. A. "Control y vigilancia de las fronteras en los diferentes espacios marítimos", *AFDUC* 14, 2010, pp. 759-ss. Sigue siendo de interés el Documento SEC(2007)691 de 15.05.2007, Commission Staff Working Document, "Study on the International Law instruments in relation to illegal immigration by sea".

⁹⁴ Ver por ejemplo, AMNESTY INTERNATIONAL *Lives Adrift- Refugees and Migrants in Peril in the Central Mediterranean*, 2014.

⁹⁵ ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., "La Agencia Europea de Guardia de Fronteras y Costas (FRONTEX) y la crisis migratoria: algunos apuntes sobre derecho del mar y derechos humanos" en Oanta, G. (Dir.), *El derecho del mar y las personas y grupos vulnerables*, Bosch 2018, págs. 69-98; también, de ACOSTA SÁNCHEZ, "Inmigración marítima en el Mediterráneo: las iniciativas de la UE y la protección de los derechos humanos" *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia – San Sebastián*, vol. XVII (2017), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 23-59.

-- En las operaciones conjuntas marítimas de Frontex, esta Agencia tiene su propia normativa de obligación de respeto de derechos humanos, que se manifiesta profusamente en el nuevo Reglamento de 2019⁹⁶.

5.2.B. Derechos Humanos en actuaciones desterritoriales fuera del territorio europeo

Cuando conectamos derechos humanos con inmigración localizada fuera del territorio europeo, nos surge el problema de determinar la responsabilidad y compromisos de la UE y sus Estados, en la medida en que se trata de personas intentando llegar a territorio europeo, o que se encuentran en un país que ha concertado determinadas políticas migratorias con la UE. Son muchas las situaciones que pueden afectar a la protección de los derechos humanos, al desarrollarse ciertas funciones de control fronterizo fuera del territorio de los Estados miembros. Referiremos algunas de las que han provocado un mayor debate para la protección de derechos fundamentales de refugiados, desplazados e inmigrantes como colectivos vulnerables.

5.2.B.I. Centros en Estados terceros para internamiento y examen de solicitudes de asilo

Nuestra propuesta de diferenciar *externalización* de actuación *extraterritorial* puede ser útil para determinar el régimen jurídico de situaciones actuales o futuras en las que está prevista la intervención de los Estados y la UE con finalidades de control migratorio de acceso a Europa. Este puede ser el caso de los previstos Centros para inmigrantes y refugiados, en fase de estudio.

Se trata de la pretensión europea de crear centros en el norte de África, un lugar de acogida temporal, con la finalidad de alojar ahí a los demandantes de asilo mientras se procesan sus solicitudes en Europa ⁹⁷. Estamos ante una idea recurrente, que reverdece con cada crisis migratoria⁹⁸. Siempre se ha dudado de viabilidad legal internacional o europea, encontrando planteamientos frontalmente contrarios desde las organizaciones de derechos humanos. Las cuestiones más delicadas respecto al respeto de los derechos fundamentales van referidas al estatuto jurídico interno o internacional de estos centros, y de la responsabilidad, gestión y control de los mismos. Las posibilidades van desde que sean los agentes del Estado del territorio los que los gestionen, a la intervención de agentes públicos de los Estados UE, de funcionarios y agentes de la UE, o de otra Organización Internacional.

⁹⁶ Ver por ejemplo en el Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2019 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos (UE) n.º 1052/2013 y (UE) 2016/1624, *DOUE* L 295 de 14.11.2019, los artículos 1, 3.1e, 3.2, 5.4, 7.3, 10.1.e, o 72.3 y 82.9 y 109. Sobre esta temática, puede verse ACOSTA SANCHEZ M “Reglamento 2019/1896/UE sobre la guardia europea de fronteras y costas: ¿Frontex 3.0?” *Boletín IEEE* N.º 16, 2019, págs. 646-666.

⁹⁷ NAÏR refiere que ya en 2003 se propuso crear ‘Transit Processing Centers’, campos de retención *off-shore* en zonas de protección regional en países limítrofes o vecinos a la UE, en *Refugiados*, Barcelona, 2016, pp. 51-52.

⁹⁸ Ver por ejemplo “Macron pide que la identificación de refugiados empiece en Chad y Niger”, *El País* 29.08.2017; “Italia propone campos de refugiados en Libia para contener la inmigración” *El Periódico*, 08.08.2017

Con todo, ya en 2015 se lanzó un Centro polivalente en Níger, como experiencia piloto, para orientación de inmigrantes y de valoración de solicitudes de asilo, sirviéndose de una dependencia ('Transit Center') creada en 2014 por la Organización Internacional para las Migraciones – OIM ⁹⁹. Este precedente del Centro polivalente de Níger puede ofrecer perspectivas de rodaje práctico sobre el terreno a este tipo de Centros de orientación de inmigrantes y de examen de sus eventuales solicitudes de asilo.

El debate se reabrió decididamente con el acuerdo del Consejo Europeo de Junio de 2018 ¹⁰⁰ para crear *Plataformas regionales de desembarque* en terceros países¹⁰¹, y *Centros controlados* en el territorio de los Estados UE ¹⁰². En efecto, la Crisis de refugiados de 2015-2016 con su enorme sacudida a la integración, ha llevado a la prospección y búsqueda de soluciones discutibles, como han demostrado serlo los Puntos críticos - *Hotspots* para el registro y la identificación de inmigrantes y refugiados, o el Acuerdo o Declaración con Turquía de febrero de 2016. Pues bien, el estudio de viabilidad de estos Centros tanto en la ribera norte como en la sur del Mediterráneo parece inscribirse en esta tendencia de búsqueda de nuevos instrumentos o instituciones para mitigar en el futuro ciertos aspectos de los flujos migratorios masivos.

Por el momento desconocemos la conformación de estas *Plataformas* en terceros países, aunque sabemos que estos Centros deben colaborar con ACNUR y la Organización Internacional de las Migraciones-OIM, aparte del país en el que se establecerán. Se trataría de plantear un marco teórico y práctico estable para el desembarque de inmigrantes en países terceros¹⁰³.

⁹⁹ Ver la respuesta del Comisario Sr. Avramopoulos a una pregunta parlamentaria, de 18 de febrero de 2016, E-014909/2015, sobre "Multi-purpose migration centre in Niger" https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2015-014909-ASW_EN.html.

¹⁰⁰ Ver GONZALEZ ENRIQUEZ C., "El Consejo Europeo y las migraciones: ¿se ha avanzado algo?" *Análisis del Real Instituto Elcano*, ARI 85/2018 – 05.07.2018.

¹⁰¹ Conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas, 28.06.2018, doc. EUCO 9/18, Punto 5: "En ese contexto, el Consejo Europeo pide al Consejo y a la Comisión que estudien con prontitud el concepto de plataformas regionales de desembarque, en estrecha cooperación con los terceros países correspondientes, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Estas plataformas deben funcionar distinguiendo cada situación particular, respetando plenamente el Derecho internacional y sin crear un efecto llamada". <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/european-council/2018/06/28-29/>

¹⁰² Punto 6: "En el territorio de la UE, de conformidad con el Derecho internacional, es preciso hacerse cargo de las personas a las que se rescata, partiendo de un esfuerzo compartido, trasladándolas a centros controlados establecidos en Estados miembros, solo de manera voluntaria, en los que una tramitación rápida y segura permitiría, con el pleno apoyo de la UE, hacer una distinción entre los migrantes irregulares, a los que se retornará, y las personas necesitadas de protección internacional, a las que se aplicará el principio de solidaridad. Todas las medidas en el contexto de dichos centros controlados, también la reubicación y el reasentamiento, se aplicarán de manera voluntaria, sin perjuicio de la reforma de Dublín".

¹⁰³ Puede verse CALVO MARISCAL L. "Cooperación entre la UE y Libia en materia de inmigración y asilo: la posible creación de plataformas de desembarco" *Revista General de Derecho Europeo*, N.º. 50, 2020.

Por otra parte, en la ribera norte, existe en paralelo la previsión de *Centros controlados*, para en el territorio de los Estados UE¹⁰⁴. Aquí la aplicación es plena del bloque de derechos humanos (aplicación territorial).

La determinación de la responsabilidad por la protección de derechos fundamentales en estas *Plataformas regionales de desembarque* se plantea una como cuestión especialmente delicada, compleja y envenenada. En principio, se trata de situaciones que pueden ser de actuación *extraterritorial* de los Estados o la UE; por lo que la normativa de derechos humanos aplicable dependerá a nuestro juicio del control que ejerza la UE o los Estados europeos en estos Centros en territorio fuera de la UE. La cuestión, sin embargo, no es evidente si en estos Centros no hay agentes públicos europeos, o no existe un control directo por las autoridades europeas de la situación y gestión de estas *Plataformas*.

De todas formas, en opinión del Servicio Jurídico del Parlamento Europeo, en las *Plataformas de Desembarque* serían de aplicación las garantías de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y el Convenio Europeo de Derechos humanos¹⁰⁵.

Lamentablemente, tenemos pésimos precedentes en los centros libios de acogida de inmigrantes, y en la colaboración UE con ACNUR y la OIM en territorio libio. Muy desgraciadamente la situación en libia es aterradora para los derechos de los inmigrantes que tratan de llegar a Europa, y se plantea desde numerosos ángulos la responsabilidad de la UE – directa o indirecta- por el comportamiento y violación masiva de derechos fundamentales de las autoridades y agentes libios, como señalamos en el apartado siguiente.

5.2.B.II. Acuerdo con Turquía de 2016, y Acuerdos de la UE o de Estados miembros con Estados terceros en temas migratorios

¹⁰⁴ Se modificó la inicial denominación de “Centros cerrados de acogida”, que quizás era más reveladora de la intención de localizar en estos centros a personas rescatadas en el mar, para tramitar los casos individuales. La finalidad última de estos Centros es diferenciar la considerada inmigración irregular –destinada a ser retornada- de las personas necesitadas de alguna modalidad de protección internacional y solidaridad europea. A destacar como se reitera el carácter voluntario de la creación de los centros controlados en los Estados miembros de la UE. La prosecución del estudio de viabilidad de estos centros durante 2019, confirma que estamos ante un tema a explorar jurídicamente en sus vertientes y modalidades. También que existe una determinación de Estados y UE de buscar y proponer modelos novedosos de acogida y control fronterizo desterritorial de inmigrantes y refugiados, ante los espantosos dramas humanos y el problema estructural que plantea la inmigración en el Mediterráneo para Europa.

¹⁰⁵ Opinion of the Legal Service of the European Parliament, Re: LIBE – European Union asylum and immigration policies – Regional disembarkation platforms and controlled centres – European Council Conclusions of 28th of June 2018, 09.11.2018, puntos 44, 45 y 58 II : “ in principle, disembarkation platforms, as considered by the European Council in its Conclusions of 28th June 2018, could lawfully be established outside of the European Union, in order to receive migrants rescued outside the territory of the Union’s Member States, as long as specific conditions are met; in particular, those migrants should benefit from the guarantees provided for in the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees and in the European Convention of Human Rights.”

En estos supuestos es donde en nuestra opinión cabe mejor hablar de *externalización*. Como señalamos, los Estados vecinos a la UE desempeñan funciones de control fronterizo, de extranjería y política migratoria (vigilancia de sus fronteras, detención y devolución de inmigrantes, procesos de regularización y protección a refugiados, y permisos de residencia a inmigrantes y extranjeros), como consecuencia directa o indirecta de acuerdos con la UE o con Estados Miembros de la UE, o con Programas y Planes de acción acordados con la Unión Europea o sus Estados.

El ejemplo característico es el caso de Turquía, país que desempeñó un papel clave en la crisis migratoria de 2015-2016¹⁰⁶. El Acuerdo global alcanzado con Turquía de Octubre 2015 satisfacía en ese momento los intereses turcos (principalmente, avanzar en la negociación de adhesión abierta en 2005, conseguir la liberalización de visados hacia la UE), y también los europeos: un mayor control de salida del territorio turco hacia Grecia, con una generosa ayuda europea para este fin. El Acuerdo (*Statement*) con Turquía de readmisión de refugiados y las relaciones con los países fronterizos, se estableció formalmente el 18 de marzo de 2016¹⁰⁷.

Este Acuerdo, de utilizarse como modelo o precedente para las cuestiones de control fronterizo y de flujos migratorios, plantea muy serios problemas, que a mi juicio lo hacen rechazable. Además su utilidad está sujeta a múltiples condicionantes temporales o *sui generis*¹⁰⁸. En el caso turco esto quedó demostrado con la crisis de febrero-marzo 2020, con Turquía intentando que la UE le apoyara en su campaña militar en Siria, lo que provocó que Grecia incluso “suspendiera” la aplicación del derecho de asilo¹⁰⁹.

En primer lugar, la condición o naturaleza jurídica del Acuerdo, Tratado Internacional o de simple Declaración Política. No sorprende que sea la cuestión más debatida¹¹⁰, ya que de esta naturaleza derivan importantes consecuencias de control en la aplicación y vigilancia del cumplimiento por las instancias de la UE y los Estados. El Tribunal de Justicia decidió en 2017

¹⁰⁶ SOLER, E. “Turquía se hace indispensable”, en CIDOB *Europa ante la crisis de los refugiados: 10 efectos colaterales*, 11/2015, pp. 35-36.

¹⁰⁷ El Acuerdo o Declaración, contenida en el Comunicado de Prensa 144/16 del Consejo, puede consultarse en <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>. Puede verse, LISA, P., “The EU-Turkey Agreement: a turning point in the EU’s policy approach to the refugee crisis but with the devil lurking in the detail”, *Real Instituto Elcano Expert Comment* 15/2016 – 08.04.2016.

¹⁰⁸ Vid. USTUBICI A. – ICDUYGU, A., *loc. cit.*, p. 199.

¹⁰⁹ “Erdogan amenaza con mantener abierta la frontera hasta que la UE se implique en la crisis humanitaria siria” *El País* 29.02.2020; “¿Puede Grecia suspender el derecho a solicitar asilo en su frontera con Turquía?”, *The Conversation* 04.03.2020, <https://theconversation.com/puede-grecia-suspender-el-derecho-a-solicitar-asilo-en-su-frontera-con-turquia-133038>.

¹¹⁰ Puede verse, SANTOS VARA, J., “La declaración Unión Europea-Turquía de 18 de marzo de 2016¿un tratado disfrazado?” en *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, AEPDIRI, Ed Tirant, 2017, págs. 289-300; URÍA GAVILAN, E. “La declaración Unión Europea-Turquía: la externalización de la seguridad en detrimento de la protección de los derechos humanos” en *Las amenazas a la seguridad internacional hoy*, AEPDIRI, Ed Tirant, 2017, págs. 89-101.

que no era un Tratado celebrado por la UE, al no ser un Tratado firmado por ninguna institución de la UE, sino en su caso por los Estados miembros ¹¹¹.

En segundo lugar, la naturaleza jurídica de los instrumentos es esencial para asegurar los procedimientos y mecanismos concretos de protección de derechos fundamentales. Y aquí han surgido dudas importantes sobre el respeto de derechos fundamentales en la aplicación del Acuerdo con Turquía, por ejemplo: en los previstos procedimientos griegos de devolución de inmigrantes y refugiados llegados desde Turquía; en la no previsión de mecanismos de seguimiento y supervisión de aplicación del acuerdo; en la no previsión de vigilancia y control del cumplimiento por Turquía de la normativa básica de los derechos humanos respecto a inmigrantes y refugiados, retornados o no desde suelo europeo ¹¹².

En general el Acuerdo se considera que no debe mantenerse como tal, debido a sus importantes carencias¹¹³.

Y aparte de los problemas que tiene en su aplicación, este Acuerdo refleja las carencias de Derecho con las que se ha afrontado el problema por la UE: con urgente necesidad de reducir o anular la llegada masiva de inmigrantes y refugiados, se acuerda con el Estado tercero cuantiosas ayudas de cooperación, descuidando los aspectos de vigilancia del cumplimiento de derechos humanos. Es verdad que en el Acuerdo con Turquía hay una proclamación de cumplimiento de la normativa internacional de derechos humanos. Pero, tanto en los contenidos del Acuerdo como en la práctica, en materia de derechos humanos carece de mecanismos de seguimiento, vigilancia, control y sanción por parte de la UE.

Puede decirse que los acuerdos de diverso tipo de la UE con terceros países se han constituido en pieza esencial para vehicular actuaciones de control de flujos migratorios hacia Europa. Este es el caso del referido Acuerdo con Turquía de 2016, e igualmente el caso de los diferentes Acuerdos y Programas con Marruecos, o con Túnez¹¹⁴.

¹¹¹ Autos del Tribunal General de 28 de febrero de 2017 en los asuntos T-192/16, T-193/16 y T-257/16 NF, NG y NM / Consejo Europeo, en los que el Tribunal General de la UE se declara carente de competencia para resolver los recursos de tres solicitantes de asilo contra la Declaración UE-Turquía, ECLI:EU:T:2017:128, 129 y 130.

¹¹² Ver sobre este Acuerdo con Turquía PEERS, S. “The final EU/Turkey refugee deal: a legal assessment”, *EU Law Analysis* 18.03.2016; DEN HEIJER, M. – SPIJKERBOER, Th. “Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?”, *EU Law Analysis*, 07.04.2016.

¹¹³ Ver un análisis en profundidad los problemas, y reflejando el estado actual de la situación, en URBANEJA CILLÁN, J.: “The European Union-Turkey Cooperation on Migration Matters: towards a Review of the Migratory Statement of 18 March 2016”, *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. 211-250. También, TOYGÜR I. - BENVENUTI, B. “One year on: an assessment of the EU-Turkey statement on refugees”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, ARI 21/2017 – 21.03.2017.

¹¹⁴ Sobre el impacto negativo en los derechos humanos de los inmigrantes por las prácticas de las autoridades tunecinas, BADALIC, V. “Tunisia’s Role in the EU External Migration Policy: Crimmigration Law, Illegal Practices, and Their Impact on Human Rights”, *International. Migration and Integration*, 2019, vol. 20, pp. 85-

En este contexto, una vía nacional de actuación diferente, los *Acuerdos bilaterales* entre Estados UE y Estados terceros, se ha convertido en un instrumento complementario necesario para el tratamiento por la UE de las cuestiones de flujos migratorios y controles de acceso al territorio europeo. En particular, cabe referir el caso del “Acuerdo” entre Italia y Libia¹¹⁵. En este tipo de acuerdos se pretende apoyar a los Estados terceros para ejercer controles migratorios en sus propias fronteras, y desarrollar sus propias políticas de inmigración y retorno de inmigrantes. Al igual que el Acuerdo UE-Turquía, este acuerdo bilateral carece de mecanismos de supervisión, control y sanción por incumplimiento libio de las exigencias de respeto de derechos fundamentales de los inmigrantes. El MOU de 2017 ha sido tácitamente renovado en 2020¹¹⁶.

Un problema jurídico mayor que plantean estos Acuerdos bilaterales o multilaterales es el frecuente uso de instrumentos de *Soft Law*, que por definición plantean más dificultades de cumplimiento y de control democrático interno, al no crear obligaciones jurídicas asumidas por los Estados y la UE conforme al Derecho Internacional, que sigan los procedimientos constitucionales o previstos en los Tratados y el Derecho originario¹¹⁷.

El caso más preocupante hoy es el de Libia, con problemas acuciantes de respeto del estándar mínimo internacional de Derechos de los inmigrantes dentro del Estado libio, y de violaciones masivas de derechos fundamentales -con casos de esclavitud- en centros de detención en este país. Hay autores que defienden la responsabilidad UE o de los Estados por la complicidad en la actuación ilegal de terceros Estados, al proveer ayuda y asistencia a estos países¹¹⁸. El informe de A. CALLAMARD¹¹⁹ ha abierto la espita a la consideración de responsabilidad por acción indirecta u omisión de la UE y sus agentes por las atrocidades cometidas en Libia contra los inmigrantes.¹²⁰ Se han presentado denuncias ante el TEDH y la Corte Penal Internacional

100. Este autor afirma la responsabilidad de la UE por apoyar la política migratoria de Túnez en el marco general de la estrategia UE de externalizar los controles migratorios.

¹¹⁵ PALM A. “The Italy-Libya Memorandum of Understanding: The baseline of a policy approach aimed at closing all doors to Europe?” *EU Immigration and Asylum Law and Policy - Eumigrationblog.eu* 02.10.2017. El MOU Italia-Libia puede verse en http://eumigrationlawblog.eu/wp-content/uploads/2017/10/MEMORANDUM_translation_finalversion.doc.pdf

¹¹⁶ Vid. MACCANICO, Y. “Italy renews Memorandum with Libya, as evidence of a secret Malta-Libya deal surfaces”, *Statewatch*, March 2020.

¹¹⁷ Ver la opinion de REVIGLIO, M. “Externalizing Migration Management through Soft Law: The Case of the Memorandum of Understanding between Libya and Italy” *Global Jurist*, Volume 20, Issue 1, en pp. 1-3.

¹¹⁸ Así, REVIGLIO, M. “Externalizing Migration Management” *Ibidem*, p. 8. Igualmente la opinión de CALVO MARISCAL L., en *loc. cit.*, pp. 200-202. Igualmente, en esta línea, GAMMELTOFT-HANSEN T. “The Externalisation of European Migration Control And The Reach of International Refugee Law.....”, *loc. cit.*

¹¹⁹ “*Muerte ilícita de refugiados y migrantes*”, Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Sra. Agnes Callamard, UN Doc A/72/335 (2018).

¹²⁰ Ver por ejemplo la opinion de MANN I.- MORENO-LAX V. – SHATZ O “Time to investigate european Agents for Crimes against Migrants in Libya”, *EJIL Talk* 29.03.2018.

¹²¹. La misma Agencia Europea de Derechos Fundamentales admite que no puede excluirse excepcionalmente la responsabilidad de los Estados, aunque en el marco de la gestión de fronteras exteriores ¹²².

La *externalización* comporta a nuestro juicio la correlativa y directa obligación jurídica para la UE –y su responsabilidad en caso de inacción o incumplimiento- de prever concretos mecanismos de seguimiento, evaluación, control y sanción en los acuerdos, planes y programas que se acuerden con los países vecinos, siempre que se traten aspectos migratorios¹²³. Y ello en virtud no de la competencia UE de control fronteras exteriores, ‘delegada’ en ese Estado tercero. Sino por su competencia en materia de gestión de flujos migratorios, compartida con los Estados miembros, y conectada con la acción y política exterior de la UE.

En nuestra opinión la obligación de proteger a colectivos vulnerables de migrantes y refugiados debe proyectarse fuera del territorio europeo¹²⁴, por lo que, independientemente de la motivación, aspiración, deseo o situación personal económica, familiar o política de la persona, la UE debe arbitrar mecanismos y procedimientos para hacer seguimiento y vigilancia del trato a estas personas en espacios internacionales, o en territorios terceros, con acuerdo de ese Estado –y mejor mediante Tratado que mediante MOUs-. Esto podrá implicar o no presencia implicar la presencia de agentes públicos europeos en el territorio del tercer Estado, y participación en la toma de decisiones de ese tercer Estado sobre personas vulnerables involucradas en procesos migratorios. En cualquier caso, el enfoque que propugnamos trata de proponer un Esquema acordado en pie de igualdad para compartir responsabilidades de protección con los países de origen, tránsito y destino de la inmigración.

5.2.B.III. Vigilancia y Salvamento de inmigrantes en el mar, desembarco en puertos de Estados UE o de terceros Estados

¹²¹ Ver las referencias de MÜLLER P.- SLOMINSKI P., “Breaking the legal link but not the law? The externalization of EU migration control through orchestration in the Central Mediterranean”, *Journal of European Public Policy*, 24.04.2020, pp.13-14. Estos autores consideran que “To avoid legal responsibility deriving from the 2012 Hirsi judgement, the EU has pursued a comprehensive outsourcing of maritime border control and SAR activities in the Mediterranean Sea, whilst simultaneously reducing its own direct involvement. This distinct version of ‘externalization through orchestration’ has relied on indirect techniques such as ‘assistance’, ‘endorsement’, ‘convening’ and ‘coordination’. (...). This comprehensive orchestration approach allowed the EU to portray Libya’s border control and SAR operations as a reflection of Lybian sovereignty and as in accordance with international law so that they cannot legally be linked to the EU.”, en p. 13.

¹²² “Aunque sea de forma excepcional, no puede excluirse completamente la responsabilidad de los Estados miembros de la UE”. European Union Agency for Fundamental Rights, *Guidance on how to reduce the risk of refoulement in external border management when working in or together with third countries*, 2016, p. 2.

¹²³ PI I LLORENS incide en esta misma línea, *loc. cit.*, p. 34.

¹²⁴ Ver la opinión sobre la proyección más allá de las fronteras de la normativa de Derechos Humanos y del Estatuto de Refugiado, en GAMMELTOFT-HANSEN T. “The Externalisation of European Migration Control And The Reach of International Refugee Law” en Guild, E., & Minderhoud, P. (Eds.). (2011). *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Brill, 2011, pp. 273–298.

El salvamento de inmigrantes en alta mar tiene un marco jurídico asentado en la Convención de NNUU sobre Derecho del Mar, pero hay cuestiones muy abiertas en torno a las Zonas SAR en el Mediterráneo y las obligaciones de los Estados en estas áreas, en particular para el desembarco de las personas rescatadas. La Guardia Europea de Fronteras y Costas-FRONTEx tiene desde 2016 competencias en materia de Búsqueda, Rescate y Salvamento marítimos¹²⁵. Una cuestión delicada es igualmente la problemática de la normativa aplicable y la obligatoriedad para los buques mercantes en proceder al salvamento y desembarco de los inmigrantes en puertos seguros¹²⁶, donde la práctica refleja preocupantes claroscuros. Y un ramal dentro de este vector es el de la debatida participación de buques de ONGs en estas labores de salvamento y rescate, siendo en ocasiones sancionadas u objeto de querellas judiciales en algunos Estados¹²⁷.

No podemos tratar todos estos temas y problemáticas graves en la práctica diaria, que desbordan el contenido y objetivos de este trabajo; sólo apuntaremos algunas ideas sobre la clasificación en las categorías de *externalización* o de *extraterritorialidad* de algunas situaciones, y su consecuencia en materia de protección de derechos humanos.

--- Hay una problemática específica de la interceptación o la colaboración de buques de Estado europeos para el control de inmigrantes en espacios marítimos de Estados terceros, que requieren siempre de la autorización del Estado costero. Esta práctica por ejemplo se dió en la operación Hera de Frontex con Senegal¹²⁸. Se trata de un caso de actuación *extraterritorial* de actividad de agentes públicos de Estados europeos, por lo que se aplica con plenitud el bloque de derechos humanos en la actividad desempeñada ; es ilustrativa a este respecto la Decisión del Comité contra la Tortura antes referida¹²⁹.

--- Solicitudes de asilo con actuaciones de Vigilancia y Salvamento de inmigrantes en el mar. Hay una preocupación por los derechos de solicitantes de asilo y el tratamiento de los refugiados

¹²⁵ Ver por ejemplo, ESTEVE GARCIA, F., “The Search and Rescue Tasks Coordinated by the European Border and Coast Guard Agency (Frontex) Regarding the Surveillance of External Maritime Borders” *Paix et sécurité internationales* N.º. 5, 2017, pp. 93-116.

¹²⁶ SMITH, A., “Uncertainty, Alert and Distress. The Precarious Position of NGO Search and Rescue Operations in the Central Mediterranean” *Paix et sécurité internationales*, N.º. 5, 2017, págs. 29-70.

¹²⁷ Vid. JANER TORRENS, J. D: “Migrant Search and Rescue Operations in the Mediterranean by Humanitarian Organizations: Migrant Smuggling or Humanitarian Assistance?”, *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. 381-401. Es muy útil la información que recoge la EU Agency for Fundamental Rights-FRA sobre los procedimientos abiertos contra buques de ONGs, *2020 update - NGO ships involved in search and rescue in the Mediterranean and legal proceedings against them*, 19.06.2020, <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/2020-update-ngos-sar-activities>

¹²⁸ Ver CASAS-CORTES, M. – COBARRUBIAS S. - PICKLES J. “Good neighbours make good fences’: Seahorse operations, border externalization and extra-territoriality”, *European Urban and Regional Studies* 2016, vol 23 (3), pp. 231-251.

¹²⁹ Ver *supra*, Nota 27.

en actividades *desterritorializadas*. Y ello, porque la situación de los derechos de solicitar asilo puede verse cuestionada en diversos momentos, comprendiendo la información a los inmigrantes de esta posibilidad en espacios marítimos que no están bajo la jurisdicción territorial europea, o la tramitación y asistencia letrada con intérprete en estas situaciones. Se trata de actuaciones *extraterritoriales* también en estos casos con la carga de responsabilidad para los Estados y la UE que comportan en materia de derechos humanos.

--- En fin, el desembarco de inmigrantes o solicitantes de asilo en puertos de terceros Estados ha motivado una constante preocupación, en línea con el carácter seguro o no del país de desembarco. La Sentencia del TEDH en el caso *Hirsi Jamaa* es ilustrativa de la necesidad de que el Estado de control cumpla con las obligaciones del bloque de derechos humanos que le compromete en este tipo de actuaciones *extraterritoriales* de sus agentes. Con todo, no parece que el desembarco de inmigrantes en terceros Estados sea una práctica habitual¹³⁰.

Hay en este orden de ideas la realidad del rechazo al desembarco de inmigrantes o solicitantes de asilo en puertos de los propios Estados miembros de la UE, que tiene unos contornos jurídicos complicados conforme al Derecho Internacional del Mar y de los Derechos Humanos¹³¹.

6. CONCLUSIONES

1.- La crisis de 2015 ha puesto de relieve para la UE tendencias anteriores respecto a los flujos migratorios hacia Europa. La crisis de los refugiados ha conformado en Europa una nueva percepción de la realidad migratoria. Las ramificaciones de los impactos en la construcción europea son visibles y duraderas.

La reacción de la UE ha tenido cierta perspectiva estratégica desde 2015, aunque lastrada por la insolidaridad intraeuropea, y un exceso de eurocentrismo y de percepción securitaria, que no valora equilibradamente los intereses de los países terceros. El gran esfuerzo económico que desde entonces se está realizando no acaba de enmarcarse en una clara estrategia de largo alcance, para fomentar el desarrollo económico en los países de origen y tránsito de la emigración. Por otra parte, cuestiones como las de vigilancia del respeto de derechos humanos de los inmigrantes aún están por perfilarse adecuadamente de manera global en esta estrategia.

Aunque podemos hacer diferentes valoraciones del comportamiento y capacidad de reacción de la UE y sus Estados, lo cierto es que el debate migratorio ha decantado decididamente un

¹³⁰ Por ejemplo, durante 2015 no se produjeron acciones de desembarco en terceros países de inmigrantes rescatados en el mediterráneo por operaciones conjuntas, cfr. *Frontex' Annual Report on the implementation on the EU Regulation 656/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing rules for the surveillance of the external sea borders*, 2016.

¹³¹ PAPASTAVRIDIS, E., 'The Aquarius Incident and the Law of the Sea: Is Italy in Violation of the Relevant Rules?', *EJILTALK.org*, 27 June 2018.

bloque de países abiertamente reacios a la solidaridad intraeuropea, y a asumir las nuevas realidades y cargas que suponen los refugiados presentes y por venir a Europa. Esta perspectiva es muy negativa a medio y largo plazo, por la permanencia de las corrientes y flujos migratorios, y la consolidación de las vías o puertas de entrada a Europa, todas por el sur de la UE: Mediterráneo oriental (Grecia) central (Italia) y Occidental (España y Portugal) ¹³². Por tanto, hay que subrayar el carácter sistémico de la presión migratoria hacia Europa, que debe integrarla entre sus políticas, estrategias y acciones a corto, medio y largo plazo.

En este contexto, la crisis ha puesto igualmente de relieve las carencias conceptuales para afrontar el fenómeno de inmigración y de refugiados, que se ha convertido en un problema para la correcta identificación y determinación del estatuto de derechos de las personas. Se trata de problemas anclados en la concepción misma del Estado y de la dicotomía nacional/extranjero, donde las nuevas realidades han desdibujado los contornos jurídicos de las figuras de asilo y refugio, reconduciendo todas las figuras internacionales (inmigrante, refugiado de la Convención de Ginebra, solicitante de asilo, desplazados, inmigrantes económicos, refugiados económicos) o de derecho europeo (normativa europea y nacional propia sobre refugiados, desplazados y protección subsidiaria, insuficiente ante la diversidad de situaciones que se han planteado) hacia los parámetros genéricos de la protección humanitaria. Estos problemas radican en el marco conceptual propio del modelo estatal decimonónico¹³³, y en las consecuencias que plantea en la Gobernanza mundial hoy que el cruce internacional de fronteras por las personas sea aún una cuestión no plenamente resuelta en la Sociedad internacional.¹³⁴

2.- Una cuestión sensible especialmente afectada ha sido la de identidad y valores de la Unión Europea y de Europa con la crisis, y la constatación de que las deficiencias de las respuestas dañan la imagen exterior e interna de la Unión como comunidad de valores, por lo que se requeriría más firmeza de la UE, particularmente en los casos de graves crisis¹³⁵. Situados en este plano, entonces las cuestiones migratorias se convierten en un Problema político que la Unión debe afrontar para su propia supervivencia.

¹³² Ver nuestras referencias en A. "Refugiados y crisis migratorias: fronteras y "desterritorialidad" en las puertas de Europa" *en Op. Cit.*, II. 3. Recientemente, el estudio de ACOSTA SÁNCHEZ, M., "An Analysis of Integrated Management of the External Borders of the European Union", *Paix et Sécurité Internationales*, núm. 8, 2020, pp. 121-144.

¹³³ Abordamos las problemáticas conceptuales de la inmigración en la UE en nuestro trabajo "Inmigración, extranjería y fronteras en la Unión Europea. Cinco problemas conceptuales", en *Fronteras exteriores de la UE e inmigración a España: Relaciones internacionales y Derecho*, coord. por Joaquim Joan Forner i Delaygua, Ministerio de Asuntos Exteriores-Cuadernos de la Escuela Diplomática, vol. 33, Tirant lo Blanch, 2007, Valencia, pp. 43-80.

¹³⁴ Vid. USTUBICI A. – ICDUYGU, A., *loc. cit.*, p. 200.

¹³⁵ Vid. DE FARAMIÑAN GILBERT J. M. "La noche de las ideas o algo de luz sobre los flujos migratorios", *Abogados – Revista del Consejo General de la Abogacía*, Octubre 2015, pp. 42-44.

En este contexto de redimensionamiento de las identidad y políticas de la UE hacia las cuestiones migratorias, una nueva perspectiva parece esbozarse con el Nuevo Pacto de Migración y Asilo (23 de Septiembre de 2020). Se trata de un replanteamiento estratégico y coherente de todos los temas vinculados en mayor o menor medida a la migración y asilo. Es aún pronto para conocer la capacidad de despliegue de implementación de las medidas propuestas, pues es una Guía de actuación de la Institución, más que el resultado de un Pacto acordado con los Estados.

3.- Al mismo tiempo que existe una progresiva toma de conciencia de la UE y sus Estados Miembros de la gravedad y permanencia de los flujos migratorios hacia Europa, también hay conciencia de la necesidad de reconfigurar los controles en las fronteras exteriores europeas. Hemos considerado en el trabajo la vulnerabilidad de las fronteras interiores europeas diseñadas y en funcionamiento en el Área *Schengen*. El impacto en las fronteras europeas exteriores ha sido aún mayor, ya que se ha puesto de relieve en nuestra opinión definitivamente que, más que frágiles o vulnerables, ciertos controles fronterizos como los marítimos son impracticables, en particular los de las fronteras marítimas meridionales europeas.

El sistema *Schengen* fue asumido como Derecho de la UE con el Tratado de Ámsterdam desde 1997, y con él su dicotomía entre fronteras interiores para garantizar la libre circulación interior en este espacio, y las fronteras exteriores para controlar el acceso al territorio ‘federal’ de circulación del continente europeo. La Unión realizó una aportación histórica con su *modelo europeo* de fronteras al panorama internacional. Este sistema *Schengen* ha demostrado al mismo tiempo una gran solidez y una ocasional fragilidad como experiencia histórica y como modelo fronterizo. Ha resistido embestidas de crisis de envergadura : atentados terroristas, crisis de refugiados de 2015, o pandemia COVID-19, que han determinado restablecimientos puntuales de controles fronterizos internos. En suma, un sistema de gran capacidad de resiliencia para afrontar y superar circunstancias adversas, aunque con el inconveniente de verse fácilmente desbordado con crisis puntuales migratorias.

Sin embargo, mismo modelo no resulta viable como sistema sostenible y eficaz presente y futuro para el control de los límites fronterizos exteriores de Europa. Las fronteras exteriores en el SXXI, parecen necesitar una severa readaptación o reformulación para afrontar en el medio y largo plazo la gestión migratoria, particularmente en los espacios marítimos.

Por tanto, las recientes crisis de refugiados han incorporado en la vida de la Unión el nuevo elemento sistémico de presión migratoria permanente hacia Europa, que ha visto sus fronteras exteriores del sur vulnerables y con problemas graves de respeto de derechos humanos en estos frágiles espacios marítimos y territorios adyacentes del vecindario sur europeo. Esto ha creado una perentoria necesidad de reajustar el equilibrio Fronteras interiores/exteriores del sistema continental de Schengen, que se ha visto dañado o afectado estructuralmente. Por tanto, se requiere regular con mayor rotundidad y dimensión estratégica todos los temas de controles en fronteras exteriores europeas. Pero esto no es labor sencilla, particularmente, por lo que hace a la frontera sur marítima mediterránea, el problemático *limes mediterraneus* de Europa.

4.- Precisamente esta inviabilidad del control fronterizo en espacios marítimos es lo que lleva en nuestra opinión a acentuar ciertas tendencias en las fronteras exteriores europeas, como la necesidad de *externalización* de funciones o controles migratorios. Los nuevos desarrollos normativos y de planificación estratégica confirman esta tendencia, así como la preocupación actual por desplegar un sistema integrado de gestión de fronteras exteriores.

En este contexto, la UE parece pretender diseñar una nueva política de gestión y control de sus fronteras exteriores hacia el Mediterráneo y África. Esta nueva política de fronteras exteriores implica reconfigurar, extender y proyectar el control fronterizo en territorios y espacios más allá de las líneas fronterizas, en espacios marítimos más allá del Mar territorial, y en territorios bajo jurisdicción y soberanía de otros Estados. Este enfoque conlleva novedosas relaciones con este fin con los países del entorno, adaptadas a cada país, a efectos de reforzar los controles y gestión de los flujos migratorios con apoyo de terceros Estados.

Estas prácticas y tendencias se inscriben en un contexto más general de modificaciones esenciales de las funciones fronterizas, y del mismo concepto de frontera internacional.¹³⁶ Desde luego, en el concepto internacional de frontera no es una novedad la no coincidencia entre frontera-límite y frontera-lugar de control¹³⁷; pero sí la pretensión de adelantar sistemáticamente los instrumentos de control fronterizo de acceso al territorio europeo, en un nuevo modelo jurídico-institucional fronterizo evolucionado. Con esto la UE evoluciona dando un paso más allá del modelo inicial: tras un crear un modelo de fronteras interiores, toca el turno a elaborar y diseñar un modelo propio de fronteras exteriores. Pero este logro es mucho más difícil de conseguir, ya que necesita forzosamente expandir ciertas funciones de control fronterizo en los espacios liminares europeos, y adentrarse en espacios sin jurisdicción de los Estados miembros o directamente en espacios marítimos y territoriales de Estados terceros de la cuenca mediterránea, África y Oriente medio. Esta tendencia —que pareciera un retorno a los amplios márgenes fronterizos del mundo antiguo y medieval, en lugar de las fronteras lineales— la UE parece proyectar su poder en búsqueda de seguridad y protección de intereses esenciales¹³⁸. Y al mismo tiempo, es una tendencia que convive con la global del reforzamiento de los límites fronterizos estatales mediante vallados y muros¹³⁹.

El aspecto esencial del *nuevo modelo de frontera exterior* europeo es que persigue el desplazamiento de ciertas funciones de control fronterizo en los márgenes de Europa, fuera de

¹³⁶ Avanzamos estas ideas en “Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* cit., 2016.

¹³⁷ Este aspecto en DEL VALLE GALVEZ A., “Control de Fronteras y Unión Europea”, *AFDUAM* cit. en pp. 72-ss.

¹³⁸ GERMOND, B., 'From Frontier to Boundary and Back Again: The European Union's Maritime Margins' (2010) 15 *European Foreign Affairs Review*, Issue 1, pp. 39–55.

¹³⁹ Vid. por ejemplo CASTAN PINOS J. “Assesing the significance of Borders and Territoriality in a Globalized Europe”, *Regions & Cohesion* 2013 vol. 3 (2), pp. 47-68.

su territorio terrestre y marítimo. La reconfiguración de funciones fronterizas implica por tanto concebir un amplio espacio liminar fronterizo a la UE, en el que podrían llevarse a cabo determinadas funciones de control y acceso al territorio UE, a desempeñar tanto por Estados UE como por la UE o por Estados fronterizos o implicados en los flujos migratorios hacia la UE. Es la propia necesidad de actuación UE en el exterior la que determina los nuevos escenarios fronterizos ¹⁴⁰, que van cambiando con el dinamismo de los flujos migratorios, y requiriendo nuevas prácticas y modelos de gestión fronteriza¹⁴¹; ello lleva a una expansión fuera de territorio de las políticas migratorias nacionales y de la UE, expansión enmarcada por las preocupaciones securitarias y la simplificaciones de procesos migratorios complejos¹⁴².

5.- En un contexto de generalizada *percepción* de vulnerabilidad del cinturón fronterizo exterior meridional en opiniones públicas y Gobiernos europeos, encontramos las referencias cada vez más frecuentes a lo que se denomina la ‘*externalización*’ del control de fronteras, que se ha convertido en un etiquetado común para caracterizar la estrategia europea ante las llegadas de migrantes y refugiados, refiriéndose al control de la inmigración, o en general a la política migratoria europea.

Es necesario hacer un esfuerzo jurídico para definir las diferentes situaciones migratorias y fronterizas; al fin y al cabo, es la regulación de cada situación la que determina los derechos, obligaciones, competencias y controles de instituciones de la UE y Estados europeos, incluida la protección de derechos fundamentales. Además, es necesaria una coherencia en la actuación de la UE respecto a las mismas situaciones en diferentes lugares o Estados terceros. Por lo que conviene determinar el estatuto de la UE y del Derecho de la Unión y los Derechos humanos en las distintas situaciones que podamos discernir y clasificar.

6.- En el trabajo nos centramos en las diferentes nociones y actividades que podrían debatirse respecto a la ‘Externalización’, ‘Extraterritorialidad’ de controles migratorios y funciones fronterizas, expresiones que, en suma, hacen referencia a actividades de gestión y control migratorio fuera del territorio, llevados a cabo por agentes públicos de los Estados UE, o por terceros Estados. Buscando una mayor precisión conceptual, preferimos utilizar el término *Desterritorialidad*, que es más neutro que los referidos, al evocar la idea de ubicar fuera del territorio determinadas funciones de control fronterizo y de políticas migratorias, a desarrollar por otros Estados o por el propio Estado.

¹⁴⁰ Estas operaciones como Seahorse“ están “changing Migration Policy and re-articulating Europe’s relations with African countries, producing new bordering processes, creating new geographies of Integration and border management, and redefining the practices of territory, sovereignty, and extra-territoriality “, nos dice CASAS-CORTES e.a. en “*Good neighbours....*” *loc. cit.*

¹⁴¹ CASAS-CORTES, M. – COBARRUBIAS S. - PICKLES J. “Riding Routes and Itinerant Borders: Autonomy of Migration and Border Externalization”, *loc. cit.* pp. 909-910rae.

¹⁴² *Ibidem*, pág. 247.

Al tratarse de situaciones y actuaciones vinculadas a las migraciones y a los controles fronterizos, debemos conceptualmente situarnos fuera del territorio; por lo que esta opción de *Desterritorialidad*, permite hipotéticamente abarcar las dos situaciones de *Externalización* y de *Extraterritorialidad* de las funciones de control fronterizo respecto a las migraciones.

Es cierto que existe una necesidad de actuación europea desterritorial, motivada, en primer lugar, por una reconocida limitación de los Estados UE para asumir responsabilidades y competencias de protección de refugiados y colectivos migratorios vulnerables en el propio territorio: esto es consecuencia tanto de la necesidad funcional de preservar los sistemas de acogida ante llegadas súbitas y masivas; como por razones políticas internas de cada país, en las que cuentan las opiniones públicas y los populismos xenófobos.

En segundo lugar, la actuación desterritorial es consecuencia de la clara determinación de reducir al mínimo tolerable posible la inmigración irregular que entre en el territorio federal europeo de libre circulación, por muchas razones, entre las que destacan las razones morales vinculadas a los valores de Europa, y las funcionales de circulación regular en el espacio 'federal' Schengen.

Se trata de un planteamiento que contiene contornos políticos y evolutivos (mínimo tolerable, razones políticas internas) o funcionales (capacidad de los sistemas de acogida., circulación de inmigrantes irregulares en el espacio 'federal' común). Es, sin embargo, el planteamiento determina la actuación desterritorial europea, ya consista en externalización de flujos migratorios, o de extraterritorialidad de controles de fronteras

7.- Respecto al fenómeno conocido como de 'Externalización' de controles migratorios, la doctrina ha venido considerándolo como actuaciones de la UE que buscan reducir, ordenar y controlar los flujos migratorios en anuencia con Estados terceros, en relaciones por definición asimétricas ¹⁴³. En nuestro trabajo hemos abordado las diferentes situaciones que se plantean, poniendo de relieve la conveniencia de diferenciar entre *Externalizar* las políticas migratorias, por una parte, de la actuación *Extraterritorial* de control migratorio, por otra parte. Teniendo presente para esta diferenciación que la "gestión eficaz de los flujos migratorios" es un componente de la Política Común de Inmigración (Art. 79.1 TFUE), y no de las Políticas sobre controles en las fronteras (Art. 77 TFUE).

Así, por una parte, entendemos que la actuación *Extraterritorialidad* supone llevar a cabo funciones de control fronterizo por los Estados fuera de su territorio. Aquí debe existir en nuestra opinión presencia o ejercicio por agentes públicos de los Estados miembros de ciertas

¹⁴³ ZAPATA-BARRERO R. "La dimensión exterior de las políticas migratorias en el área mediterránea: premisas para un debate normativo" *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos* Núm. 2 / 2013, en p. 32 y p. 9.

actividades o funciones de control (efectivo) fronterizo, en espacios sin jurisdicción estatal, o en el territorio de Estados terceros, con su acuerdo.

Por otra parte, consideramos constituyen *Externalización* de la gestión y control de flujos migratorios, las actividades y medidas como Programas, Planes de Acción o Acuerdos internacionales (Tratados) o instrumentos de *Soft Law* (Declaraciones, MOUs), que en el marco de políticas UE como la migratoria, de fronteras, o de cooperación al desarrollo, estipulan que Estados terceros (de origen o tránsito) vigilen sus propias fronteras y flujos migratorios, para controlar, restringir o impedir el acceso físico al territorio de los Estados UE. Asumen así la localización en su territorio, o el rechazo, de refugiados e inmigrantes en general que provienen de otros Estados, pero que principalmente tienen a los Estados europeos como lugar de destino.

Esto no implicaría presencia ni ejercicio directo de actividades de control por agentes públicos de los Estados Miembros de la UE. Por tanto, desde estos contornos limitados o restrictivos de la externalización, no entrarían en nuestra definición la política de visados, o las sanciones a transportistas, ni las actividades de los ‘Oficiales de Enlace’ en terceros Estados, ya que se desempeñan por agentes públicos estatales o son consecuencia de la aplicación del Derecho europeo por la Unión o sus Estados.. Es discutible igualmente si actividades como la formación de guardacostas en países terceros, son actuaciones de externalización y gestión de flujos migratorios (Art. 79 TFUE), o de control de fronteras exteriores en el poco definido sistema integrado de gestión de fronteras (Art. 77 TFUE).

En realidad, fuera del territorio europeo es muy discutible que los Estados estén realizando estrictamente funciones de control fronterizo, ya que se trata de un ámbito que se encuentra tal vez en el más genérico terreno del *control de flujos migratorios* y vinculado a la política migratoria y a la acción exterior europea.

Entre estas funciones de control fronterizo que se proyectarían fuera del territorio UE podemos señalar: la tramitación de solicitudes de asilo; la retención de llegada de refugiados ¹⁴⁴; la ejecución de acuerdos de retorno y la devolución de inmigrantes y refugiados . Esto implica que las fronteras exteriores europeas, a efectos de ciertas actuaciones y medidas de control de fronteras y flujos migratorios, se transformarían funcionalmente en un amplio espacio territorial y marítimo, variable, de territorios limítrofes e islas bajo soberanía o jurisdicción de un Estado UE o de un Estado tercero fronterizo.

8.- Uno de los mayores problemas de los controles fronterizos fuera de territorio es evidentemente cómo garantizar la aplicación del Derecho y los valores europeos en estos territorios liminares concéntricos de Europa. La concepción de situar ciertos controles de acceso

¹⁴⁴ Según ACNUR, Turquía, Líbano y Jordania atienden en 2016 a más de 4 millones de los 5 millones de refugiados sirios, en campamentos que reciben ayuda de la UE : “Bruselas aprueba movilizar 1.400 millones de la ayuda prometida para los refugiados sirios en Turquía”, *Europa Press* 28.07.2016; “Bruselas apoyará con más de 200 millones a refugiados sirios en Turquía, Jordania y Líbano”, *Europa Press*, 22.06.2016.

al territorio en amplios márgenes fronterizos es un fenómeno que debe embridarse con el Derecho y la vigilancia del cumplimiento del Derecho internacional y europeo de Derechos Humanos.

Hemos calificado como frágil el régimen de los derechos humanos de los extranjeros en las mismas Fronteras Exteriores europeas: tanto en fronteras terrestres, como marítimas y aéreas, nos encontramos con situaciones de especialidad o excepcionalidad en los regímenes de derechos humanos que se aplican con normalidad en el resto de los territorios del Estado bajo su jurisdicción.

Se trata de situaciones completamente novedosas para la aplicación de Derechos humanos, ya que en cualquier caso nos encontramos con actividades de control fronterizo fuera del territorio de los Estados, y por tanto, donde los presupuestos de la aplicación de la normativa internacional europea y estatal de derechos humanos, y de sus mecanismo de control y sanción, se ven confrontados a dificultades estructurales de excepcionalidad; pues, en efecto, ni los sujetos, ni el ámbito espacial de aplicación, o los mecanismos de interpretación y sanción de la normativa de derechos humanos es aplicable en situaciones de normalidad en estos territorios.

En general hay una tendencia de los Estados a calificar con ciertos regímenes jurídicos especiales y específicos estos espacios fronterizos, y por tanto no considerando aplicables ahí ciertos sectores del ordenamiento general aplicable al conjunto del territorio del Estado. Especialmente en materia de normativa interna e internacional de protección de Derechos fundamentales de los extranjeros.

9.- Por lo que hace a las fronteras aéreas, los aeropuertos se encuentran en su totalidad en el territorio terrestre del Estado. No obstante, los Estados al instaurar sus controles fronterizos de personas, acuden a funciones liminares, llegando a considerar determinadas zonas o espacios como espacios sin jurisdicción estatal, o con una jurisdicción atenuada o diferenciada, lo que tiene unas implicaciones importantes para la aplicación de la normativa y mecanismos de protección de derechos humanos. En estos espacios por tanto cierta normativa provoca una menor intensidad o debilidad de la fuerza jurídica de las normas e instituciones de los derechos humanos, motivada por el peculiar o especial estatuto jurídico que los Estados atribuyen a estos espacios liminares aéreos. Hay que destacar que pronunciamientos judiciales con los del TEDH, o del Tribunal Constitucional español, han marcado un dique de contención para la concepción y tratamiento de estos espacios a efectos de la protección de derechos humanos de extranjeros, inmigrantes o solicitantes de asilo, rechazados en los mismos puestos de control fronterizo y en espera de actuación administrativa del Estado, con una seria limitación de movimientos, cuando no se trata de detenciones de extranjeros en frontera.

10.- En las fronteras terrestres europeas existe una especial concepción y aplicación de la normativa de entrada, permanencia y salida de extranjeros, en especial inmigrantes y refugiados o solicitantes de asilo. Los regímenes particulares en la línea fronteriza o en los puestos de

control fronterizo terrestre hacen que los derechos humanos se vean cuestionados en ciertas situaciones. Es el caso de las *devoluciones en caliente*, o de *rechazo en frontera*, activando una especial concepción legal de la frontera, como la *frontera operativa*, para no considerar jurídicamente en territorio del Estado a personas que han cruzado la línea fronteriza.

11.- En las fronteras marítimas, la cuestión de los derechos humanos se plantea diferente, conforme a las características de este medio y la proyección de competencias de los Estados en los diferentes espacios marítimos. La UE lleva ya mucho tiempo coordinando operaciones *ad hoc* en algunas zonas del Mediterráneo, y con la crisis se ha puesto de manifiesto la insostenibilidad de tales mecanismos de control de flujos migratorios. La avalancha de problemáticas que se plantean en el medio marino, particularmente en materia de derechos humanos, hace que resulte inviable prever a corto, medio y largo plazo una solución estable de control marítimo en los flujos que llegan por mar desde África y Turquía.

12.- Más allá de las líneas fronterizas, nos encontramos con territorios donde se externalizan ciertas funciones de control fronterizo. Aquí tenemos una dificultad estructural para analizar la protección de derechos humanos en el desempeño de los controles de frontera. Como indicamos, existe una dificultad de ubicación de los elementos esenciales de los sistemas de protección de derechos humanos donde se llevan a cabo funciones fronterizas, en sentido muy amplio; y la presencia o actuación de actores estatales no es evidente en muchas ocasiones.

A nuestro juicio, la Externalización no implica actividad de Agentes del Estado. Con la denominada *externalización* la dificultad para los derechos humanos es muy importante, pues debe determinarse cómo y en qué medida se aplican los derechos humanos en la gestión y *control de flujos migratorios*, que lleva a cabo la UE con terceros Estados. En este sentido, la UE debe establecer mecanismos de seguimiento, control y supervisión de la actuación de otros Estados en el control de flujos migratorios. Toda esta actividad debe estar sometida a procesos formales de Tratados y mecanismos de seguimiento y control de su aplicación.

13.- Por otro lado, en territorios donde se llevan a cabo actuaciones *Extraterritoriales*, en las proximidades de las fronteras exteriores europeas, cabe determinar el grado de implicación del Estado y de los agentes estatales en los *controles fronterizos* exteriores desterritorializados. Nuestra propuesta es que toda acción del Estado de estar acompañada del sistema de normas controles de aplicación y vigilancia de derechos humanos.

De todas formas, parece claro que, en el ejercicio de actividades de control fronterizo y migratorio, los agentes públicos se encuentran obligados por las normas de derechos humanos, incluso en actuación extraterritorial, lo que incluye situaciones en las que estos agentes y autoridades tienen el control *de iure* o *de facto* de una actividad de control o vigilancia fronteriza.

14.- La actividad de la UE para adoptar normas y medidas que avancen en el tratamiento de las cuestiones migratorias, refugio y asilo ha sido impresionante en los últimos años¹⁴⁵. Desgraciadamente, la coyuntura actual de la Unión parece impedir acuerdos a largo plazo con enfoques estratégicos del problema estructural de los flujos migratorios. Los planteamientos y acuerdos a los que se han llegado en el seno de la UE durante los últimos años parecen demostrar que es difícil adoptar un enfoque diferente del securitario y de refuerzo de las fronteras exteriores mediante FRONTEX, aun aceptando la gravedad del problema y la necesidad de dimensiones estratégicas de desarrollo en África hacia el futuro ¹⁴⁶. Las Conclusiones del Consejo Europeo de Junio de 2018 para crear *Plataformas regionales de desembarque* en terceros países y *Centros controlados* en los Estados miembros, reflejan la complejidad de la situación y las dificultades para que la UE actúe con una política estratégica consensuada en esta cuestión vital para la identidad, valores y pervivencia de la integración europea.

En el trabajo analizamos a efectos de protección de derechos humanos, en qué situación quedarían ciertas problemáticas, como las Plataformas regionales de Desembarque; los Acuerdos de la UE o de Estados miembros con Estados terceros en temas migratorios, en la estela del Acuerdo con Turquía de 2016; y la Vigilancia y Salvamento de inmigrantes en el mar, desembarco en puertos de Estados miembros o de terceros Estados

15.- Necesitamos una visión estratégica, humanitaria y positiva de los flujos migratorios y de las diferentes dimensiones de los controles de frontera. La crisis de refugiados parece haber tenido efectos decisivos sobre la concepción de las Fronteras exteriores europeas, y todo parece indicar que podemos encontrarnos ante una evolución del modelo funcional de control en el acceso al territorio de la Unión. Este modelo europeo de frontera exterior se inscribiría en una tendencia general de la sociedad internacional de la globalización, que afirma las fronteras aunque alterando su concepción, funciones y componentes de base territorial¹⁴⁷. En el caso europeo, este nuevo modelo comportaría una desagregación de ciertas funciones fronterizas, como el control de acceso, en un amplio espacio liminar terrestre o marítimo.

¹⁴⁵ Un panorama reciente puede verse en *EU Asylum, Borders and External Cooperation on Migration – Recent developments*, European Parliament PE621.878, EPRS May 2018.

¹⁴⁶ Pueden verse rápidamente los planteamientos de la Comisión en los Comunicados de 7 de diciembre de 2017 “Una gestión de la migración con visión de futuro: la Comisión Europea presenta el camino a seguir” http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5132_es.htm; 12 de junio de 2018, “Presupuesto de la UE: la Comisión propone un importante aumento de la financiación para reforzar la gestión de las fronteras y la migración” http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4106_es.htm; y 12 de septiembre de 2018: “Estado de la Unión 2018: la Comisión propone los últimos elementos necesarios para alcanzar una fórmula transaccional en materia de migración y reforma de las fronteras” http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-5712_es.htm. Las Conclusiones del Consejo Europeo de 18 de Octubre de 2018 confirman esta situación, vid. Las Conclusiones en <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/european-council/2018/10/18/>

¹⁴⁷ Ver los comentarios de Luz GÓMEZ en “El Tercer País- La crisis de refugiados en el Mediterráneo oriental ha llevado al paroxismo la noción clásica de frontera”, *El País*, 06.05.2016.

Un nuevo Modelo de fronteras, pero inscrito en una verdadera *Política de Fronteras Exteriores* europea, con medidas extraterritoriales y medidas de externalización de gestión y control de flujos migratorios. Esta nueva Política de Fronteras Exteriores requiere a nuestro juicio su imbricación con otras políticas capitales de la Unión: la política de inmigración y extranjería, y la Política Exterior, siendo la Política de Fronteras una pieza autónoma pero complementaria de estas Políticas, y sin las que probablemente no podría hacerse una política de fronteras exteriores coherente y eficaz. La política de inmigración además sigue teniendo un margen de acción importantísimo en manos de los Estados¹⁴⁸.

En su misma concepción, toda nueva estrategia de Fronteras Exteriores necesita incorporar al tercer Estado limítrofe en la elaboración de la Política de Fronteras, en pie de igualdad. De forma que la Política de Fronteras Exteriores ha de tener caracteres diferentes en función de cada Estado tercero fronterizo con la UE. El riesgo de no hacerlo es que toda actuación de control migratorio exterior sea vista como conformación de una hegemonía discursiva de la UE, con imposición de los elementos de control fronterizo, en una desnuda búsqueda de espacios de seguridad¹⁴⁹ o frontera adelantada, por Estados convertidos en nuevos *first line States*.

La asociación institucional a la unión de los Estados terceros vinculados a la UE (y en particular los Estados con territorios limítrofes a la UE, como son los Mediterráneos), implica asumir una potente Cooperación transfronteriza con los terceros Estados vecinos: otra función que se cumple en la frontera es la de cooperación entre territorios y entidades a uno y otro lado de la frontera-línea. A mi juicio, la UE debe intentar que no sólo la función de control, sino también la función de cooperación transfronteriza rija en estos nuevos espacios liminares fronterizos, que serían propios de las nuevas concepciones de las funciones fronterizas. Para ello sería necesario prescribir en el nuevo Modelo de Fronteras la utilización de Fondos estructurales y particularmente Fondos de Cooperación transfronteriza tal y como se programan y emplean entre las fronteras interiores europeas, y concebir una cooperación transfronteriza que vaya más allá de la cooperación al desarrollo¹⁵⁰.

Además, es inevitable afrontar y aceptar en este contexto la potenciación de la movilidad de personas nacionales de Estados vecinos con el espacio “federal” UE de libre circulación. Y en general, supone asumir la necesidad de creación de vías legales de entrada a la UE, que es clave para la gestión de flujos migratorios y elemento determinante en cualquier política estable que

¹⁴⁸ GONZÁLEZ VEGA, J. “El control de la inmigración irregular en España: compromisos y desarrollos”, *Revista CIDOB d'Afers Internacionals* n.º 111 12/2015, pp. 173-193.

¹⁴⁹ MARENGO CAMACHO, J. “Fronteras elásticas, hegemónicas y teoría del discurso: la frontera sur de México”, *Revista CIDOB d'afers internacionals*, n.º. 111, 2015, pp. 9-34.

¹⁵⁰ Una visión crítica de “la leyenda-migración-desarrollo” como discurso positivo de legitimación, en NAÏR, S. *op. cit.*, pp. 43-ss.

regule el acceso a la UE; por ejemplo el caso del Visado Humanitario es un tema de debate en esta necesaria línea de futuro¹⁵¹.

16.- En este contexto de Externalización y concierto con terceros Estados de las políticas tanto de controles en Frontera, como de gestión de flujos migratorios dentro de la política de inmigración europea, la obligación de proteger a colectivos de refugiados y migratorios debe proyectarse fuera del territorio europeo, por lo que, independientemente de la motivación, aspiración, deseo o situación personal económica, familiar o política de la persona, la UE debe arbitrar mecanismos y procedimientos para hacer seguimiento y vigilancia del trato a estas personas en territorios o terceros, con acuerdo de ese Estado.

A este fin, las ideas básicas en nuestra opinión serían:

- Llegar acuerdos con terceros Estados basados en *Hard Law* : Tratados (de conformidad con el Convenio de Viena del Derecho de los Tratados 1969), y no a través de vías de *Soft Law* como los *Memorandum of Understandings* o MOUs al uso.

- Prever obligatoriamente cláusulas, y procedimientos de garantía y sanción para asegurar el respeto de los colectivos vulnerables vinculados a flujos migratorios.

- - Esto podrá implicar la presencia de agentes públicos europeos en el territorio del tercer Estado, y la participación en la toma de decisiones de ese tercer Estado sobre personas vulnerables involucradas en procesos migratorios.¹⁵²

- En cualquier caso, el enfoque que propugnamos trata de proponer un Esquema acordado en pie de igualdad para *compartir responsabilidades* de protección con los países de origen, tránsito y destino de la inmigración, con un permanente enfoque sobre las causas de la inmigración¹⁵³.

17.- En definitiva, se requiere concebir desde los valores europeos un *nuevo Modelo* de fronteras, donde, acomodado entre las políticas de inmigración y de PESC, las funciones de control y gestión de las migraciones se desarrollen con plenas garantías de cumplimiento del Derecho, en un contexto de Derechos Humanos y de cooperación transfronteriza y de movilidad

¹⁵¹ Al respecto, SÁNCHEZ LEGIDO, A. “El arriesgado acceso a la protección internacional en la Europa fortaleza: la batalla por el visado humanitario europeo” *RDCE loc. cit.*; Parlamento Europeo 2014-2019 Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior *Documento de Trabajo sobre los Visados Humanitarios* Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior de 05.04.2018 Ponente: J. F. López Aguilar, DT\1150200ES.docx, PE619.272v02-00.

¹⁵² Ver McNAMARA F., “Member State Responsibility for Migration Control within Third States-Externalisation Revisited”, *loc. cit.*, p. 335.

¹⁵³ “The necessity of responsibility sharing rather than responsibility shifting, as well as of the need to elaborate upon the root causes of the flows rather than on their consequences in the framework of global governance of migration and asylum flows”, USTUBICI A. – ICDUYGU, A. *loc. cit.*, p. 200.

de personas con los territorios liminares europeos. El nuevo Modelo de Fronteras Exteriores debe basarse en los valores europeos y en el respeto de los Derechos Humanos, con un compromiso supervisado de todos los actores involucrados, de aplicación estricta de normas de Derechos Internacional y Europeo de los Humanos, cuando se apliquen directa o indirectamente Derecho de la Unión o normas europeas, aunque sea en los espacios fronterizos de otro Estado. Sin embargo, las actuaciones territoriales y extraterritoriales deben diferenciarse de las que se producen en actividades de acción exterior en o con terceros Estados a fines de política de inmigración y control de flujos migratorios.

Estamos ante un cambio en la concepción misma de la frontera en esta era pos-globalización, donde se han ya transformado muchas funciones de control fronterizo y migratorio, que se encuentran en constante evolución -como por ejemplo con la aparición de decisiones de admisión o rechazo de extranjeros por máquinas automatizadas que deciden por algoritmos¹⁵⁴. Lo cierto es que ya determinadas funciones se han deslocalizado y se sitúan sistemáticamente fuera del territorio y los puestos fronterizos de los Estados.

La Unión necesita hoy instrumentos y conceptos nuevos para estas nuevas realidades, y sobre todo para no perder de vista que, a la hora de afrontar crisis como las migratorias y de derechos de los extranjeros que se acercan o entran en nuestro territorio y jurisdicción, Europa es una construcción racional que supone un Proyecto de progreso civilizatorio, y que como tal debe incorporar permanentemente sus valores y el respeto de derechos humanos en todas sus políticas, medidas normativas y actuaciones con extranjeros y Estados terceros, en sus propias fronteras exteriores y más allá de las mismas.

7. BIBLIOGRAFIA

ABRISKETA URIARTE, J. ‘La dimensión externa del derecho de la Unión Europea en materia de refugio y asilo: un examen desde la perspectiva del non-refoulement’, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 56, 2017, pp. 119-158.

ACOSTA SANCHEZ M, “Estrategias de seguridad marítima y medios contra la inmigración irregular: análisis comparado de España, Unión Europea y Unión Africana”, *REEI*, nº 40, 2020.

ACOSTA SÁNCHEZ, M. ‘Sobre el ámbito competencial de las operaciones de paz: El enfoque integral de la operación militar Sophia de la UE ante la crisis migratoria’, *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, nº 12, 2019, pp. 15-48.

¹⁵⁴ COSTELLO C. – MANN I. refieren el caso verídico de un “rechazo algorítmico” y opaco a una persona para entrar en EEUU, en “Border Justice: Migration an Accountability for Human Rights Violations”, *German Law Journal*, 2020, 21, pp. 311-334, en p. 333.

- ACOSTA SÁNCHEZ, M. and DEL VALLE GÁLVEZ, A., 'La crisis de los cayucos. La Agencia Europea de Fronteras – FRONTEX y el control marítimo de la inmigración clandestina', *Tiempo de Paz*, nº 83, 2006, pp. 19-30.
- ACOSTA SÁNCHEZ, M., "An Analysis of Integrated Management of the External Borders of the European Union", *Paix et Sécurité Internationales*, núm. 8, 2020, pp. 121-144.
- ACOSTA SÁNCHEZ, M.A., "Sobre la seguridad marítima y el uso de fuerzas navales europeas frente al reto de la inmigración", en Sobrino Heredia, J. M. – OANTA, G. (Coords.), *La construcción jurídica de un espacio marítimo común europeo*, Bosch Editor, Barcelona, 2020, pp. 695-713.
- ACOSTA SANCHEZ, M.A., "La formación de guardacostas libios: hacia un modelo de sinergia de políticas en la gestión integrada de fronteras marítimas europeas", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2019, nº 69, pp. 859-895
- CALVO MARISCAL L. "Cooperación entre la UE y Libia en materia de inmigración y asilo: la posible creación de plataformas de desembarco" *Revista General de Derecho Europeo*, Nº. 50, 2020.
- CAMPESI, G., "Crisis, migration and the consolidation of the EU border control regime", *International Journal of Migration and Border Studies*, vol. 4, nº 3, 2018, 196-221.
- CARLI, E., "Operation EUNAVFOR MED SOPHIA in the framework of the european agenda on migration: Practical aspects and questions of international law", *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, Nº. 2, 2018, pp. 135-151.
- CARRERA S. – CORTINOVIS R. "Search and Rescue, disembarkation and relocation arrangements in the Mediterranean- Sailing away from Responsibility?" CEPS Paper nº 2019-10, June 2019.
- CASAS, N. 'The instruments of pre-border control in the EU: A new source of vulnerability for asylum-seekers?', in European Commission – FRAME, 31 May 2016, pp. 30-59.
- COSTELLO C. – MANN I. "Border Justice: Migration an Accountability for Human Rights Violations", *German Law Journal*, 2020, 21, pp. 311-334
- D'HUMIÈRES, 'La coopération Union Européenne/Afrique: l'externalisation des politiques migratoires européennes', Fondation Robert Schuman Policy Paper No. 472, 20 April 2018.
- DE BRUYCKER. PH., "The European border and coast guard: a new model built on an old logic", *European Papers*, Vol. 1, Nº. 2, 2016, p. 559-569.

- DEL VALLE GALVEZ A., “Las fronteras de la Unión-El *modelo europeo* de fronteras”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 12, 2002, pp. 299-341.
- DEL VALLE GALVEZ A., “Control de Fronteras y Unión Europea”, *AFDUAM.*, nº 7, 2003, pp. 67-92.
- DEL VALLE GÁLVEZ, ‘La fragilidad de los derechos humanos en las fronteras exteriores europeas, y la externalización/extraterritorialidad de los controles migratorios’, in J. Soroeta Liceras and N. Alonso Moreda (eds), *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Volume XVIII-2018, Ed Tirant lo Blanch, Valencia 2019, pp. 25-58.
- DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Year No. 20, 55, 2016, pp. 759-777.
- DEL VALLE GÁLVEZ, A., “Unión Europea, crisis de refugiados y limes imperii”, *Revista General de Derecho Europeo* 38, 2016.
- DEL VALLE, A., “Refugiados y crisis migratorias: fronteras y desterritorialidad en las puertas de Europa”, in Ripol Carulla S., *Derecho, Inmigración y Empresa*, Barcelona, 2019, pp. 85-112.
- DEL VALLE GALVEZ A., “Sobre la inviabilidad del modelo de fronteras exteriores europeas en el mediterráneo”, *Revista Española de Derecho Internacional Foro- El rescate de personas en el Mediterráneo*, Vol. 72/1, enero-junio 2020, pp. 187-196.
- DEL VALLE GALVEZ A., “Refugee Crisis and Migrations at the Gates of Europe: Deterritoriality, Extraterritoriality and Externalization of Border Controls.”, en *Paix et Sécurité Internationales*, nº 7, 2019, 117-160.
- DEN HEIJER and SPIJKERBOER, ‘Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?’, *EU Law Analysis*, 7 April 2016.
- DI FILIPPO, M. ‘Irregular Migration Across the Mediterranean Sea: Problematic Issues Concerning the International Rules on Safeguard of Life at Sea’, 1 *Paix et Sécurité Internationales* (2013), pp. 53-76.
- DI FILIPPO, M. “The allocation of competence in asylum procedures under EU law: The need to take the Dublin bull by the horns”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 59, 2018, 41-95.
- ESTEVE GARCÍA, F, “The Search and Rescue Tasks Coordinated by the European Border and Coast Guard Agency (Frontex) Regarding the Surveillance of External Maritime

- Borders', Paix et sécurité internationales, n° 5, 2017, p. 93, <https://revistas.uca.es/index.php/paetsei/art./view/4654>, 93-116.
- FAJARDO DEL CASTILLO, T. "El Pacto Mundial por una migración segura, ordenada y regular: un instrumento de *soft law* para una gestión de la migración que respete los derechos humanos", en *REEI* n° 38, 2019.
- FERNANDEZ ROJO D. "The Umpteenth Reinforcement of Frontex's Operational Tasks: Third Time Lucky?" *EU Law Analysis*, 04.06.2019.
- FERNÁNDEZ ROJO, D. 'Los hotspots: expansión de las tareas operativas y cooperación multilateral de las agencias europeas Frontex, Easo y Europol', *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 61, 2018, pp. 1013-1056.— FRELICK, KYSEL and PODKUUL, 'The Impact of Externalisation of Migration Controls on the Rights of Asylum Seekers and Other Migrants', *Journal of Migration and Human Security* 4(4), (2016), pp. 190-220.
- GABRIELLI, L. 'La externalización europea del control migratorio. ¿La acción española como modelo?', *Anuario CIDOB de la inmigración* (2017), pp. 127-152.
- GAMMELTOFT-HANSEN and HATHAWAY, 'Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence', *Columbia Journal of Transnational Law*, 53 (2), 2015, pp. 235-284.
- GAMMELTOFT-HANSEN T. "The Externalisation of European Migration Control And The Reach of International Refugee Law" en Guild, E., & Minderhoud, P. (Eds.). (2011). *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Brill, 2011, pp. 273–298.
- GONZALEZ GARCIA I., "Rechazo en las fronteras exteriores europeas con Marruecos: Inmigración y derechos humanos en las vallas de Ceuta y Melilla, 2005-2017", *Revista General de Derecho Europeo -RGDE*, núm. 43, Octubre (2017), pp. 17-57.
- GONZALEZ GARCIA I., "The Spanish-Moroccan Cooperation on Immigration: The Summary Returns Cases of Isla de Tierra-Alhucemas (2012) and Ceuta and Melilla (2014)" *Spanish yearbook of international law*, N° 19, 2015, pp. 349-356.
- GONZÁLEZ GARCÍA, I., "Ceuta, Melilla y devoluciones en caliente: ¿y los derechos humanos de los inmigrantes?", Capítulo en Alcaide Fernández, J. y Petit de Gabriel, E. W., *España y la Unión Europea en el Orden Internacional*, XXVI Jornadas ordinarias de la AEPDIRI, Universidad de Sevilla, 15 y 16 de octubre de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 223-233.
- GONZÁLEZ GARCÍA, I., "Inmigración y Derechos Humanos: Las devoluciones en caliente de inmigrantes subsaharianos desde España a Marruecos", Cap. 6 en Alonso Moreda,

- N. (Ed.) y Soroeta Licerias, J. (Dir.), *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. XVII, Aranzadi, Navarra, España, 2017, pp. 141-201.
- GUILD E. and BIGO, D. 'Policing at a distance: Schengen Visa policies' in *Controlling Frontiers - Free Movement Into and Within Europe*, London, 2005, pp. 203-207.
- JANER TORRENS, J. D., 'El restablecimiento temporal de controles en las fronteras interiores de la Unión Europea como respuesta a las amenazas al orden público y a la seguridad interior: entre la excepcionalidad y la normalidad', *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 61, 2018, p. 899-932.
- JANER TORRENS, J. D: "Migrant Search and Rescue Operations in the Mediterranean by Humanitarian Organizations: Migrant Smuggling or Humanitarian Assistance?", *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. 381-401.
- IMÉNEZ GARCÍA-CARRIAZO, A., "Small Island, Big Issue: Malta and its Search and Rescue Region – SAR" *Paix et sécurité internationales*, Nº. 7, 2019, págs. 299-321
- LEMBERG-PEDERSEN M. "Losing the Right to Have Rights: EU Externalization of Border Control", *Europe and the Americas: Transatlantic approaches to human rights* Leiden, Brill 2015, Chapter 14, pp. 393 – 417.
- MARINAI, S. "The interception and rescue at sea of asylum seekers in the light of the new EU legal framework". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 55, 2016, pp. 901-939.
- MARINAI, S. 'The Action of Greece and Spain against Irregular Migration by Sea', in A. Del Vecchio (ed.), *International Law of the Sea – Current Trends and Controversial Issues* (The Hague, 2014), pp. 29-58.
- MCNAMARA, 'Member State Responsibility for Migration Control within Third States: Externalisation Revisited', *European Journal of Migration and Law*, 2013, p. 319-335.
- MORENO LAX, 'Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?', 12(3) *Human Rights Law Review* (2012) 574-598.
- MORENO-LAX V. – PAPASTAVRIDIS, E. 'Boat Refugees' and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach- Integrating Maritime Security with Human Rights, Brill, 2016.
- MORENO-LAX, V. and LEMBERG-PEDERSEN, M. "Border induced displacement: The ethical and legal implications of distance-creation through externalization", *QIL, Zoom-in*, 56, 2019, pp. 5-33.

NAGORE CASAS, M., “The Instruments of Pre-border Control in the EU: A New Source of Vulnerability for Asylum Seekers?”, *Paix et Sécurité Internationales*, num. 7, 2019, pp. 161-198.

NAÏR, S., *Refugiados*, Barcelona, 2016.

NARANJO GIRALDO, G. E., ‘Desterritorialización de fronteras y externalización de políticas migratorias. Flujos migratorios irregulares y control de las fronteras exteriores en la frontera España-Marruecos’, *45 Estudios Políticos*, 2014, pp. 13-32.

PALM, ‘The Italy-Libya Memorandum of Understanding: The baseline of a policy approach aimed at closing all doors to Europe?’, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, *Eumigrationblog.eu*, 2 October 2017.

PAPASTAVRIDIS, E., ‘The Aquarius Incident and the Law of the Sea: Is Italy in Violation of the Relevant Rules?’, at *EJILTALK.org*, 27 June 2018.

PEERS, S. ‘The final EU/Turkey refugee deal: a legal assessment’, *EU Law Analysis* 18 March 2016.

PI I LLORENS M. ”La Unión Europea y la lucha contra los traficantes y tratantes de migrantes en Libia: balance tras el fin de la operación Sophia” *REEI*, nº 40, 2020.

PRIETO, B. “Los hotspots, un eslabón débil en la gestión de la crisis de los refugiados”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, ARI 25/2016, 4 March 2016.

REVIGLIO, M. “Externalizing Migration Management through Soft Law: The Case of the Memorandum of Understanding between Libya and Italy” *Global Jurist*, Volume 20, Issue 1, pp. 1-12.

REYES TOVAR ‘La Desterritorialización como forma de abordar el concepto de frontera y la identidad en la migración’, *Revista Geográfica de América Central* (2011), pp. 1-13.

RIJPMA J. and CREMONA, M. ‘The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law’, *EUI Working Papers - Law* 2007/1.

RIJPMA, J. ‘The Patrolling of the European Union’s External Maritime Border: Preventing the Rule of Law from Getting Lost at Sea’, in *International Law of the Sea – Current Trends and Controversial Issues*, The Hague, 2014., pp. 77-99.

RODIER, ‘Externalisation of migration controls’, in *Shifting Borders – Externalising migrant vulnerabilities and rights?* Red Cross EU Office, 2013, pp. 7-9.

- SÁNCHEZ LEGIDO, A. ‘El arriesgado acceso a la protección internacional en la Europa fortaleza: la batalla por el Visado Humanitario europeo’, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 57, 2017, pp. 433-472.
- SANCHEZ LEGIDO, A. “Externalización de controles migratorios versus Derechos Humanos” *REEL*, 37, 2019.
- SANTOS VARA, J. “La transformación de Frontex en la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas: ¿hacia una centralización en la gestión de las fronteras?” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 59, 2018, pp. 143-186.
- SANTOS VARA, J. ‘La declaración Unión Europea-Turquía de 18 de marzo de 2016: ¿un tratado disfrazado?’ in *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, 2017, pp. 289-300.
- SMITH, A., ‘Uncertainty, Alert and Distress: The Precarious Position of NGO Search and Rescue Operations in the Central Mediterranean’, *Paix et sécurité internationales* nº 5, 2017, pp. 29-70, <https://revistas.uca.es/index.php/paetsei/art./view/4652>.
- SOBRINO J. M. and OANTA, G. ‘Control y vigilancia de las fronteras en los diferentes espacios marítimos’, 14 *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña* (2010), pp. 759-788.
- TOYGÜR and BENVENUTI, ‘One year on: an assessment of the EU-Turkey statement on refugees’, *Análisis del Real Instituto Elcano*, ARI 21/2017, 21 March 2017.
- URBANEJA CILLÁN, J. : “The European Union-Turkey Cooperation on Migration Matters: towards a Review of the Migratory Statement of 18 March 2016”, *Paix et Sécurité Internationales*, num. 8, 2020, pp. 211-250.
- URÍA GAVILÁN, E., ‘La declaración Unión Europea-Turquía: la externalización de la seguridad en detrimento de la protección de los derechos humanos’, in E. J. Martínez Pérez, C. Martínez Capdevila, M. Abad Castelos and R. Casado Raigón (eds), *Las amenazas a la seguridad internacional hoy*, 2017, pp. 89-101.
- USTUBICI A. – ICDUYGU, A. “Border closures and the externalization of immigration controls in the Mediterranean: a comparative analysis of Morocco and Turkey”, *New Perspectives on Turkey* nº 60, 2019, pp. 179-202.
- ZAPATA BARRERO, R. and ZARAGOZA CRISTIANI, ‘Externalización de las políticas de inmigración en España ¿giro de orientación política en la gestión de fronteras y flujos migratorios?’, 8 *Panorama social* (2008).

ZAPATA-BARRERO, R., 'La dimensión exterior de las políticas migratorias en el área mediterránea: premisas para un debate normativo', *Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos* nº 2, 2013.

ANÁLISIS


El despido de los trabajadores por la automatización de sus puestos de trabajo: ¿es posible?

The dismissal of workers due to the automation of their workplaces: is it possible?

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Politécnica de Cartagena (España)

djamil.kahale@upct.es

 <https://orcid.org/0000-0002-0266-3380>

Resumen: La Industria 4.0, conocida como la cuarta revolución industrial, se está implementando en España. Lo que supone que los empresarios están apostando por su establecimiento, a través de las tecnologías que las involucra, tales como cloud, Big Data, sistemas ciber-físicos, sensórica, robótica colaborativa, fabricación aditiva o por capas, entre otras. Se puede inferir, por tanto, que la llegada de aquellas tecnologías en el trabajo puede que genere, entre otras cosas, despidos en las empresas que la implementan. El presente estudio tiene por objeto analizar si se considera legal despedir a un trabajador por la automatización de su puesto de trabajo.

Abstract: *Industry 4.0, known as the fourth industrial revolution, is being implemented in Spain. This means that businessmen are betting on its establishment, through the technologies involved, such as cloud, Big Data, cyber-physical systems, sensing, collaborative robotics, additive or layered manufacturing, among others. It can be inferred, therefore, that the arrival of those technologies at work may generate, among other things, layoffs in the companies that implement them. The purpose of this study is to analyze whether it is legal to dismiss a worker because of the automation of his or her job.*

Palabras clave: despido, digitalización, automatización, industria 4.0, trabajadores, robots.

Keywords: *redundancy, digitization, automation, industry 4.0, workers, robots.*

Recepción: 21/07/2020

Aceptación: 27/10/2020

Cómo citar este trabajo: KAHALE CARRILLO, Djamil Tony, "El despido de los trabajadores por la automatización de sus puestos de trabajo: ¿es posible?", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, ISSN-e: 2660-7964, n.º 2, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 213-231, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i2.08>

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL DESPIDO OBJETIVO. 3. LA CARTA DE DESPIDO. 4. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL PUESTO DE TRABAJO. 5. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO DEL TRABAJO. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La Industria 4.0 consiste en incorporar las nuevas tecnologías a la industria¹. Dicho en otros términos, es hacer andar la industria a través de herramientas tecnológicas, tales como cloud, Big Data, sistemas ciber-físicos, sensórica, robótica colaborativa, fabricación aditiva o por capas, entre otras. Por tanto, es la considerada como la cuarta revolución industrial.

El informe Industria conectada 4.0: La transformación digital de la industria española, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, define Industria 4.0 como “la cuarta revolución industrial, que se basa en la disponibilidad en tiempo real de toda la información relevante al producto, proporcionada por una red accesible en toda la cadena de valor, así como la capacidad para modificar el flujo de valor óptimo en cualquier momento. Esto se logra a través de la digitalización y la unión de todas las unidades productivas de una economía. Para ello es necesaria la fusión de tecnologías tales como Internet de las Cosas (IoT), computación y cloud, big data y ciberseguridad, así como las complementarias: móvil, analytics, M2M (Machine to Machine), impresión 3D, robótica y comunidad/compartición”².

La digitalización es la herramienta que diferencia a la Industria 4.0 con las demás, dado que combina el aspecto físico con el digital. Como, por ejemplo, la vinculación de materiales, dispositivos, instalaciones, maquinarias al sistema digital. Se han dado voces al señalar que la digitalización une el puente que combina en el extremo a sociedad y tecnología que conecta con el otro extremo del mundo físico con el virtual³.

En las nuevas fases del cambio no se trata de vender lo que las industrias venden, sino de producir lo que los clientes piden y necesiten. Por tanto, la Industria 4.0 va a transformar la

¹ Esta obra queda enmarcada dentro de los trabajos de investigación desarrollados por el autor en el Proyecto financiado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a través de la convocatoria de Ayudas a proyectos para el desarrollo de investigación científica y técnica por grupos competitivos, incluida en el Programa Regional de Fomento de la Investigación Científica y Técnica (Plan de Actuación 2018) de la Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia: 20976/PI/18: El impacto de la Industria 4.0 en el trabajo: Una visión interdisciplinar.

² MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO, *Industria conectada 4.0: La transformación digital de la industria Española*, Ministerio de Industria, Energía y Turismo, Madrid, 2015, pág. 26. El informe en cuanto al término industria que utiliza hace referencia a la “industria manufacturera, excluyendo el suministro de energía y agua y las industrias extractivas”.

³ CCOO INDUSTRIA, *La digitalización de la industria*, CCOO, Madrid, 2015, pág. 8.

naturaleza de los mercados, la forma de acceder a aquellos y acrecentará la intensidad de capital, por lo que requerirá que se aumenten las habilidades y conocimientos de los empleados⁴.

El informe del Foro Económico Mundial de Davos de 2016, concluye que la digitalización de la industria supondrá la desaparición de 7,1 millones de empleos en los 15 países más industrializados del mundo; y la creación de 2,1 millones de nuevas posiciones para 2020; la mayoría relacionados con las nuevas capacidades y habilidades digitales (ingenieros, informáticos y matemáticos, principalmente)⁵.

Los informes señalan que más del 40% de los empleos se automatizarán en el futuro. Por una parte, el informe McKinsey Quarterly indica que el 45% de las actividades de trabajo podrían automatizarse utilizando la tecnología en los Estados Unidos de América. Empero, si las tecnologías que procesan y entienden el lenguaje natural y alcanzan el nivel medio de desempeño humano, se podría automatizar un 13% adicional de las actividades de trabajo⁶.

Por otra, el estudio *The Future of Employment: How susceptible are jobs to computerisation?*, de la Universidad de Oxford, vaticina que para 2020 de 702 actividades profesionales estudiadas de aquel país serán automatizadas un 47%. No obstante, hay que distinguir que tareas y puestos de trabajo no tienen el mismo significado. Estos últimos engloba múltiples tareas, como la interacción física o la interacción social⁷.

Este último informe evalúa el impacto sobre el empleo, para determinar cuáles de las tareas de cada profesión o puesto de trabajo pueden ser automatizadas. De igual manera, señala tres grupos de tareas que la tecnología no es capaz, de momento, de perfeccionar o materializar: a) Inteligencia emocional (persuadir a alguien), b) Inteligencia creativa (hacer una broma), c) Percepción y manipulación en entornos desordenados. Las tareas más susceptibles de automatización son las de servicios, producción, transporte, ventas, trabajos administrativos, entre otras.

Uno de los principales desafíos que se tiene es que a pesar de que la industria española utiliza las nuevas tecnologías, no se tiene el personal capacitado para que las puedan manejar. Dicho en otras palabras, se requiere de una mano de obra más cualificada que abandone el trabajo manual por el software⁸, con funciones de simulación productiva y control de la eficiencia. Por

⁴ TORNABELL CARRIO, R., "Industria 4.0: ¿Qué impacto tiene en la producción y el empleo?", *La Revista del Foment*, núm. 2146, 2016, pág. 41.

⁵ WORLD ECONOMIC FORUM, *The Future of Jobs Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, Ginebra, 2016.

⁶ MCKINSEY & COMPANY, *Four fundamentals of workplace automation*, McKinsey Quarterly, noviembre de 2015.

⁷ MORRÓN SALMERÓN, A., *¿Llegará la Cuarta Revolución Industrial a España?*, CaixaBank Research, febrero, 2016.

⁸ La Real Academia define software como el conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora. www.rae.es

ello, se afirma que “las nuevas tecnologías están provocando en la actualidad una alteración del mercado de trabajo pero una reacción ludita no lo evitará”⁹.

El informe de CCOO “Industria 4.0: una apuesta colectiva” señala que un 75% de los oficios y las profesiones futuras no existen, de momento, por lo que estarán relacionadas con los sistemas informáticos, la gestión de datos, la seguridad informática, los sistemas robóticos, entre otros. Por ejemplo, pilotos de drones, telecirujanos, coordinadores de la relación hombre-máquina en el ámbito laboral, arquitectos de realidad aumentada, etc.¹⁰

Asimismo, el informe de CCOO “La Digitalización y la Industria 4.0: Impacto industrial y laboral”¹¹ indica los resultados de ciertos trabajos que realizan previsiones sobre el impacto en el mercado de trabajo que apuntan a una falta de profesionales. Para una mejor comprensión, en las siguientes tablas se pueden observar el impacto de la implantación de la cuarta revolución industrial en el mercado de trabajo.

Profesiones y riesgos de automatización

Profesión	Grupo de riesgo	Probabilidad
Médicos de familia	Bajo	0,42 %
Compositores, músicos y contantes	Bajo	4,45 %
Economistas	Medio	43 %
Artistas financieros	Medio	46 %
Transportistas (coches, taxis, furgonetas)	Medio	56,78 %
Empleados de contabilidad	Alto	97 %

⁹ MERCADER UGUINA, J., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 244.

¹⁰ CCOO INDUSTRIA, *Industria 4.0. Una apuesta colectiva*, CCOO, Madrid, 2015, pág. 29.

¹¹ CCOO INDUSTRIA, *La Digitalización y la Industria 4.0: Impacto industrial y laboral*, CCOO, Madrid, 2017.

Operadores de *telemarketing*

Alto

99 %

Fuente: CCOO INDUSTRIA, *La Digitalización y la Industria 4.0: Impacto industrial y laboral*, CCOO, Madrid, 2017, pág. 41.

Empleos con mayor riesgo de automatización/digitalización	Empleos con menor riesgo de automatización/digitalización	Nuevos empleos
Trabajo de oficina y tareas administrativas	Educación, Arte y medios de comunicación	En lo alto de la escala Analistas de datos, mineros de datos, arquitectos de datos
Venta y comercio	Servicios jurídicos	Desarrolladores de <i>software</i> y aplicaciones
Transporte, logística	Gestión, gestión de recursos humanos Negocio	Especialistas en redes, inteligencia artificial, etc.
Industria manufacturera	Algunos aspectos de los servicios financieros	Diseñadores y productores de nuevas máquinas inteligentes, robots e impresoras 3D
Construcción	Proveedores de servicios de salud	Especialistas en <i>marketing</i> digital y comercio electrónico
Algunos aspectos de los servicios financieros	Trabajadores informáticos, ingenieros y científicos	La parte baja de la escala Los esclavos de las galeras, galeotes digitales (trabajadores de la entrada de datos o del filtro) y otros “mecánicos turcos” que

trabajan en las plataformas digitales

Algunos tipos de servicios (traducción, consultoría fiscal, etc.)

Algunos tipos de servicios (trabajo social, peluquería, cuidado de belleza, etc.)

Los conductores de Uber, los empleos causales o “raros” (reparaciones, mejoras del hogar, cuidado de animales domésticos, etc.) en la economía colaborativa¹²

Fuente: CCOO INDUSTRIA, *La Digitalización y la Industria 4.0: Impacto industrial y laboral*, CCOO, Madrid, 2017, pág. 50.

Bajo este contexto, se puede inferir que la llegada de aquellas tecnologías¹³ en el trabajo puede que generen despidos en las empresas que la implementan. El presente estudio tiene por objeto analizar si se considera legal despedir a un trabajador por la digitalización de su puesto de trabajo a través de la automatización de su puesto de trabajo. Para ello se llevará a cabo, entre otras cosas, el análisis de la sentencia 23 de septiembre de 2019, del Juzgado de lo Social núm. 10 de Las Palmas de Gran Canaria, núm. 479/2019; bajo los siguientes epígrafes: el despido objetivo, la carta de despido, la inteligencia artificial en el puesto de trabajo, la libertad de empresa y el Derecho del Trabajo.

2. EL DESPIDO OBJETIVO

El artículo 52 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)¹⁴, está diseñado para que el empresario pueda despedir al trabajador cuando existen causas objetivas, tasadas por la norma, que dificultan que aquel siga prestando servicios en la empresa (por ejemplo, ineptitud del trabajador y falta de adaptación). Asimismo, el apartado c) de aquel precepto dispone que, por las mismas causas económicas, organizativas, tecnológicas o productivas previstas para

¹² La Comisión Europea ha señalado que “la economía colaborativa crea nuevas oportunidades de empleo, genera ingresos más allá de las relaciones de empleo lineales tradicionales y hace posible que las personas trabajen con arreglo a modalidades flexibles. Eso les permite ser económicamente activas cuando las formas más tradicionales de empleo no son adecuadas para ellas o no están a su disposición. Al mismo tiempo, las modalidades de trabajo flexible pueden no ser tan regulares o estables como las relaciones de empleo tradicionales”. COM (2016) 356 final, *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*.

¹³ La Real Academia Española define inteligencia artificial como aquella disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico. www.rae.es

¹⁴ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

justificar el despido objetivo, aquel sea posible, a su vez, cuando afecte a un número de trabajadores inferior al del despido colectivo.

Hay que destacar que el apartado d) de aquel precepto ha sido derogado por el artículo único de la Ley 1/2020, de 15 de julio, por la que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre¹⁵. Procedente del Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre¹⁶.

Precepto que ha sido utilizado por una empresa hotelera (art. 52 c) ET) al despedir a una trabajadora por la robotización o automatización de sus funciones administrativas. Situación que ha sido resuelta por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 10 de Las Palmas de Gran Canaria, de 23 de septiembre de 2019, núm. recurso 470/2019¹⁷; resolución pionera que será la base fundamental de este análisis. La trabajadora impugna el despido por considerarlo improcedente, dado que no son ciertos los hechos señalados en la carta de despido. La situación productiva que alega el hotel se funda en previsiones, aún no constatadas al tiempo del despido.

Hay que advertir que las causas de extinción del contrato no vinculadas a los resultados económicos globales de la empresa, para cuya operatividad no se exige; es que la entidad atravesase una situación económica negativa, pueden ser de tres tipos: técnicas, organizativas o de producción. Por consiguiente, son las tres causas alegadas como determinantes del despido objetivo en cuestión.

La definición de causas técnicas, organizativas y productivas viene circundada por los criterios sentados por la jurisprudencia del alto Tribunal sobre el particular¹⁸: a) Causas técnicas: según afecte a cambios en la esfera de los medios o instrumentos de producción; b) Causas organizativas: al ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción; y, c) Causas productivas: al entorno de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

Por consiguiente, el ámbito de las causas organizativas o de la producción es el del centro de trabajo en que las mismas concurren, al revés de lo que ocurre con las causas económicas, que han de apreciarse al nivel de la empresa en su conjunto. La valoración de la concurrencia de la

¹⁵ BOE núm. 194, 16 julio de 2020.

¹⁶ BOE núm. 43, 19 de febrero de 2020.

¹⁷ <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/ba043c7140ea570b>

¹⁸ STS 14 de junio de 1996.

causa productiva u organizativa ha de referirse al ámbito en que es necesaria la reorganización y no a la totalidad de la empresa¹⁹.

Este grupo de causas tienen su origen en los cambios que se producen en sectores limitados de la vida de la empresa, a diferencia de las económicas que se refieren a la rentabilidad de la entidad en su conjunto²⁰ y se proyectan en el plano de la competitividad de la empresa, pudiendo aparecer totalmente desvinculadas de la existencia de pérdidas o resultados económicos desfavorables. Para que tales cambios por causas organizativas y productivas puedan operar como causa de extinción colectiva o individual de relaciones laborales será preciso que provoquen una reducción real de las necesidades de mano de obra, de modo que la medida permita mantener o restablecer la equivalencia entre las nuevas exigencias y el personal contratado para atenderlas.

Concurren, por tanto, cuando se producen cambios, entre otros posibles ámbitos de la estructura organizativa de la empresa, en el diseño y funcionamiento de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, que generan sobrantes de plantilla. Por lo que debe producirse un evento objetivo previo que, a su vez, justifique la nueva medida reorganizativa, que es la que determina finalmente la extinción de los contratos de trabajo²¹.

3. LA CARTA DE DESPIDO

La cuestión por dilucidar en el estudio es la declaración ilegítima del despido realizado a una trabajadora por una empresa hotelera, que ha sido sustituida por un software de gestión que es capaz de realizar las mismas tareas. Las causas productivas que afectan al ámbito de los productos o servicios que la empresa hotelera, según señala la sentencia, pretende colocar en el mercado, y estos productos o servicios, que son de gestión de intermediación turística y de administración, explotación y gerencia de sociedad dedicadas a la actividad turística no había cambiado al tiempo del despido. No ha surgido un nuevo producto turístico, ni ha desaparecido ninguno. La empresa hotelera, por ese alegato, pretende hacer valer que el mercado turístico está en declive, que los datos y las expectativas son negativos; empero, lo que hace es adelantarse a un futuro que aún no se ha producido.

La causa productiva podría afectar a que el producto o servicio que ofrece la empresa, estuviera en franca decadencia; sin embargo, no puede basarse aquella en que dicho producto tiene visos de alcanzar la decadencia en un futuro, incierto y sin proximidad definida.

La carta de despido se centra en analizar la situación del mercado turístico; no obstante, incurre en el error de proyectar a futuro sus previsiones negativas, sin que se encuentre al tiempo del

¹⁹ SSTs 13 de febrero y 19 de marzo 2002.

²⁰ STS 21 de julio de 2003.

²¹ STS 21 de abril de 2014 y STSJ Madrid 25 de noviembre de 2013.

despido; una circunstancia objetiva y real de empeoramiento del sector, más allá de los datos puntuales. Por tanto, se trata de un índice adelantado; por lo que no constata hechos, sino que presume el futuro. Los indicadores adelantados son indicadores que por lo general cambian antes de que cambie el ciclo económico/productivo, pudiendo ser útiles como predictores a corto plazo de la economía, pero en todo caso, no pueden ser base para una causa productiva de un despido objetivo.

4. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL PUESTO DE TRABAJO

La empresa hotelera alega que se ha procedido a la “robotización de parte de las funciones administrativas que hasta el momento venían siendo desarrolladas directamente por el personal”. Desde un punto de vista técnico, la empresa no ha procedido a la robotización, sino a la automatización a través de software. Dicho en otras palabras, no existe robot físico alguno que haya asumido tareas, sino que un software -dotado de reconocimiento óptico de caracteres- lee determinados documentos, extrae la información y hace con ella aquello para lo que está programado²².

Para que sea considerado robot debería de existir “la forma del soporte físico del robot”, entre otras, como exige el Parlamento Europeo en el Anexo a la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica²³. En definitiva, se trata de un software instalable en cualquier servidor generalista, sin perjuicio de que por razones comerciales se emplee el término robot y no *bot*, de manera equivocada (comercialmente se vende como “robot de software”).

La empresa hotelera ha llevado a cabo la instalación de un RPA, acrónimo de *Robotic Process Automation*, o Automatización de Procesos mediante la Robótica. En definitiva, es el uso de software en *bot* para realizar, entre otras, tareas corporativas rutinarias, como el procesamiento de formularios, entrada de datos. Bajo este contexto, aquella señala que la implantación del *bot*, respondía a la “necesidad de adaptación a los cambios constantes que se vienen dando en el sector”. De igual manera, alega la necesidad de modernizar los sistemas en aras de “aumentar la competitividad de la Empresa dentro del mercado y mejorar los resultados en términos de eficiencia y coste, incrementando la eficiencia en la ejecución de operaciones recurrentes en los procesos financieros-administrativos a través de un modelo de operación más competitivo como el que permite los softwares de automatización de procesos mediante robots”.

²² La Real Academia Española (RAE) define robot como aquel programa que explora automáticamente la red para encontrar información o la máquina o ingenio electrónico programable que es capaz de manipular objetos y realizar diversas operaciones. www.rae.es

²³ La Resolución, a su vez, añade la capacidad de adquirir autonomía mediante sensores y/o mediante el intercambio de datos con su entorno (interconectividad) y el análisis de dichos datos; la capacidad de aprender a través de la experiencia y la interacción; y, la capacidad de adaptar su comportamiento y acciones al entorno.

La sentencia recalca que son causas técnicas aquellas que afectan a los medios o instrumentos de producción, como a los cambios que en los mismos se produzcan. En el supuesto que se estudia, nace un nuevo elemento a valorar: un software que automatiza lo que antes se realizaba manualmente, prescindiendo de la necesidad del trabajador humano.

Las razones estrictamente económicas, resultan claras de despido al disponer que “los costes asociados a la implantación del RPA (licencia de servidor, nodo de producción y configuración), ascienden a un total de 12.900 euros anuales, en tanto que el coste de mantenimiento del puesto de trabajo de la actora, representa para la Empresa 28.412,44 euros anuales (salario + Seguridad Social). Si además de ello tenemos en cuenta que el 'bot' trabaja de 17:30 a 06:00 horas entre semana (12 horas y media) y 24 horas los fines de semana y festivos, lo que resulta claro es que por 12.900 euros anuales se desempeña un trabajo de 392 horas (98 a la semana), mientras que por 28.412,44 euros se desempeña un trabajo de 160 horas (40 a la semana). Es decir, que el 'bot' desempeña el trabajo correspondiente a 2,45 trabajadores al mes, lo cual vendría a coincidir con los trabajadores cuyos puestos han sido afectados por la implantación de la RPA, (...). Es decir, que aún cuando el robot hiciera el trabajo en la misma cantidad de tiempo que la actora, la posibilidad de tenerle trabajando más horas, vendría a determinar la posibilidad de sustituir al menos a dos trabajadores”.

Resulta indudable que toda automatización suele conllevar una mejora en la eficiencia, pero en el supuesto que se estudia no hay una acreditación específica, con números concretos y detalle explicativo de los mismos. De forma concluyente, no queda acreditada la causa técnica, a la que va ligada la organizativa, por el hecho de que las horas que no quedan vacías de contenido a la trabajadora se repartirían entre los demás trabajadores.

5. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL DERECHO DEL TRABAJO

La sentencia acude a los dos elementos que se enfrentan en un despido objetivo: la libertad de empresa y el Derecho al Trabajo. Empero, por encima de ellos, se encuentra el interés público en el mantenimiento del empleo. Y este interés público nace de una de las características propias de un Estado Social, que reconoce derechos y ofrece una serie de garantías.

En el supuesto que se analiza se está ante un fenómeno que supera lo puramente “técnico”, y que supera incluso la “libertad de empresa”, alcanzando a la estabilidad del empleo en su conjunto, como es la automatización de labores repetitivas que no ofrecen un valor añadido. Son múltiples los estudios que llevan a cabo un análisis prospectivo sobre los trabajos automatizables en cada economía, y son múltiples las fórmulas empleadas para ello.

La digitalización es capaz de automatizar profesiones cualificadas, como economistas, contables y analistas financieros, entre otros. Empero, aquellas actividades en las que la interacción humana y la creatividad tienen mayor importancia son las que no se automatizarán, como músicos, médicos, maestros, trabajadores sociales, entre otros. El estudio de CaixaBank Research estima que “un 43% de los puestos de trabajo actualmente existentes en España tienen un riesgo elevado (con una probabilidad superior al 66%) de poder ser automatizados a medio

plazo, mientras que el resto de los puestos de trabajo quedan repartidos a partes iguales entre el grupo de riesgo medio (entre el 33% y el 66%) y bajo (inferior al 33%)”²⁴.

El informe BBVA Research, sin embargo, estima que a partir de la información a tres dígitos de la Clasificación Nacional de Ocupaciones (CNO2011) y tras atribuir a cada ocupado de la Encuesta de Población Activa (EPA) la probabilidad de automatización de la ocupación que desempeña, se obtiene que el 36% del empleo en España se encontraría en riesgo elevado de digitalización. La orientación productiva de España, con un mayor peso de determinados servicios en el empleo, podría estar reduciendo el porcentaje de ocupados vulnerables a la computarización. Entre dichos servicios destacan las labores administrativas especializadas, la recepción en establecimientos hoteleros o los empleados domésticos²⁵.

Atendiendo a lo anterior, resulta claro que la automatización de procesos, como la operada en el caso que se analiza, implicará una destrucción de empleos de al menos el 35% de la población activa, por lo que un elemento de este carácter tiende a la mera optimización de costes. La libertad de empresa se enfrenta así con el interés público por mantener el empleo y, por consiguiente, con el Derecho al Trabajo. Siendo el despido objetivo una forma privilegiada, y si se quiere excepcional, de concluir una relación laboral con una indemnización inferior a la ordinaria. Bajo esta perspectiva, no puede calificarse de excepcional aquella causa que pueda afectar al anterior porcentaje de todos los trabajos.

Por otra parte, según el informe elaborado por CCOO dispone que durante la crisis económica de 2008 a 2012, se destruyó el 8,2% de los empleos²⁶. Los datos prospectivos de destrucción de empleo por la automatización son muy superiores, y, por ende, hacen necesaria una reinterpretación del concepto de causas técnicas para el despido objetivo.

Bajo esta premisa, hay que destacar que las causas técnicas parten, entre otros, de un cambio en los medios o instrumentos de producción. En el caso de la automatización implica la irrupción de algo nuevo, y no el cambio de algo pasado. Por ejemplo, el cambio de un instrumento de producción, podría ser la transformación de las cámaras fotográficas analógicas

²⁴ “No obstante, no hay que confundir el potencial de robotización de la economía con la desaparición de los empleos. La tecnología destruye profesiones, pero no la posibilidad de trabajar. La automatización de las profesiones que conocemos hoy en día ofrece la posibilidad de reorientar la naturaleza del trabajo, liberando a los trabajadores para que puedan dedicarse a nuevas actividades en las que desarrollen todo su potencial, como ya hicieron el aspirador o la lavadora en el ámbito doméstico. La mayoría de los trabajadores dedican gran parte de su tiempo a tareas en las que desaprovechan su ventaja comparativa respecto al robot, por lo que existe un gran potencial para crear nuevas profesiones si las instituciones y los individuos aprovechan la ocasión. Los robots tienen una gran capacidad lógica y de gestión del big data, pero la inspiración, la intuición y la creatividad quedan lejos de su alcance”. MORRÓN SALMERÓN, A., *¿Llegará la Cuarta Revolución Industrial a España?*, CaixaBank Research, febrero, 2016.

²⁵ DOMÉNECH, R., GARCÍA, J., MONTAÑEZ, M. y NEUT, A., “¿Cuán vulnerable es el empleo en España a la revolución digital?”, *BBVA Research, Observatorio Económico*, 19 de marzo de 2018, pág. 3.

²⁶ ROCHA, F., *La crisis económica y sus efectos sobre el empleo en España*, Gaceta Sindical, CCOO, Madrid.

a cámaras fotográficas digitales²⁷, en la que el trabajo de revelado y tratamiento desaparece y gran parte de la labor de un fotógrafo manual puede desaparecer. Empero, en el supuesto que se analiza, se pasa de que los trabajadores hagan uso de un instrumento de producción para el desempeño de su trabajo, a que el instrumento de producción haga ese trabajo por sí.

Por ello, no se produce un cambio en el medio o instrumento de producción, lo que se origina es la sustitución de un trabajador por un instrumento. Lo contrario sería tanto como considerar al trabajador un instrumento y la aparición de un robot o *bot* un cambio en ese instrumento.

La sentencia señala que ha de partirse de una visión finalista de la circunstancia, esto es, de los efectos que a futuro ello puede suponer. La introducción de *bot* en el entorno laboral implica la multiplicación de la productividad, en cuanto uno solo de aquel puede hacer el trabajo de más de un trabajador, y con ello el aumento de la competitividad sobre la base de reducir costes. Empero, esos costes que se reducen, se circunscriben en prescindir totalmente de los trabajadores.

Por tanto, se funda la mejora de la competitividad como elemento único que justifique el despido, mediante la introducción de *bot* que automaticen el trabajo, desplazando a la masa laboral humana. En definitiva, esto no puede ser tenido como una causa justa para un despido objetivo procedente, por cuanto lo contrario implicaría favorecer la subestimación y minimización del Derecho al Trabajo.

La correcta interpretación del artículo 52 c) ET, no puede llevar a confundir la mera conveniencia empresarial de reducir costes, con la necesidad de superar desajustes entre la fuerza laboral y la oferta. No se debe olvidar que la finalidad de este precepto legal es la de contribuir a ayudar a la empresa que atraviesa dificultades o bien en el ámbito económico global, o bien en un área determinada de la empresa; y no la de configurar un sistema de incremento de los beneficios en aquellas empresas que, no atravesando complicación alguna, pretenden acogerse al mismo ante cualquier eventualidad o circunstancia que se produce en su proceso técnico, productivo y de organización, trasladando al trabajador los riesgos de la actividad empresarial y haciendo recaer sobre el mismo cualquier incidencia del mercado. De escasa relevancia y nula incidencia en su normal funcionamiento, o servir de subterfugio para evitar llevar a cabo una negociación con los trabajadores por las que se les establezcan y reconozcan una serie de derechos y garantías laborales, como implicaría la masiva sustitución de trabajadores por automatismos robóticos.

En el supuesto que se analiza no se ha producido un problema o desajuste entre la demanda existente en el mercado y la fuerza laboral existente en la empresa, sino que ha sido la propia empresa, que no tenía problemas previos, la que ha introducido un elemento que ha creado dicho desajuste, al adjudicar a un *bot* el trabajo que antes desempeñaban humanos. La sentencia determina que no había una carga de trabajo inasumible que justificara la introducción de un

²⁷ STSJ de País Vasco, de 1 de octubre de 1996.

elemento robótico que se encargara de dicho excedente de trabajo. Asimismo, no se ha probado que el descenso de trabajo haya implicado la conveniencia, por ser más económico, de tener un *bot* trabajando 24 horas al día, frente a un trabajador cuyos derechos son no trabajar más de 40 horas semanales de jornada ordinaria.

La razonabilidad de la medida no puede encontrarse en la mera conveniencia económica de introducir la inteligencia artificial que trabaje 392 horas al mes, frente a una persona que, por derechos sociales alcanzados, no debería trabajar más de 160 horas al mes; ni por la mejor conveniencia económica de pagar 12.900 euros anuales por una licencia, frente a los 28.412,44 euros anuales de un trabajador, suponiendo un ahorro en salarios y sobre todo en cotizaciones a la Seguridad Social.

En definitiva, la automatización - como causa técnica del despido objetivo - implica una oposición entre los Derechos Sociales alcanzados por los trabajadores (salario mínimo, jornada laboral, limitación de horas extraordinarias), que se vislumbran como obstáculo u óbice para alcanzar un rendimiento empresarial más óptimo, frente a la posibilidad de que un instrumento de producción pueda efectuar ese mismo trabajo sin límite de horas, sin salario ni cotizaciones sociales. Por consiguiente, la automatización mediante *bot* o robots, con la única excusa de reducir costes para aumentar la competitividad, viene a significar lo mismo que reducir el Derecho al Trabajo para aumentar la libertad de empresa.

Por último, se han dado voces al indicar que “el gran objetivo de poner diques de contención al irrefrenable cambio tecnológico pasa por la plena concienciación de todos los agentes sociales, económicos y políticos sobre los devastadores efectos del “tsunami tecnológico” que se atisba en el horizonte. Esta sentencia, desde luego, nos pone en la senda de este trascendental debate”²⁸.

6. CONCLUSIONES

Como se ha podido deducir del estudio, el juzgador en cuestión valora la razonabilidad, proporcionalidad y justificación de la medida y, con fundamento en esa ponderación, califica el despido objetivo de improcedente, otorgando a la trabajadora el añadir la diferencia indemnizatoria a la cantidad ya cobrada por el despido objetivo. Tras la reforma laboral de 2012 del ET, a través de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (Ley 3/2012)²⁹, se han ampliado las causas técnicas, organizativas, productivas y económicas que justifican el despido procedente. Independientemente de que la ley sea más

²⁸ MERCADER UGUINA, J., “Despido de una administrativa cuyo trabajo ha sido sustituido por un Robot: ¿es posible poner Puertas al Campo?”, *El Foro de Labos*, <https://forodelabos.blogspot.com/2019/10/despido-de-una-administrativa-cuyo.html>

²⁹ BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

flexible no exime al empresario de la obligación de comprobar que realmente, y de manera efectiva, se encuentra en tal dificultad como para extinguir el contrato laboral.

Por consiguiente, la cuestión está en dilucidar si la automatización de tareas en las empresas puede entrar en el cauce de estas causas objetivas, así como para que un despido sea procedente. Hay que destacar que la Ley 3/2012 dispone que se puede extinguir el contrato cuando existan alguna de las causas enumeradas en el artículo 51.1 del ET, en materia de despido colectivo; aunque no se cumplan el volumen de trabajadores previstos para considerarlo como tal, pudiendo acogerse a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Por consecuencia, el empresario podrá acogerse a causas técnicas “cuando se introduzcan cambios, entre otros, en los medios o instrumentos de producción”. Para que existan causas económicas hay que constatar las pérdidas económicas actuales o previstas o cuando exista una disminución persistente o prevista de los ingresos o ventas respecto al periodo de referencia que establece la ley.

El concepto y la finalidad, por tanto, de la extinción de contratos de trabajo por causas objetivas con base en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción no se ha modificado. Por lo que sigue estando configurado, a pesar de las reformas sufridas del artículo 52 del ET, como un mecanismo legal para la extinción de contratos de trabajo a menor coste del ordinario; cuando en la empresa concurren circunstancias de esa naturaleza y como instrumento para intentar mantener la actividad empresarial y conservar, de esa forma, los demás puestos de trabajo no afectados por tan drástica medida, pero no como ardid para reformar la estructura laboral de la empresa o evitar acudir a otros mecanismos que le generarían, de igual manera, una indemnización mayor.

Como se ha señalado en el estudio, la empresa en cuestión avala las causas técnicas para justificar el despido objetivo de la trabajadora de la empresa, entregando como prueba un informe sobre las perspectivas turísticas en enero de 2019 en el que sin ningún dato objetivo se señala que se prevé un empeoramiento de las ventas. Este argumento para la sentencia es que “supera lo puramente técnico, y que supera incluso la libertad de empresa”, por lo que pone en peligro la estabilidad del empleo.

Aunque se reconozca que la innovación tecnológica puede motivar la reducción del trabajo manual, en este preciso caso de la empresa hotelera, no se trataría de una reducción de mano de obra; sino de una completa sustitución del trabajo de una persona por un software, en el que “sería como considerar al trabajador un instrumento”, por lo que implica “favorecer con el pretexto de la competitividad la subestimación y minimización del Derecho al Trabajo”.

Huelga recordar que del artículo 38 de la Constitución Española (CE)³⁰ reconoce el derecho a la “Libertad de empresa”, pero este no puede entrar en conflicto con los derechos sociales y el propio Derecho al Trabajo, el cual debe ser garantizado. Por lo que resulta inadmisibles que la

³⁰ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

“mejora de la competitividad sea un elemento único para justificar un despido mediante la introducción de bots que automatizan el trabajo desde el punto de considerar como innecesario el trabajo humano”. En este sentido, para extraer del ordenamiento jurídico la hipótesis de la existencia de una prohibición de contratación limitada de la libertad de empresa ésta debe ser expresa y directa; y el Estatuto de los Trabajadores no lo establece.

En definitiva, dando respuesta a la pregunta del título de este estudio: “El despido de los trabajadores por la automatización de sus puestos de trabajo ¿es posible?”. La respuesta para ello es que a falta de una regulación expresa para la implantación de la Industria 4.0, desde el Derecho del Trabajo, será el órgano judicial, o en su caso los convenios colectivos a través de los interlocutores sociales, los que pongan cause a esta realidad que inevitablemente hay que vivirla, dado que las tecnologías han llegado para quedarse. Por lo que la sentencia en cuestión aclara que, aunque la legislación española desde la reforma laboral es más flexible a la hora de justificar un despido por causas objetivas, resulta necesario, por tanto, recurrir a una causa excepcional; y afirma que la automatización de tareas que hasta ahora desarrollaba una persona, no puede ser considerada como tal. Por consiguiente, la respuesta a la pregunta es negativa.

Hay que destacar que la sentencia que se ha hecho alusión en este estudio ha tenido sus defensores y detractores. Los primeros, señalan, por un lado, que es una “sentencia bien trabajada y argumentada, cuyos avatares jurídicos (es decir recurso) será conveniente seguir. En cualquier caso, el impacto del cambio tecnológico es real en todas las facetas de la vida laboral, y es tarea del mundo empresarial y de las organizaciones sindicales y representaciones del personal en la empresa pactar los términos de las transformaciones y adaptaciones para que el o los cambios resulten positivos para las personas afectadas. ¿Ello quiere decir que sería conveniente que no hubiera casos como el que ha conocido, y resuelto, la sentencia analizada? Pues, con toda sinceridad, sí”³¹.

Por otro, “no es dable que, en casos como el presente, en el que la automatización viene a sustituir a los trabajadores en sus tareas, hasta desplazar a la masa laboral del mercado, por la mera competitividad de la empresa, pueda esta acogerse a una forma privilegiada de despido en la que se abona al trabajador una indemnización inferior a la ordinaria”³². Al igual se señala que si “se admitiese que aumentar la productividad es un motivo válido para despedir a un trabajador y sustituirlo por una máquina, podríamos llegar a destruir el 35% de puestos de

³¹ ROJO TORRECILLA, E., “Sustitución de una trabajadora por un bot de gestión. Necesidad de justificar la causa de la decisión empresarial”, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/10/sustitucion-de-una-trabajadora-por-un.html>

³² LARAÑA COBO, M., “¿Sustituir a un trabajador por un robot es despido improcedente?”, *The Techno Lawgist*, <https://www.thetechnolawgist.com/2019/10/14/sustituir-un-trabajador-por-un-robot-despido-improcedente/>

trabajo – teniendo en cuenta los datos del dossier de BBVA Research, ¿Cuán vulnerable es el empleo en España a la revolución digital? – que se prevén para los próximos años”³³.

Los segundos, establecen, por una parte, que “no se puede avizorar, en definitiva, si esta sentencia, como todo esfuerzo inútil, conduce a la melancolía de la búsqueda inconsecuente de un principio de legitimación, o si, por el contrario, verdaderamente ha abierto una brecha consolidada en el muro de silencio normativo con respecto a dicha legitimación. Porque no se tiene claro, en definitiva, si se pueden emplear estas causas -organizativas, técnicas, productivas- sin necesidad de acudir a la tradicional fuente de legitimación (...) Lo cual nos sitúa en otro escenario: ¿es razonable, valga la redundancia, que sí sea necesario implementar el juicio de razonabilidad para las causas productivas -argumento perfectamente predicable también de las causas técnicas y organizativas- pero que no lo sea para las causas económicas? (...) si finalmente la resolución es impugnada en suplicación, qué tiene que decir al respecto el TSJ, que básicamente tiene dos opciones: continuar con esta línea ‘Avant-garde’, novedosa y -modesta pero firmemente- disruptiva, o, por el contrario, retraerse al texto preciso de la norma sin acudir al de su espíritu y finalidad del que se embebía la misma causa en sus anteriores redacciones, para considerar que efectivamente la reforma laboral del 2012 le ha dado un vuelco definitivo a esta causa de extinción objetiva al desconectar su operatividad técnica de la supervivencia de la empresa que se encuentra en crisis”³⁴.

Por otra, la “lectura de la fundamentación de la sentencia es muy sugerente y plantea interesantes y profundas controversias. Comparto el fallo de la sentencia (la improcedencia), pero discrepo (en una parte muy considerable) de la argumentación esgrimida”³⁵. De igual manera, se afirma que si “ya el preacuerdo del Pacto de Toledo alcanzado en febrero del año 2019 deja abierta la posibilidad de que los robots puedan llegar a cotizar, señalándolos como entes de una realidad existente, ¿qué sentido tienen sentencias como la que es objeto de análisis, que penalizan la implementación de cambios tecnológicos en el sector empresarial?”³⁶.

Finalmente, hay que destacar que la cuarta revolución industrial cuanta con dos caras. Por un lado, “la de las nuevas oportunidades de desarrollo para la sociedad en su conjunto”. Por otro, “la de los riesgos de todo tipo a los que nos hemos de enfrentar y que no son desconocidos en

³³ SÁNCHEZ MUÑOZ, E., “¿Es legal despedir a un trabajador por una máquina? Un Juzgado de lo Social canario falla en contra”, http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2019/10/sanchez_munoz_noticias_cielo_n9_2019-2.pdf

³⁴ ARIAS DOMÍNGUEZ, Á., “¿Se considera procedente la extinción objetiva (por causa técnica) de un trabajador que ha sido sustituido por un robot?”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7, 2019, https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-00000000656

³⁵ BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., “Automatización y despido objetivo”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, <https://ignasibeltran.com/2019/10/09/automatizacion-y-despido-objetivo-sjs-10-las-palmas-23-9-19/>

³⁶ ETXENAGUSIA IZQUIERDO, A., “¿robots o trabajadores?”, <https://www.barrilero.com/robots-o-trabajadores/?lang=en>

buena parte de los casos”³⁷. Riesgo como el que se acaba de estudiar con relación a los despidos por la automatización de los puestos de trabajo; en que hay que entender el riesgo como los “peligros que se analizar activamente en relación a posibilidades futuras. Solo alcanza un uso extendido en una sociedad orientada hacia el futuro”³⁸.

Bajo este contexto, la experiencia ha revelado “cómo el poder tecnológico del empresario pone en peligro y moviliza numerosas libertades públicas, tales como el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones, el derecho a la propia imagen o la libertad informática. Y ese poder puede ser adicionalmente utilizado, de manera directa o indirecta, con fines discriminatorios. Este carácter pluriofensivo de los adelantos técnicos, particularmente manifiesto ante el ingente almacenamiento de datos que permite la reconstrucción de las señas e identidades más profundas de la profesionalidad y de la personalidad de los trabajadores, obliga a buscar el difícil punto de equilibrio entre el derecho del empresario a optimizar las posibilidades que las nuevas tecnologías ofrecen no sólo a la actividad económica sino a la gestión del personal, y el ejercicio por los trabajadores, en el seno de la relación laboral, de sus derechos de ciudadanía”³⁹.

7. BIBLIOGRAFÍA

ARIAS DOMÍNGUEZ, Á., “¿Se considera procedente la extinción objetiva (por causa técnica) de un trabajador que ha sido sustituido por un robot?”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7, 2019, https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-00000000656

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., “Automatización y despido objetivo”, Una mirada crítica a las relaciones laborales, <https://ignasibeltran.com/2019/10/09/automatizacion-y-despido-objetivo-sjs-10-las-palmas-23-9-19/>

CCOO INDUSTRIA, *Industria 4.0. Una apuesta colectiva*, CCOO, Madrid, 2015.

CCOO INDUSTRIA, *La Digitalización y la Industria 4.0: Impacto industrial y laboral*, CCOO, Madrid, 2017.

COM (2016) 356 final, *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*.

³⁷ GARCÍA JIMÉNEZ, M., “Revolución Industrial 4.0, Sociedad cognitiva y relaciones laborales: retos para la negociación en clave de bienestar de los trabajadores”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. Extraordinario, 2019, pág. 55.

³⁸ GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Taurus, Madrid, 2000, pág. 35.

³⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Thomson Reuter - Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pág. 17.

DOMÉNECH, R., GARCÍA, J., MONTAÑEZ, M. y NEUT, A., “¿Cuán vulnerable es el empleo en España a la revolución digital?”, *BBVA Research, Observatorio Económico*, 19 de marzo de 2018.

ETXENAGUSIA IZQUIERDO, A., “¿robots o trabajadores?”, <https://www.barrilero.com/robots-o-trabajadores/?lang=en>

GARCÍA JIMÉNEZ, M., “Revolución Industrial 4.0, Sociedad cognitiva y relaciones laborales: retos para la negociación en clave de bienestar de los trabajadores”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. Extraordinario, 2019.

GIDDENS, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Taurus, Madrid, 2000.

LARAÑA COBO, M., “¿Sustituir a un trabajador por un robot es despido improcedente?”, *The Techno Lawgist*, <https://www.thetechlawgist.com/2019/10/14/sustituir-un-trabajador-por-un-robot-despido-improcedente/>

MERCADER UGUINA, J., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MERCADER UGUINA, J., “Despido de una administrativa cuyo trabajo ha sido sustituido por un Robot: ¿es posible poner Puertas al Campo?”, *El Foro de Labos*, <https://forodelabos.blogspot.com/2019/10/despido-de-una-administrativa-cuyo.html>

MCKINSEY & COMPANY, *Four fundamentals of workplace automation*, McKinsey Quarterly, noviembre de 2015.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO, *Industria conectada 4.0: La transformación digital de la industria Española*, Ministerio de Industria, Energía y Turismo, Madrid, 2015.

MORRÓN SALMERÓN, A., *¿Llegará la Cuarta Revolución Industrial a España?*, CaixaBank Research, febrero, 2016.

ROCHA, F., *La crisis económica y sus efectos sobre el empleo en España*, Gaceta Sindical, CCOO, Madrid.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Thomson Reuter - Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

ROJO TORRECILLA, E., “Sustitución de una trabajadora por un bot de gestión. Necesidad de justificar la causa de la decisión empresarial”, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2019/10/sustitucion-de-una-trabajadora-por-un.html>

SÁNCHEZ MUÑOZ, E., “¿Es legal despedir a un trabajador por una máquina? Un Juzgado de lo Social canario falla en contra”, http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2019/10/sanchez_munoz_noticias_cielo_n9_2019-2.pdf

TORNABELL CARRIO, R., “Industria 4.0: ¿Qué impacto tiene en la producción y el empleo?”, *La Revista del Foment*, núm. 2146, 2016.

WORLD ECONOMIC FORUM, *The Future of Jobs Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, Ginebra, 2016.

ABREVIATURAS

CCOO	Comisiones Obreras
CE	Constitución Española
EPA	Encuesta de Población Activa
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
Ley 3/2012	Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral
RAE	Real Academia Española
RPA	<i>Robotic Process Automation</i>
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia


La aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el concepto de discapacidad. Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2020 (rec. 2684/2017) y de 15 de septiembre de 2020 (rec. 3387/2017)*

The application of the Court of Justice of the European Union's interpretation about the concept of disability. Commentary on the Supreme Court's rulings of 22 May 2020 (rec. 2684/2017) and 15 September 2020 (rec. 3387/2017)

SILVIA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ**

Investigadora Postdoctoral del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alcalá (España)

silvia.fernandezm@uah.es

 <https://orcid.org/0000-0002-9093-4100>

Resumen: El artículo analiza dos sentencias recientes del TS en las que ha aplicado la interpretación del TJUE sobre el concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78/CE. Ambas sentencias resuelven recursos para la unificación de doctrina sobre supuestos de hecho similares y en los que se utiliza la sentencia del TJUE sobre el caso Daouidi como sentencia de contraste. En ambas resoluciones, el TS concluyó que, en los casos concretos que examinó, no se daban los elementos necesarios para considerar que los trabajadores despedidos después o durante una situación de IT cumpliesen con los requisitos exigidos por el TJUE, para entender que eran personas con discapacidad. En consecuencia, concluyó

Recepción: 25/10/2020

Aceptación: 26/10/2020

Cómo citar este trabajo: FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Silvia, “La aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el concepto de discapacidad. Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2020 (rec. 2684/2017) y de 15 de septiembre de 2020 (rec. 3387/2017)”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, ISSN-e: 2660-7964, n.º 2, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 233-241, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i2.09>

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación “La salud del trabajador ante los retos laborales del futuro” (CM/JIN/2019-029). IP: Silvia Fernández Martínez. Entidades financiadoras: Comunidad de Madrid, Universidad de Alcalá. Programa de apoyo a la realización de Proyectos de I+D para jóvenes investigadores de la Universidad de Alcalá. Acción financiada por la Comunidad de Madrid en el marco del Convenio Plurianual con la Universidad de Alcalá en la línea de actuación “Programa de Estímulo a la Investigación de Jóvenes Investigadores”.

** Programa de Atracción del Talento Investigador a Grupos de investigación de la Comunidad de Madrid.

que las sentencias recurridas habían aplicado correctamente la doctrina del TJUE y que, por lo tanto, los despidos de esos trabajadores debían de calificarse como improcedentes y no como nulos.

Abstract: *The papers analyzes two recent decisions in which the Supreme Court has applied the interpretation of the CJEU about the concept of disability of the Directive 2000/78/EC. Both rulings resolve appeals for the unification of doctrine on similar factual assumptions. The ruling of the CJEU on the Daouidi case is used as a contrasting judgment. In both resolutions, the Supreme Court concluded that, in the specific cases examined, there were no elements to consider that the workers dismissed after or during an incapacity period met the requirements demanded by the CJEU, to understand that they were people with disability. Consequently, it concluded that the appealed rulings had correctly applied the doctrine of the CJEU and that, therefore, the dismissals of these workers should be classified as unfair and not as invalid.*

Palabras claves: discapacidad, Directiva 2000/78/CE, TJUE, Daouidi, incapacidad temporal, despido.

Keywords: *disability, Council Directive 2000/78/CE, CJEU, Daouidi, temporarily unable to work, dismissal.*

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SUPUESTOS DE HECHO. 3. LA DOCTRINA DAOUIDI Y SU APLICACIÓN POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO. 4. VALORACIÓN CRÍTICA.

1. INTRODUCCIÓN

Las sentencias del Tribunal Supremo (en adelante, TS) de 22 de mayo¹ y de 15 de septiembre de 2020² resolvieron sendos recursos para la unificación de doctrina, cuyo objeto consistía en determinar si el despido de un trabajador que había estado en situación de incapacidad temporal (en adelante, IT) en los meses anteriores y el de otro que se encontraba de baja médica en el momento de la extinción de la relación contractual debían de calificarse como nulos o improcedentes. En ambas sentencias, el TS ha analizado si los tribunales españoles han aplicado de forma correcta la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) realizó del concepto de discapacidad recogido en la *Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación* en su sentencia de 1 de diciembre de 2016, asunto Daouidi³.

¹ N. recurso 2684/2017. Para un breve comentario de esta sentencia, véase el post en el blog del profesor Ignasi Beltrán: “Bajas por incapacidad temporal, despido injustificado y ulterior incapacidad permanente total pueden no ser suficientes para apreciar discriminación ‘ex’ Daouidi (STS 22/5/20)”. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/2020/06/23/bajas-por-incapacidad-temporal-despido-injustificado-y-ulterior-incapacidad-permanente-total-pueden-no-ser-suficientes-para-apreciar-discriminacion-ex-daouidi-sts-22-5-20/>

² N. recurso. 3387/2017.

³ C-395/17.

Dadas sus similitudes, ya que resuelven casos similares, y la sentencia de 15 de septiembre de 2020 reproduce, en parte, los fundamentos de derecho de la dictada el 22 de mayo del mismo año, en el presente comentario las examinaremos de forma conjunta.

Antes de las sentencias que ahora se analizan, el TS ya había tenido ocasión de pronunciarse sobre la aplicación de la doctrina Daouidi en otras ocasiones. En concreto, en la sentencia de 22 de febrero de 2018⁴, en la de 15 de marzo de 2018⁵, y también en la de 20 de marzo de 2019⁶. En todas ellas hizo referencia a la interpretación amplia del concepto de discapacidad realizada por el TJUE. Sin embargo, aunque afirmó estar siguiendo dicha doctrina, en ninguna de ellos entendió que, efectivamente, existiese discapacidad. En sus últimas sentencias sobre el particular del año 2020, el TS, aplicando la doctrina Daouidi, llegó a la misma conclusión, es decir, entendió de que la situación de los demandantes no era constitutiva de discapacidad, pues no se cumplían los requisitos exigidos por el TJUE en la sentencia sobre el caso Daouidi.

2. SUPUESTOS DE HECHO

La sentencia del TS de 22 de mayo de 2020 resolvió un recurso para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) del País Vasco, de 9 de mayo de 2017⁷. El TSJ confirmó la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Donostia de 12 de enero de 2017⁸, que había calificado el despido del actor por parte de la empresa demandada como improcedente. Sin embargo, el recurso presentado ante el TS perseguía la declaración de nulidad de dicho despido, por infracción de los arts. 17.1, 53.4 y 55.3.4 y 5 del Estatuto de los trabajadores (en adelante, ET), del Convenio n. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la terminación de la relación de trabajo de 1982, y también de la Directiva 2000/78/CE. El actor entendía que el despido era nulo porque traía su causa en el hecho de que el trabajador había estado en situación de IT, en diversas ocasiones, en los meses anteriores al despido. Pese a que el recurrente consideraba que eran varios los preceptos vulnerados, la sentencia objeto de análisis se centró en los aspectos relacionados con la Directiva 2000/78/CE.

Por su parte, en la sentencia de 15 de septiembre de 2020, el TS se pronunció sobre un recurso para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia del TSJ de Castilla-León (Burgos) de 20 de julio de 2017⁹. En dicha sentencia, el TSJ resolvió el recurso de suplicación interpuesto

⁴ N. recurso 160/2016.

⁵ N. recurso 2766/2016. Para un comentario de esta sentencia, véase: GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La discriminación por discapacidad en las extinciones por ineptitud sobrevenida. Comentario a la STS de 22 de febrero de 2018 (Rec 160/2016)”, *Derecho de las relaciones laborales*, n. 5, 2018.

⁶ N. 1784/2017.

⁷ N. recurso de suplicación 906/2017.

⁸ Autos n. 585/2016

⁹ N. recurso 484/2017.

por ambas partes frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Burgos de 28 de febrero de 2017¹⁰. La sentencia de instancia había estimado la demanda interpuesta por el trabajador contra la empresa y había declarado nulo su despido. Sin embargo, el TSJ de Castilla-León estimó el recurso interpuesto por la representación de la empresa, por lo que revocó la resolución del Juzgado de lo Social y calificó el despido como improcedente. El recurso para la unificación de doctrina que se presentó ante el TS perseguía la revocación de la sentencia del TSJ y la confirmación de la de instancia.

En los escritos de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina resueltos por ambas sentencias, los recurrentes seleccionaron como sentencia de contraste la dictada por el TJUE de 1 de diciembre de 2016, asunto Daouidi, opción que el TS admitió en ambos supuestos. Esta posibilidad aparece recogida en el art. 219.2 de la *Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social* (en adelante, LRJS) que establece que, si se cumplen los requisitos mencionados en el art. 219.1 LRJS “podrá alegarse como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades”. En todo caso, en la sentencia de 20 de mayo de 2020, razonamiento que reproduce en la de 15 de septiembre, el TS indica que “el análisis de las identidades deberá efectuarse igualmente con arreglo al apartado 1 del mismo art. 219 LRJS, pues el hecho de que el legislador haya relajado la contradicción no significa que la misma haya desaparecido”. En consecuencia, tal y como había establecido el TS en sentencias anteriores, “no se exige la identidad integral habitual (“hechos, fundamentos y pretensiones”) pero sí la homogeneidad en los debates (problema suscitado)”¹¹. Si bien lo más habitual es que las sentencias de contraste que se utilizan en los recursos para la unificación de doctrina pertenezcan a los TSJ, nada impide que se opte por emplear una del TJUE. Con todo, llama la atención que, en estos supuestos concretos, los recurrentes no hayan propuesto como sentencias de contraste las dictadas por otro TSJ, pese a que son varias las que, en supuestos de hecho similares, han considerado que sí existía discapacidad y, por lo tanto, calificaron el despido como nulo¹².

En ambas sentencias, el TS concluyó que el análisis específico del supuesto concreto obliga al estudio de la sentencia del TJUE sobre el caso Daouidi, cuya doctrina se invoca para la contradicción. Además, el TS afirmó que hay es necesario tener en cuenta que, si la respuesta es positiva, es decir, si se llega a la conclusión de que la sentencia del TSJ del País Vasco contradice la del TJUE, habría que determinar si decisión recurrida se aparta de una aplicación

¹⁰ Autos n. 46/17.

¹¹ STS de 14 noviembre 2014 (n. recurso 1839/2013).

¹² Véanse, a modo de ejemplo, STSJ País Vasco de 19 diciembre 2017 (n. recurso 2345/2017) y STSJ País Vasco de 26 septiembre 2017 (n. recurso 1734/2017).

del Derecho respetuosa con el Derecho de la Unión. En consecuencia, el TS dedicó el resto de las páginas que conforman ambas sentencias a analizar la sentencia Daouidi.

En la sentencia de 22 de mayo de 2020 constan probados los hechos que se explican a continuación. El trabajador despedido, conductor mecánico en ruta, prestaba servicios para la empresa demandada desde el 18 de junio de 2003. Fue despedido con efectos de 14 de septiembre de 2016 “por diferencias insostenibles con la empresa”. Sin embargo, la empresa reconoció la improcedencia del despido. El actor estuvo en situación de IT en los siguientes periodos: del 6 al 12 de junio de 2016; del 17 de junio al 8 de septiembre de 2016; desde el 26 de septiembre de 2016 hasta, cuando menos, la fecha de celebración de la vista. En la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Donostia figuraba, como hecho probado, que el actor había sufrido un accidente de trabajo el 20 de abril de 2016. Sin embargo, en el recurso de suplicación ante el TSJ del País Vasco, el recurrente solicitó su revisión, pues afirmaba que se trataba de un error de transcripción, ya que el accidente se había producido en el año 2005, y no en 2016. Con todo, el TSJ desestimó dicha pretensión al entender que existían contracciones, puesto que, de otros documentos presentes en las actuaciones, se deducía que el accidente de trabajo había tenido lugar el 20 de abril de 2015. En consecuencia, el TS llegó a la conclusión de que el accidente no estaba conectado con la IT del trabajador en los periodos del 6 al 12 de junio de 2016 y del 17 de junio a 8 septiembre de 2016. Además, el TS también recordó que el recurrente fue declarado en situación de incapacidad permanente (IP) total por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS) de 15 de julio de 2017.

Por otro lado, en el caso resuelto por la sentencia de 15 de septiembre de 2020, el trabajador prestaba servicios como peón y se dedicaba al lavado de maquinaria industrial, desde el 5 de junio de 2015. Fue despedido de forma verbal el 2 de diciembre de 2016, mientras se encontraba en un periodo de baja médica, que había iniciado el 26 de noviembre de 2016.

3. LA DOCTRINA DAOUDI Y SU APLICACIÓN POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO

La sentencia dictada por el TJUE en el caso Daouidi resolvió una cuestión prejudicial presentada por el Juzgado nº 33 de Barcelona, en la que se planteaba al TJUE si la limitación de la capacidad que da lugar a un proceso de IT de duración incierta puede calificarse como duradera y, por lo tanto, interpretarse que está incluida en el concepto de discapacidad al que hace referencia la Directiva 2000/78/CE¹³. El TJUE concluyó que “el hecho de que el interesado

¹³ Esta sentencia ha sido objeto de numerosos análisis por parte de la doctrina laboralista. Véase, entre otros, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S., “Incapacidad temporal y discriminación por discapacidad: reflexiones al hilo del caso Daouidi”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n. 28, 2017; DESDENTADO DAROCA, E., “El despido del enfermo y la STJUE de 1 de diciembre de 2016 dictada en el caso Daouidi. Algunas reflexiones críticas”, *Revista de información Laboral*, n. 3, 2017; AGUSTÍ MARAGALL, J., “El “Caso Daouidi”: iter procesal, preguntas y respuestas. La objetivación de la “limitación duradera” como situación de discapacidad”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n. Monográfico 6, 2017; y SÁNCHEZ PÉREZ, J., “Es discriminatorio despedir en situación de incapacidad laboral? Los nuevos límites comunitarios. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de

se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de “duradera”, con arreglo a la definición de “discapacidad” mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de la ONU sobre personas con discapacidad”. A continuación, el TJUE se centró en analizar los indicios que permitirían considerar que tal limitación era duradera. Entre ellos, destaca el hecho de que la incapacidad del interesado que dio lugar al hecho presuntamente discriminatorio no presentase una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo en el momento en que dicho acto se produjo, o también cuando no pudiese saberse si dicha incapacidad iba a prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona. Por último, el TJUE apuntó que, para comprobar el carácter duradero de la limitación del trabajador, el tribunal nacional deberá basarse en todos los elementos objetivos de los que disponga, en particular, los documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

En el caso resuelto por la sentencia del TS de 20 de mayo de 2020, tanto la sentencia del TSJ del País Vasco, contra la que se presentó el recurso para la unificación de doctrina, como la de instancia concluyeron que no cabía apreciar que la situación en la que se encontraba el trabajador despedido fuese constitutiva de discapacidad. El TS apuntó que la resolución recurrida, tomando en consideración la propia sentencia del caso Daouidi, había llegado a la conclusión de que “la situación de IT no puede servir para llevar a considerar al trabajador como afecto de una discapacidad como factor de protección frente a la discriminación”. En concreto, el TSJ del País Vasco apuntó que, en el caso que estaba analizando, no constaba ningún dato acerca del carácter duradero de la limitación de la capacidad del demandante, ni siquiera de forma previsible. En consecuencia, no le era posible considerar que se tratase de una situación de discapacidad que podría dar lugar a una discriminación, por lo que concluyó que el despido había sido correctamente calificado como improcedente.

En su sentencia de 22 de mayo de 2020, el TS se dedica, precisamente, a analizar si el fallo de la sentencia del TSJ del País Vasco se ajusta a derecho y, en definitiva, si con su conclusión podría estar contradiciendo la doctrina del TJUE relativa a la interpretación del concepto de discapacidad que figura en la Directiva 2000/78/CE. En este sentido, cabe aclarar que, aunque aporta nuevas aclaraciones sobre la forma en la que hay que interpretar el concepto de discapacidad, en particular en los casos de IT, la sentencia del TJUE sobre el caso Daouidi, elegida como sentencia de contraste en las dos sentencias que se están comentando, sigue la definición del concepto de discapacidad que el TJUE ya había venido utilizando desde su sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark¹⁴. En dicha sentencia, el TJUE estableció que “el concepto de “discapacidad”, en el sentido de la Directiva 2000/78/CE, debe entenderse

diciembre de 2016, asunto C-395/15”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social. CEF*, n. 406, 2017.

¹⁴ C-335/11 y 337/11.

como referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”. En otras palabras, esto supone que la enfermedad -sea curable o incurable- puede equipararse a discapacidad si acarrea limitación, siempre que, además, tal limitación sea de larga duración.

Después de señalar que, para decidir si existe o no discriminación en el caso objeto de análisis, habría que comprobar primero si el trabajador despedido ostenta la condición de discapacitado –sigue, por lo tanto, su doctrina consolidada sobre la cuestión y rechaza la posibilidad de que pueda existir discriminación basada en la enfermedad¹⁵ – el TS concluyó que los únicos datos de los que dispone son la existencia de dos periodos de IT en los que incurrió el trabajador en los tres meses anteriores al despido, pero que no constan las circunstancias o causas de las bajas. De hecho, como ya se ha apuntado con anterioridad, y al contrario de lo que ocurría, por ejemplo, en el caso Daouidi, no queda claro si derivan del accidente de trabajo, puesto que no ha podido demostrarse cuando se había producido. En consecuencia, el Alto Tribunal concluyó que, en el caso concreto, se hacía extremadamente difícil apreciar que nos encontremos ante una situación de “dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”, es decir, ante una situación de discapacidad, tal y como la interpretado el TJUE desde la sentencia HK Danmark. A una conclusión similar llega la resolución de 15 de septiembre de 2020. En ella, el TS entendió que, aplicando los criterios de la sentencia sobre el caso Daouidi, no cabe si no desestimar el recurso para la unificación de doctrina, puesto que, en el caso concreto que resuelve, el despido se produce cuando el trabajador había incurrido en un único proceso de IT, del que ni siquiera constan los motivos concretos de las dolencias que han causado su baja médica. Además, tampoco figura ningún otro dato que permita valorar, de forma mínima, la posible discapacidad del trabajador derivada de tales dolencias.

Por otro lado, en la sentencia de 22 de mayo de 2020, el TS también descarta que la ulterior declaración de IP total del actor, posterior a la fecha del despido, tenga alguna relevancia a los efectos de reconocerle las garantías antidiscriminatorias propias de la discapacidad, puesto que estas no están condicionadas a la calificación legal de la capacidad laboral en los términos específicos de la legislación en materia de pensiones de Seguridad Social.

En conclusión, en ambas sentencias, el TS terminó señalando que no cabía sostener que, con carácter genérico, toda decisión ilícita de la empresa, como lo es el despido no justificado, constituya una lesión de derechos fundamentales cuando se dé la circunstancia de que afecta a un trabajador que hubiere estado en situación de IT, sino que, para que exista una discriminación por razón de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78/CE y el despido

¹⁵ STS de 29 de enero 2001 (n. recurso 1566/2000).

pueda ser calificado como nulo por este motivo, es necesario que se cumplan todos los requisitos que el TJUE había venido indicando desde la sentencia HK Danmark, y que ha ampliado en el caso Daouidi. En consecuencia, el TS desestimó los dos recursos para la unificación de doctrina, puesto que entendió que tanto la sentencia del TSJ del País Vasco como la del TSJ de Castilla-León se adaptaban a la doctrina recogida en la sentencia del TJUE sobre el caso Daouidi. El demandante no cumplía con los requisitos para ser considerado persona con discapacidad en ninguno de los dos supuestos, por lo que no tenía derecho al acceso a la tutela antidiscriminatoria por ese motivo. En su sentencia de 15 de septiembre de 2020, el TS puntualizó que, al no existir el menor elemento de juicio que permita considerar que el trabajador despedido pudiera padecer alguna limitación de larga duración que impidiera su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de oportunidades con los demás trabajadores, la calificación del despido no puede ser otra que la improcedencia.

4. VALORACIÓN CRÍTICA

Los fallos de las sentencias del TS de 20 de mayo y de 15 de septiembre de 2020 ponen de manifiesto, una vez más, las enormes dificultades que entraña la unificación de doctrina sobre la calificación del despido que se ha producido mientras el trabajador se encontraba en situación de IT, o cuando lo había estado previamente. Tal y como ponía establecía la propia sentencia del TJUE en el asunto Daouidi, el análisis del caso concreto juega un papel fundamental en estos supuestos y, en consecuencia, entendió que corresponde al juez nacional decidir acerca de si existen indicios suficientes para entender que la dolencia que da lugar a una IT cumple con los requisitos para ser considerada discapacidad y, por lo tanto, para calificar el despido como nulo.

En sentencias anteriores sobre el particular, ha podido apreciarse que el TS, aun contando con indicios que, a mi juicio, le habrían permitido entender que la situación del trabajador que se encontraba de baja médica era constitutiva de discapacidad, el Alto Tribunal se mostró reticente a reconocer la existencia de una discapacidad en supuestos de enfermedades de larga duración. Sin embargo, en los supuestos resueltos por las sentencias objeto de este comentario, cabe compartir la decisión a la que llega el TS.

En ninguno de los casos que nos ocupan existe información sobre el motivo de las bajas, por lo tanto, el TS no puede llevar a cabo la tarea que el TJUE encomienda al juez nacional, para decidir si pueden equiparse a la discapacidad, porque no tiene datos sobre las perspectivas de evolución de las dolencias que dieron lugar a la situación de IT. El único dato del que dispone es la duración de la baja médica. Ahora bien, en el caso resuelto por la sentencia de 15 de septiembre de 2020, el trabajador llevaba apenas unos días de baja médica en el momento de producirse el despido. Por otro lado, no se sabe si las dos situaciones de IT a las que se refiere la sentencia de 22 de mayo de 2020 obedecen al mismo motivo.

El TS deja claro que el mero hecho de despedir al trabajador mientras se encuentra en situación de IT no implica que dicho despido sea nulo, sino que solo lo será si se entiende que existe discriminación por discapacidad. En este sentido, las demandas que soliciten la declaración de

nulidad del despido por vulneración del derecho a la no discriminación por razón de discapacidad han de ser muy cautelosas. Deberán aportar suficientes elementos e indicios que permitan a los tribunales valorar si las dolencias que dieron lugar a la situación de IT, efectivamente, cumplen los requisitos exigidos por la doctrina del TJUE para considerar que existe discapacidad. De lo contrario, lo más probable es que los tribunales rechacen la pretensión de nulidad y califiquen el despido como improcedente, aun aplicando la doctrina del TJUE sobre el concepto de discapacidad.

En conclusión, habrá que esperar, para ver si, en los recursos para la unificación de doctrina que resolverá en el futuro, el TS cuenta con los elementos necesarios para valorar si existe o no la discapacidad y, finalmente, se pronuncia a favor de la equiparación de las enfermedades de larga duración que producen limitaciones importantes y duraderas en la capacidad de los trabajadores a la discapacidad, lo que lo llevaría a considerar que los despidos por esta razón son nulos y no improcedentes.


CRÓNICAS

A propósito de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020: la relación laboral en difícil equilibrio sobre dos ruedas

ALBERTO AYALA SÁNCHEZ

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz (España)

alberto.ayala@uca.es

 <https://orcid.org/0000-0003-4380-1441>

Por fin llegó la resolución; la Sala IV del Tribunal Supremo a través de su Sentencia de 25 de septiembre de 2020, (recud. 4746/2019), ha declarado que la relación negocial que mantiene Glovo con sus repartidores tiene naturaleza laboral. La sentencia de la que vamos a dar noticia de manera breve, es la respuesta (y no será la única) al gran fenómeno tecnológico que desde hace unos años se está viviendo debido del auge de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TICs), y que ha dado lugar a la denominada economía digital (*gig economy*), Economía que se encuentra en pleno desarrollo y que tiene unos importantes efectos socio-económico y laborales, siendo uno de sus resultados la implementación de determinadas aplicaciones informáticas que originan, a su vez, el nacimiento de la llamada economía de plataformas.

La economía de plataforma ha supuesto -y supone- un reto importantísimo para los distintos operadores jurídicos, al objeto de poder encuadrar de manera cierta las relaciones jurídicas que tienen como protagonistas a las citadas plataformas digitales. A estos efectos y en términos genéricos, el «empleador digital» articula una serie de relaciones jurídicas con determinadas personas físicas. De entre todas las distintas categorías normativas que permite u ofrece el Derecho objetivo, los sujetos implicados se inclinaban, o imponía el más fuerte (Glovo), suscribir un contrato mercantil en donde el repartidor como sujeto material de la prestación de

Recepción: 09/11/2020

Aceptación: 09/11/2020

Cómo citar este trabajo: AYALA SÁNCHEZ, Alberto, “A propósito de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2020: la relación laboral en difícil equilibrio sobre dos ruedas”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, ISSN-e: 2660-7964, nº 2, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 245-249, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i2.10>

servicios se acoge (sin ninguna otra opción ofrecida por la plataforma) al marco jurídico dispuesto para el trabajador autónomo o autónomo económicamente dependiente.

Bajo estas premisas básicas la doctrina judicial se pronunció de manera dispar, aunque con cierta preponderancia a favor de reconocer que la relación jurídica que mantenía Glovo con sus repartidores era de naturaleza laboral. No obstante, esa discrepancia interpretativa en el seno de los Tribunales Superiores de Justicia abonaba el campo jurídico para presentar ante el Tribunal Supremo el pertinente recurso de casación en unificación de doctrina. Para plantear el citado recurso se impugnó la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 19 de septiembre de 2019 (rec. 195/2019), que negaba al repartidor su condición de trabajador por cuenta ajena, sirviendo como resolución de contraste la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 25 de julio de 2019 (rec. 1143/2019), que sí reconocía al *rider* dentro del ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores (art. 1.1).

Ante esta tesitura, el Tribunal Supremo ha tenido que realizar una labor hermenéutica del art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Tarea que se ha concretado en elegir una de las siguientes opciones. Una primera, realizar una interpretación restrictiva de las notas que caracterizan la relación laboral o, una decantarse por una segunda opción y llevar a término una operación exegética extensiva de los elementos que conforman la relación de trabajo. Esta última posibilidad es la que ha elegido el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar, a nuestro particular modo de ver, de manera certera y apropiada el art. 1.1. del ET, norma capital de donde se infieren las notas características del contrato de trabajo, a saber: la dependencia y la ajenidad; siendo ambas notas las que permiten establecer la frontera entre el trabajo por cuenta ajena y el autónomo.

Pero, además, el Alto Tribunal para llegar a concluir que la relación jurídica entre los repartidores y Glovo tiene naturaleza laboral, enlaza de manera oportuna el apartado primero del artículo primero del ET con la presunción de laboralidad (art. 8.1 del ET), engarce que, por otro lado, ya lo había adelantado y expresado la doctrina al analizar el trabajo en las plataformas.

Tal vez para cierto sector de la doctrina se ha perdido, en primer lugar, la oportunidad de salirse de los moldes clásicos y haber enfocado la cuestión desde ópticas más innovadoras, revitalizando la figura del trabajador autónomo como trabajador económicamente dependiente de las economías de plataforma. Y segundo lugar, y sin perjuicio de la obligación que tienen los tribunales de resolver las controversias planteadas ante ellos (art. 1.7 Código civil), el Tribunal Supremo podría haber manifestado *–obiter dicta–* la hipotética insuficiencia normativa o, en su caso, podía haber realizado una sutil llamada al Gobierno para regular la situación objeto de esta litis a través de una relación laboral especial, como defiende determinado parte de la doctrina.

La Sentencia objeto de esta crónica para alcanzar la citada conclusión ofrece una extensa argumentación que, a nuestro modo de ver, se puede condensar en tres hitos fundamentales: el primero y crucial, definir qué hace la plataforma Glovo; en segundo lugar, identificar de manera real qué es lo que hacen cada uno de los sujetos de la relación, esto es, el verdadero contenido

obligacional de las relaciones surgidas entre Glovo y los repartidores y, en último lugar, determinado e identificado cuál es ese contenido material en que se concreta la actividad de cada uno de los sujetos, aplicarles el marco normativo apropiado, que no es otro, que el art. 1.1 del ET.

A tenor de estas consideraciones y para determinar qué actividad desarrolla la plataforma, con carácter previo es oportuno indicar los sujetos que participan en el entramado negocial, pues la operatividad de la plataforma se basa en la presencia necesaria de tres elementos subjetivos. En primer término, está la plataforma cuyo objeto, en principio, es poner en contacto al cliente final con el repartidor; en segundo término, encontramos al repartidor/trabajador que es quien ofrece el servicio pretendido por el usuario final y, en tercer término, como último eslabón de la cadena se encuentra el cliente final o consumidor del servicio.

Ante semejante esquema subjetivo, la plataforma afirma que solo desarrolla labores de intermediación entre el cliente final y el repartidor, cuando lo cierto es que su actividad se concreta en ofrecer y prestar efectivamente determinados servicios de mensajería (FJ vigésimo primero).

Esta calificación queda justificada por la existencia de distintos elementos fácticos que quedan suficientemente probados. Entre otros, caben destacar: primero, que Glovo es titular de la plataforma siendo esta el principal y fundamental activo que permite desempeñar la actividad de reparto; segundo, el repartidor carece de una verdadera capacidad organizativa propia y autónoma, ya que de manera efectiva está sometido al ámbito rector de Glovo; tercero, la plataforma es quien determina cómo ha de hacerse tanto la recogida como la entrega de los productos y, de igual manera, ha determinado el precio y manera de pago del servicio.

De este modo se pone de relieve que el trabajador carece de la infraestructura pertinente para desarrollar la actividad productiva y bajo sus propios parámetros. El repartidor no desarrolla la prestación de servicios de manera autónoma, es decir, con sus propios criterios organizativos, sino todo lo contrario, su actividad se desenvuelve de conformidad con las directrices impartidas por Glovo a través del programa informático que gobierna la plataforma, siendo este el «elemento esencial» sobre el que giran, nacen y desarrollan las relaciones jurídicas entre las partes (FJ decimoséptimo).

En este sentido, la plataforma lejos de ser una mera intermediaria, es una verdadera empresa dotada de una estructura organizativa compleja, en donde se confunde la actividad desarrollada por los repartidores con el propio objeto empresarial, que no es otra que la actividad de reparto.

Fijado el papel real que desempeña la plataforma, el segundo hito que colma el Tribunal Supremo para llegar a calificar la relación jurídica entre Glovo y los repartidores de laboral, es esclarecer cuál es el contenido verdadero, que no formal, del negocio suscrito por las partes inmersas en el litigio casacional. En este sentido, el Tribunal Supremo comienza con toda una declaración de intenciones, señalando que, «los contratos son lo que son y no lo que las partes

quieren que sean» (FJ noveno), es decir, el *nomen iuris* dado por los sujetos contratantes no les vincula ni a ellos mismo, y menos aún a los tribunales.

De esta manera, el Tribunal Supremo, sí se detiene a valorar qué tipo de obligaciones asumen los sujetos intervinientes a través de ese contrato mercantil. Para ello, examina y categoriza cada una de las obligaciones, derechos y prerrogativas que conforman el citado contrato, para de este modo, verificar si realmente su contenido es el propio de un arrendamiento de servicios.

Así, el Tribunal sopesa una serie de indicios para atribuir al repartidor su condición de trabajador por cuenta ajena. A estos efectos, divide aquellos indicios que determinan la dependencia (v.gr.: geolocalización con GPS, Glovo le indica al repartidor cómo ha de realizar la prestación, la facilitación de una tarjeta de crédito para que pudiera compra productos al usuario, la compensación de los tiempos de espera, las causas de resolución contractual son una traslación de los motivos de despido disciplinario, las facturas las elaboraba la plataforma) y aquellos que prueban la ajenidad de la prestación (v.gr.: la plataforma es la que tomaba todas las decisiones comerciales como el precio del servicio, la forma de pago, la remuneración que había que satisfacer a los repartidores, asume los riesgos y venturas del negocio).

Por el contrario, el Tribunal de Casación con base en los nombrados indicios no se deja persuadir por los presuntos elementos que podrían derivar en situar la relación extramuros al Derecho del Trabajo, como, por ejemplo, la posibilidad de rechazar tanto a clientes como a servicios. Esa realidad formal descrita y contenida en el contrato mercantil queda desvirtuada por la realidad material, al quedar acreditado que esa libertad es más bien aparente.

Esta libertad queda ensombrecida al acreditarse que estaba supeditada a un particular procedimiento de control del trabajo realizado por la plataforma (sancionador, desde nuestro punto de vista), en donde a través de un sistema de puntuación se valora positiva o negativamente con una frecuencia diaria los ingresos del trabajador, hecho tangible que influía y afectaba de manera directa a que el repartidor pudiera o no desarrollar su actividad en las horas con mayor demanda.

Conforme a lo expuesto, se establece un sistema productivo en donde es fundamental el número de servicios que realiza el trabajador/repartidor, servicios que a la postre le garantizarán cierto montante retributivo, pero a la par, le permitirá desarrollar su trabajo en las franjas horarias con mayor demanda (las denominadas «horas diamante»), todo ello bajo el estricto control, no físico, pero sí del programa informático que sustenta la plataforma.

Todo ello le lleva a concluir, que la plataforma es una mera empresa de prestación de servicios (de mensajería y de recadería), en donde lo realmente importante y crucial es la propiedad de la plataforma y su programa informático como factor esencial de producción que, además, es el que organiza en microtarefas el resto de factores productivos. Estos solo tienen su razón ser bajo la dirección y organización de la plataforma, pues fuera de ella son absolutamente irrelevantes para participar en el mercado (bicicleta y teléfono móvil). En definitiva, la actividad desarrollada en el mercado por el repartidor no se puede entender sin que este entre y participe

en el círculo rector que implementa la plataforma, por tanto, es una mera ficción que el trabajador goce de autonomía para gestionar su actividad laboral, por lo que el repartidor debe ser considerado como un trabajador por cuenta ajena.

Pues bien, todo esto se ha conseguido llevando a término una pertinente interpretación evolutiva y objetiva de las notas de dependencia y ajenidad (art. 1.1 del ET), en conjunción con la presunción de laboralidad (art. 8.1 del ET), exégesis que permite hacer progresar al ordenamiento jurídico y con la que se le da cumplida satisfacción al tercer hito planteado. La labor hermenéutica realizada por el Tribunal Supremo se resume magníficamente con las palabras de un eminente profesor: «sólo una interpretación objetiva es capaz de hacer frente a los problemas planteados por fenómenos y situaciones que el legislador histórico no ha conocido, ni ha tenido que conocer» (Díez-Picazo).

RECENSIONES

HAVA GARCÍA, Esther, *Los delitos de prevaricación*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1ª ed., 2019, 149 páginas

MARIO NEUPAVERT ALZOLA*
Abogado

neupavertmario@gmail.com

La corrupción ha sido, es, y seguirá siendo uno de los principales problemas para la sociedad española según el CIS. Sin ir más lejos, en marzo de 2019, la corrupción y el fraude eran objeto de preocupación para uno de cada tres españoles, dejando entrever tanto la relevancia que la corrupción tiene en nuestras vidas, como el desinterés y desconfianza en cuanto al correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Dentro del marco de la corrupción encontramos un gran catálogo de delitos, siendo la prevaricación del funcionario público uno de los que mayor arraigo encuentra en la historia de nuestra legislación penal. Así, tanto el Título XIX como el XX del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 22 de noviembre, del Código Penal, que recogen los delitos contra la Administración pública y contra la Administración de Justicia, comienzan con la tipificación del delito de prevaricación administrativa y judicial, respectivamente. Ambos delitos constituyen una pieza fundamental en la lucha contra la corrupción, ya que el objetivo de quien soborna o trafica con sus influencias suele ser con mucha frecuencia la emisión de una resolución a sabiendas de su injusticia, ya fuere por un funcionario público en un asunto administrativo (artículo 404 del Código Penal), o por un juez o magistrado en el marco de un proceso (artículo 446 del Código Penal).

La obra de la Profa. HAVA GARCÍA se enmarca en el contexto de unos delitos cuya regulación prácticamente no se ha modificado, pero sí que ha visto cómo cambiaba la interpretación que de los mismos realizaban los tribunales o cómo evolucionaban los ordenamientos administrativo y procesal, de total relevancia para la aplicación práctica de estos tipos penales.

Recepción: 25/10/2020

Aceptación: 27/10/2020

Cómo citar este trabajo: NEUPAVERT ALZOLA, Mario, “HAVA GARCÍA, Esther, *Los delitos de prevaricación*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1ª ed., 2019, 149 páginas”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, ISSN-e: 2660-7964, n.º 2, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 253-256, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i2.11>

* Doctorando en Derecho en la Universidad de Cádiz (España).

El entendimiento de estas figuras adquiere una mayor importancia al comprender que los comportamientos de corrupción pueden estar motivados por un gran abanico de circunstancias, no solo las económicas. De este modo, poner el foco en conductas como el cohecho o la malversación puede conllevar el riesgo de olvidar el hecho base: la resolución injusta de la que se sirve el corruptor para obtener su beneficio ilícito.

La obra comentada aborda, en primer lugar, dentro del capítulo titulado “Cuestiones introductorias”, la base sobre la que se construyen los tipos prevaricadores: la corrupción y la desviación del poder. El estudio de la lesión de la imparcialidad, ya sea cometida por funcionario público o por juzgador, da paso a la evolución histórica de estos delitos en nuestra historia reciente. La autora también analiza en este capítulo la configuración actual de los delitos en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, así como los principales aspectos que resultan de actualidad en esta materia, con mención a casos de prevaricación administrativa y judicial sobradamente conocidos por la opinión pública.

En segundo lugar, analiza el delito de prevaricación administrativa, estudiando en profundidad cuestiones tales como el bien jurídico protegido, el sujeto activo, la conducta típica, autoría y formas de participación, el *iter criminis*, los concursos, las cuestiones procesales, y concluyendo este capítulo con una mención a las prevaricaciones específicas. En numerosas ocasiones durante el capítulo encontramos referencias puntuales a otras obras relativas a los distintos aspectos que el delito de prevaricación administrativa comparte con otros delitos contra la administración pública, junto a las principales referencias doctrinales en materia de prevaricación administrativa, como son las publicaciones de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO y GONZÁLEZ CUSSAC. En este sentido, el trabajo de la autora supone dar un salto de calidad en el estudio del delito de prevaricación administrativa, en la medida en que su monografía consigue aunar los planteamientos iniciales del delito en sus inicios en 1995 con la jurisprudencia actual y el derecho administrativo que se encuentra vigente.

Así, en el primero de los apartados HAVA GARCÍA sintetiza el bien jurídico protegido en el correcto desempeño de la función pública mediante un profuso estudio de la doctrina junto al examen de pronunciamientos del Tribunal Supremo, perfilando el mismo mediante la aplicación del principio de intervención mínima y con la caracterización del delito con un plus adicional de desvalor frente al ilícito que estaría sujeto a la jurisdicción contencioso-administrativa. Posteriormente dedica parte del análisis al sujeto activo del delito sin incidir en exceso en el concepto clásico de autoridad o funcionario público, aclarando la configuración del delito como especial propio.

El grueso del capítulo queda dedicado, subsiguientemente, a la conducta típica, compuesta por el dictado una resolución en asunto administrativo, la naturaleza arbitraria de la resolución, y el tipo subjetivo.

Con respecto a la conducta consistente en dictar una resolución en asunto administrativo, la autora trata tanto el verbo nuclear como la posibilidad de apreciar el delito a través de comisión por omisión, con especial referencia a la obligación de resolver recogida en el artículo 21 de la

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y al silencio administrativo en el régimen posterior a la reforma de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Particularmente, analiza la consideración como resoluciones de las omisiones de sujetos activos que, incumpliendo su obligación legal de resolver de forma explícita, provocan el dictado a través del juego del silencio administrativo. Tras ello se da paso al análisis de la resolución, que es definida eminentemente por su contenido decisorio y aborda el necesario debate suscitado con respecto a los actos de trámite. Este apartado se concluye con la definición del asunto administrativo, entendiendo como resoluciones dictadas en asunto administrativo las emitidas con carácter decisorio por funcionarios públicos o autoridades que se encuentran reguladas y sometidas al Derecho administrativo.

En cuanto a la naturaleza arbitraria de la resolución, la autora realiza un exhaustivo estudio en torno a la distinción de la resolución que devendría nula a través de los cauces del derecho administrativo y la resolución arbitraria que merece el reproche penal, centrando el foco en la infracción grave del principio de legalidad suficiente como para suponer la nulidad de pleno derecho del acto, si bien requerirá la constatación adicional del desvalor de comportamiento. Tal desvalor se ve reflejado a su vez en el elemento subjetivo, a sabiendas de su injusticia, que se trata en la obra mediante el estudio de la intención del sujeto activo, con la exclusión de apreciación de modalidades subjetivas distintas al dolo directo, aun con menciones necesarias al dolo eventual o al error.

Tras concluir el estudio de la prevaricación administrativa, y con un esquema idéntico, el tercero y último de los capítulos lo dedica a la prevaricación judicial. El capítulo da inicio con la evolución del delito originada por el paso de sistemas autoritarios hacia la división de poderes consagrada en la Constitución de 1978, y que distingue claramente al funcionario público del Juez o Magistrado en la labor constitucional que desempeñan de forma específica y exclusiva los segundos. Continúa con los sujetos activos del delito, desde una perspectiva que pone el foco en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, lo que no le impide afrontar la problemática que plantea la exigencia de responsabilidades penales por este delito en otros supuestos dudosos, como serían los protagonizados por órganos judiciales colegiados, el Tribunal del Jurado, el Ministerio Fiscal o incluso la Policía Judicial.

Posteriormente, desgrana el tipo de prevaricación dolosa (artículo 446 del Código Penal) dividiendo el epígrafe en dos apartados: el relativo a la conducta típica y el relativo al elemento subjetivo.

En cuanto al primero, comienza centrándose en los elementos comunes del delito: dictar (verbo que en este supuesto típico plantea menor problemática que en el delito de prevaricación administrativa), el objeto material (la sentencia o resolución judicial), y previo repaso a otros supuestos como son los actos de jurisdicción voluntaria o los acuerdos del pleno no jurisdiccional, concluye con el análisis de la naturaleza injusta de la resolución (y el estudio de las teorías elaboradas en torno a dicha concepción, decantándose por la objetiva). Tras ello se

explican las distintas modalidades de conducta, que comportan un mayor o menor reproche penal según sea el procedimiento judicial en cuyo marco se prevarique.

En cuanto al tipo subjetivo de la prevaricación judicial, la expresión a sabiendas se identifica con el dolo, la plena conciencia del carácter injusto de la resolución, si bien en este apartado la autora hace hincapié en la posible laguna existente entre las prevaricaciones dolosas (artículo 446 del Código Penal) y las imprudentes (artículo 447 del Código Penal). Y ello porque si el dolo que requiere este delito es un dolo cualificado, el eventual podría quedar impune, ya que no cabe subsumirlos en el delito de prevaricación imprudente. El capítulo concluye con referencias a la prevaricación imprudente, con distinción entre la imprudencia grave y la ignorancia inexcusable, las circunstancias modificativas y concursos y distintas cuestiones procesales.

También a la hora de estudiar el delito de prevaricación judicial, la autora consigue plasmar los principales planteamientos de una abundante jurisprudencia con referencias doctrinales como las de FERRER BARQUERO o PEDREIRA GONZÁLEZ, entre otros, y señala los puntos más conflictivos de la evolución de este delito a lo largo de los 25 años de su redacción vigente.

En definitiva, encontramos una obra de completa vigencia en el estudio de estos delitos, y que probablemente será de referencia obligada en el futuro, no solo en el seno de la doctrina penal sino también, posiblemente, en los procedimientos judiciales, dada la manifiesta importancia que están adquiriendo en los últimos años el estudio y enjuiciamiento de los delitos de prevaricación.

LÓPEZ ULLA, Juan Manuel (dir.) y SÁEZ GONZÁLEZ, Jesús (coord.),
Combatiendo la violencia contra la mujer: experiencias europeas y
americanas, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1ª ed., 2020, 600 páginas

ROCÍO GUADALUPE QUIÑONES ANDRADE*

Profesora de Derechos Humanos y Derecho Internacional
Universidad Iberoamericana (México)

roguquian@gmail.com

Este libro, dirigido por Juan Manuel López Ulla y coordinado por Jesús Sáez González, ambos profesores de la Universidad de Cádiz, es la tercera obra colectiva que ha sido publicada en el marco de la Red Iberoamericana de Estudios Jurídicos 1812, de la que forman parte 18 instituciones universitarias coordinadas por la Universidad de Cádiz. (Las obras anteriores fueron: Derechos Humanos y orden constitucional en Iberoamérica, Civitas, 2011, y La justicia constitucional en Iberoamérica, Universidad de Cádiz, 2011).

En esta obra, han participado quince investigadoras e investigadores de diversas universidades iberoamericanas, de los cuales, cinco pertenecen a la Facultad de Derecho de esta Universidad. Además se cuenta con la participación de académicos de la Universidad de Sevilla, la Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (México), Universidad Centroamericana (Nicaragua), Universidad de Mendoza (Argentina), Universidad Lusíada (Portugal), Universidad de Bolonia (Italia), y del Superior Tribunal Militar de Brasil.

Debido a la procedencia de los autores, sus centros de adscripción y sus diversos campos de estudio, esta obra presenta un análisis multidisciplinario comparado, tanto jurídico como social de la violencia contra la mujer, que va desde la tutela nacional e internacional de los tribunales

Recepción: 09/11/2020

Aceptación: 10/11/2020

Cómo citar este trabajo: QUIÑONES ANDRADE, Rocío Guadalupe, "LÓPEZ ULLA, Juan Manuel (dir.) y SÁEZ GONZÁLEZ, Jesús (coord.), Combatiendo la violencia contra la mujer: experiencias europeas y americanas, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1ª ed., 2020, 600 páginas", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, ISSN-e: 2660-7964, n.º 2, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 257-260, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i2.12>

* Candidata a doctora por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (México) y la Universidad de Cádiz (España).

en la materia, hasta el reflejo de la sociedad machista y misógina en la literatura y las redes sociales.

Y es que el tema, merece un estudio de tal envergadura. La violencia contra las mujeres es la consecuencia más general de la discriminación de género, y, como se expresa en la obra tratada, es una problemática mayúscula que se debe combatir desde todos los ámbitos sociales, y en todos los niveles de la impartición de justicia. Ésta se instala en una sociedad machista, y es fomentada por la falta de prevención, el menosprecio de las autoridades ante las denuncias y los obstáculos administrativos en las investigaciones, que generan impunidad.

Por ello, cada uno de los autores de esta obra colectiva, analiza la violencia contra la mujer partiendo de una causa específica, ya sea que esta derive de un problema sistémico en la impartición de justicia del Estado o de una cultura machista que genera el menosprecio y la anulación de las mujeres.

De esta manera, el libro comienza con la participación de Juan Manuel López Ulla, en el capítulo I, quien plantea el tema de las desapariciones forzadas en dos rubros generales: cuando las mujeres son víctimas de este delito de lesa humanidad, y cuando alguno de sus familiares es desaparecido por una autoridad. En el primer caso, aborda tanto el problema de impunidad que se tiene en diversos países de Iberoamérica, como la discriminación que sufren las mujeres por razón de género en los procesos de investigación. En el segundo caso expone que la mujer debe ser considerada víctima directa y por ello, es necesaria la protección de sus derechos al realizar las investigaciones conducentes que lleven al conocimiento de la verdad.

En el capítulo II, María Paula Quiroga Corti, realiza una interesante aportación, sobre el combate de la violencia contra las mujeres desde la Corte Suprema de Justicia de Argentina. Estudia el fallo “Gongora”, en el que el máximo órgano judicial argentino interpreta la Convención de Belém do Pará, determinando que todos los casos de violencia de género deben ser conocidos en la jurisdicción penal, lo que ha causado controversia en dicho país.

En el capítulo III, Jesús Sáez González nos habla de las marcadas diferencias que existen entre la violencia de género y violencia entre las mujeres. Establecido el contexto del estudio - violencia contra las mujeres- brinda un panorama sobre la valoración policial del riesgo, una vez que una mujer realiza una denuncia por violencia en España, con el fin de tomar las medidas adecuadas para impedir nuevas conductas de violencia. Concluye su estudio, señalando que la determinación de las medidas de protección de las mujeres violentadas en España, son particularmente difíciles en el caso de migrantes.

El capítulo IV, escrito por María Ángeles Pérez Marín, se trata la compleja protección de los derechos de las víctimas de violencia de género en el sistema de la Unión Europea y la necesidad imperiosa de garantizar sus derechos a la vida, seguridad, libre circulación y residencia dentro del territorio de la Unión. Hace una especial referencia a la transportación de las directivas de la Unión en territorio español.

Jorge A. Coussirat, presenta en el capítulo V, un análisis sobre la normativa y el proceso penal que se lleva a cabo en Argentina, en los casos de violencia de género. Habla sobre la evolución que se ha tenido en Argentina en estos casos y como se ha adaptado su legislación a los tratados interamericanos que el Estado ha firmado sobre la protección de los derechos de la mujer.

La suscrita, he colaborado en esta obra colectiva, redactando el capítulo VI, en donde se expone la forma en la que el Estado mexicano ha dado cumplimiento en los últimos años a las cuatro sentencias interamericanas que han sido dictadas en su contra, en donde se le ha declarado responsable de violencia contra las mujeres por diversos motivos, especialmente, por feminicidios, violaciones y tortura sexual. En este capítulo se ha hecho especial referencia en la falta del impacto social que han tenido las sentencias a pesar del cumplimiento estatal.

El capítulo VII presenta el trabajo de Nicolás Egües, que expone la lucha de las mujeres, específicamente del movimiento feminista argentino que ha logrado generar grandes cambios en las políticas públicas del país para combatir la violencia contra las mujeres y que ha llegado a impactar su Constitución.

Por su parte, Annalisa Verza estudia en el capítulo VIII, las nuevas formas de violencia contra la mujer, generadas en el espacio cibernético, como la masculinidad tóxica en las redes sociales, el cyberstalking, revenge porn, la sextorsión, y los discursos del odio en internet, que son fomentadas por el anonimato que brinda el ciberespacio.

Por su parte, María Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, realiza una crítica en el capítulo IX a la misoginia y el machismo que existe al interior de las fuerzas armadas en Brasil. Aborda esta problemática al afirmar que colisiona con la protección de los derechos de las mujeres que forman parte de esta institución que, al ser una minoría, es rechazada y discriminada.

En el capítulo X de la obra, Rodrigo Pardo Fernández realiza un estudio sobre las obras literarias en donde se plasma la agresión, cosificación y nulificación de la figura de la mujer, y analiza si éstas son capaces de establecer visiones críticas del entorno extratextual, con el fin de que su lectura contribuya a la reflexión sobre problemas sociales, y así poder visibilizar una problemática de la cual, lamentablemente no se tiene nociones de su gravedad por la sociedad, y propone que de esta manera se podría encontrar alguna solución.

Suhey Mercedes Fúnez Narváez analiza en el capítulo XI de la obra, si existe un derecho penal diferenciado cuando se juzga la violencia contra las mujeres en Nicaragua. En su aportación, la autora estudia las diferencias que existen entre el juzgamiento de los delitos generales y aquellos cometidos en contra de mujeres y destaca la necesidad de que se juzgue bajo una tutela especial la violencia contra la mujer, con el fin de que exista una igualdad entre las partes en una sociedad machista.

En el capítulo XII, Ana Sofia Gomes, estudia el sistema de impartición de justicia en Portugal, especialmente en el caso del juzgamiento de la violencia contra las mujeres, y determina que la legislación portuguesa es adecuada, pero las autoridades aplican deficientemente la evaluación

del riesgo, lo que deriva en la falta de aplicación de medidas preventivas adecuadas que mantienen en riesgo a las mujeres violentadas.

Diego J. Bernal Caputto expone en el capítulo XIII, la importancia del papel del letrado en los juicios sobre violencia de género con el fin de garantizar, los derechos del acusado y especialmente, los de la víctima.

El capítulo XIV, redactado por Ana María Barba Fernández, analiza la violencia de género en las relaciones de pareja adolescentes en España. Aborda diferentes tópicos, como el stalking, sexting y sextorsion, que son lamentablemente comunes en la actualidad, y en donde la mayoría de las víctimas son menores de edad, que aún no cuentan con la suficiente visibilidad.

Por último, en el capítulo XV, Ana Ríos Cabrera realiza una crítica del artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española en relación con la dispensa de la obligación de declarar en los casos de víctimas de violencia de género, destacando que se debe hacer una revisión profunda del mismo, ya que no satisface de modo alguno la protección contra la violencia de género.

Sin duda, cada uno de los capítulos de este libro resulta interesante, ya que si bien, el hilo conductor de la obra es el combate y visibilización de la violencia contra la mujer, cada autor brinda un aporte particular y único sobre esta problemática.

SOROETA LICERAS, Juan, *La Corte Internacional de Justicia y la descolonización, 1949-2019*, Reus, Madrid, 1ª ed., 2020, 226 páginas

MOHAMMED BEDJAoui

Ancien Président de la Cour Internationale de Justice

revista.rejucrim@uca.es

LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE ET LA DÉCOLONISATION, 1949-2019 - Le Professeur Juan Soroeta offre aujourd'hui au lecteur le beau résultat de ses réflexions sur un sujet original. Il a, en toute patience, analysé la jurisprudence que la Cour internationale de Justice a consacrée aux questions de colonisation et de décolonisation et a montré que la haute juridiction mondiale a bien suivi en ces domaines l'évolution des temps et les mutations de l'histoire des hommes.

La seconde moitié du XXe siècle a progressivement effacé le phénomène colonial créé pendant plus de deux siècles par la Révolution industrielle. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice est née précisément au début de cette époque de reflux de la colonisation et s'est produite dans le tumulte et les soubresauts de ces temps de remise en cause du colonialisme. Cette jurisprudence a bien fidèlement suivi et reflété la marche de ces temps nouveaux.

Le mouvement de décolonisation qui a durement opposé le puissant et le faible, a historiquement assuré la victoire du dominé sur le dominateur durant la seconde moitié du XXe siècle. Ce n'est pas le moins des paradoxes de la décolonisation. La lecture de l'œuvre offerte par le Professeur Soroeta montre que la jurisprudence mondiale a épousé ce mouvement tout aussi bien.

Il semble dans la nature des choses que la décolonisation fait intervenir le militaire, le diplomate, le négociateur, la politique. Le Professeur Juan Soroeta nous montre par son approche globale de la jurisprudence mondiale que le juge international a déployée, lui aussi, des efforts méritoires pour faire triompher la décolonisation.

Recepción: 18/12/2020

Aceptación: 18/12/2020

Cómo citar este trabajo: BEDJAoui, Mohammed, "SOROETA LICERAS, Juan, *La Corte Internacional de Justicia y la descolonización, 1949-2019*, Reus, Madrid, 2020, 226 páginas", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, ISSN-e: 2660-7964, nº 2, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 261-264, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i2.13>

Mais une analyse au quotidien de la réalité coloniale a révélé tous les jours à l'opinion publique tous les excès qui accompagnaient inévitablement la colonisation. Celle-ci n'a jamais été une œuvre humanitaire et ses servants ne pouvaient assumer leur condition de colonisation sans porter atteinte aux droits humains du colonisé.

La justice locale, celle installée par le colonisateur dans le territoire conquis, n'avait aucune vocation à combattre le colonialisme. Elle avait tout au contraire pour mission première de défendre le pouvoir colonial. C'était avant tout un instrument de protection du système instauré par l'occupant étranger. Il pouvait arriver certes que la justice coloniale poursuive et condamne un "Blanc" pour avoir, par exemple, rossé un colonisé jusqu'à ce que mort s'ensuive. Mais dans ce cas il y avait à parier que la justice coloniale allait surtout chercher toutes les circonstances atténuantes pour satisfaire le meurtrier ou, du moins, le condamner le plus légèrement possible. Encore faut-il ajouter que la justice coloniale n'intervenait nullement pour protéger les droits du colonisé victime. La justice coloniale s'activait là pour rétablir l'ordre colonial un instant perturbé. Ce n'était pas la famille du colonisé assassiné qui obtenait satisfaction. C'était l'ordre colonial qui, atteint dans son ordonnancement par un acte contraire à ce bon ordre public colonial, rétablissait aux moindres frais cet ordre. La justice coloniale intervenait non pas pour protéger un droit à la vie d'un homme, fût-il colonisé, mais pour rétablir le bon ordre public colonial dérangé.

Mais l'évolution de l'humanité a permis progressivement de doter celle-ci de certains principes et valeurs, annonciateurs d'un respect plus exigeant des droits de l'homme. La justice internationale qui venait d'être créée devait alors prendre progressivement en charge ces valeurs et ces droits.

Il s'était agi d'abord de faire de la justice internationale un instrument de sauvegarde d'une humanité déployant des relations pacifiques entre ses membres. Elle devait servir et protéger un certain ordre moral entre les nations, contenant des germes naissants relatifs aux droits de l'homme.

* * *

On peut envisager trois phases historiques dans la jurisprudence établie par la Cour internationale de Justice dans le domaine de la décolonisation :

- la phase de obligation de respecter les principes et règles édictées par la colonisation elle-même
- la phase de la prise en compte du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et par conséquent de la condamnation du colonialisme et la promotion de la décolonisation
- et la phase actuelle de faire des États nouvellement indépendants des États pleinement souverains.

* * *

La première phase celle du ‘‘contrôle de la colonisation’’ a permis à la Cour de déclarer que la colonisation n’est pas l’annexion. Ce faisant, la Cour fait une analyse exigeante de la colonisation en se bornant à dégager concrètement, objectivement et sans a-priori ce à quoi s’engage le colonisateur d’emblée dès le premier jour de sa conquête. En d’autres termes, la Cour prend au mot le colonisateur lorsqu’il déclare s’engager à éduquer le peuple colonisé à devenir un jour capable de se gouverner lui-même. Elle donne à cet engagement une valeur concrète, comme si le colonisateur avait signé avec la communauté internationale un contrat spécifiant cet objectif.

Du reste la Cour disposait d’un tel contrat réellement, puisqu’il s’agit des mandats A, B ou C donné par la S.D.N. aux colonisateurs. L’Afrique du Sud, puissante administrante détenait un mandat C de la S.D.N. lui permettant d’administrer le Sud-Ouest Africain (Namibie), conformément à ce mandat qui définissait contractuellement les obligations de cette puissance dans la gestion de ce territoire.

Pendant toute cette ère coloniale, les puissances colonisatrices ne faisaient pas cas de ces mandats qui, d’ailleurs, n’existaient pas avant la S.D.N. Les ‘‘bienfaits de la civilisation’’ que le colonisateur s’engageait à assurer au colonisé et les progrès consécutifs qu’il faisait faire au colonisé en vue de lui permettre un jour de se gouverner lui-même constituaient des justifications peu contraignantes. C’étaient des alibis commodes pour la colonisation, dictés plutôt par l’objectif d’exploiter les ressources du territoire.

Mais, lorsqu’au cours de cette ère coloniale il a fallu saisir la Cour Internationale de Justice, celle-ci devait inévitablement donner leur plein sens concret et réel aux engagements pris. La Cour ne pouvait faire moins que prendre le mandat pour un contrat dont il était impératif et contraignant de respecter de part et d’autre les dispositions. Le propre de la saisine de la Cour était de faire du mandat C qui n’était qu’un tissu d’alibis, un contrat contraignant établissant concrètement des droits et des obligations notamment pour l’un des co-contractants l’Afrique du Sud.

Pour se faire la main et s’échauffer les muscles, la Cour commença par rendre deux avis consultatifs en 1950 et 1956. Mais elle fut bien consciente de la volonté toujours mal contenue de l’Afrique du Sud de s’annexer purement et simplement le Sud-Ouest africain. Bref au moment où la communauté internationale légalisait le système colonial, la Cour internationale de Justice, produite de cette époque, ne pouvait délégitimer totalement l’ère coloniale. Elle eut un tout autre rôle, celui de balayer les alibis, les prétextes et les justifications de la colonisation, pour placer sous sa lumière crue le contrat trop pris à la légère par le colonisateur.

La Cour internationale de Justice savait s’opposer au projet d’annexion de la Namibie, sans même avoir à sortir du cadre de la colonisation. Mais l’arrêt de la Cour de 1966 pris sous la présidence du juge Spender, mit fin à ce bon processus et du même coup à cette première phase historique.

* * *

La seconde phase de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice commença en 1975 avec l'affaire du Sahara occidental. Les temps avaient changé et l'époque n'était plus consacrée au devoir qui pesait sur la puissance administrante de bien gérer la colonie et d'y dispenser les "bienfaits de la civilisation". Les sabots du Président Nikita Khrouchtchev avaient déjà depuis longtemps martelé le marbre vert de la tribune de l'Assemblée générale des Nations Unies et il n'était que grand temps en 1975 de dépasser le cadre de la colonisation et de diriger le regard vers la décolonisation. La philosophie de l'époque l'exigeait. La lecture de l'avis consultatif alors rendu par la Cour sur le Sahara occidental se présentait comme une "longue patience", puisque ce n'est qu'à l'extrême fin de l'avis que la Cour clairoonna triomphalement le recours au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Le tout dernier paragraphe 162 par lequel se termina l'avis fit "constater" la nécessité d'appliquer au Sahara occidental la résolution 1514 (XV) sur le droit de tous les peuples à l'autodétermination.

* * *

La troisième phase jurisprudentielle permet à la Cour de veiller à ce le territoire colonisé devenu désormais un État nouvellement indépendant soit à tous égards traités comme tout autre État souverain dans la communauté internationale.

* * *

Il faut savoir gré, en définitive, au Professeur Juan Soroeta d'avoir mis son talent et son temps au service d'une recherche sur un thème qui a marqué l'histoire humaine de ces deux derniers siècles et qui a gravement opposé des générations entières de peuples à d'autres. Dans cette œuvre originale par tant d'aspects, l'auteur a su montrer combien la Cour Internationale de Justice a veillé à suivre fidèlement l'évolution du monde et même à la faciliter par des décisions jurisprudentielles toujours bienvenues.

